

ISSN 2219-6838



**ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ
К «РОССИЙСКОМУ
ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»**

**НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ,
ИНФОРМАЦИОННОЕ И ПРАКТИЧЕСКОЕ
ИНТЕРАКТИВНОЕ ИЗДАНИЕ**

Основано в 2010 году

2/2016



electronic.ruzh.org



РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ

Главный редактор – к. ю. н., доц. **И. В. Федоров**

к. ю. н., доц. **О. Г. Алексеева**; д. ю. н., проф. **А. С. Барабаш**; к. ю. н., доц. **Ю. С. Безбородов** (зам. гл. редактора); д. ю. н., проф. **В. С. Бельх**; д. ю. н., проф. **Л. Ю. Василевская**; д. ю. н., проф. **Д. В. Винницкий**; к. ю. н. **О. Г. Геймур**; д. ю. н., проф. **С. Ю. Головина**; д. ю. н., проф. **Л. Я. Драпкин**; к. ю. н., доц. **Д. В. Жернаков**; д. ю. н., проф. **С. К. Загайнова**; д. ю. н., проф. **Т. В. Заметина**; д. ю. н., проф. **С. В. Кодан**; д. ю. н., проф. **И. Я. Козаченко**; к. ю. н. **Я. Койстинен** (Финляндия); д. ю. н., проф. **А. Н. Кокотов**; к. ю. н., проф. **Т. В. Кондрашова**; к. ю. н., доц. **Т. Е. Логинова**; д. ф. н., проф. **И. П. Малинова**; д. и. н., проф. **В. П. Мотревич**; д. ю. н., проф. **В. В. Невинский**; д. ю. н., проф. **В. В. Никишин**; д. ю. н., проф. **Д. В. Осинцев**; проф. **П. Поликастро** (Польша); д. ю. н., доц. **С. Б. Поляков**; д. ю. н., проф. **В. Ф. Попондопуло**; к. ю. н., доц. **О. Н. Родионова**; к. ю. н., проф. **Р. К. Русинов**; д. ю. н., проф. **П. И. Савицкий**; д. ю. н., проф. **Ю. Н. Стариков**; д. ю. н., проф. **И. А. Тарханов**; д. ю. н., доц. **В. Л. Толстых**; д. ю. н., проф. **А. Трунк** (ФРГ); д. ю. н., проф. **М. Ю. Федорова**; проф. **Хуан Даосю** (Китай); проф. **П. Шокинс** (Бельгия)

EDITORIAL BOARD

Editor-in-Chief – **I. V. Fedorov** (candidate of law, assoc. prof.)

O. G. Alekseeva (candidate of law, assoc. prof.); **A. S. Barabash** (doctor of law, prof.); **Yu. S. Bezborodov** (candidate of law, assoc. prof.); **V. S. Belykh** (doctor of law, prof.); **L. Yu. Vasilevskaya** (doctor of law, prof.); **D. V. Vinnitskiy** (doctor of law, prof.); **O. G. Geymur** (candidate of law, assoc. prof.); **S. Yu. Golovina** (doctor of law, prof.); **L. Ya. Drapkin** (doctor of law, professor); **D. V. Zhernakov** (candidate of law, assoc. prof.); **S. K. Zagaynova** (doctor of law, prof.); **T. V. Zametina** (doctor of law, prof.); **S. V. Kodan** (doctor of law, prof.); **I. Ya. Kozachenko** (doctor of law, prof.); **Ja. Koistinen** (candidate of law) (Finland); **A. N. Kokotov** (doctor of law, prof.); **T. V. Kondrashova** (candidate of law, prof.); **T. E. Loginova** (candidate of law, assoc. prof.); **I. P. Malinova** (doctor of philosophy, prof.); **V. P. Motrevitch** (doctor of history, prof.); **V. V. Nevinskiy** (doctor of law, prof.); **V. V. Nikishin** (doctor of law, prof.); **D. V. Osintsev** (doctor of law, prof.); **P. Policastro** (prof.) (Poland); **S. B. Polyakov** (doctor of law, assoc. prof.); **V. F. Popondopulo** (doctor of law, prof.); **O. N. Rodionova** (candidate of law, assoc. prof.); **R. K. Rusinov** (candidate of law, prof.); **P. I. Savitskiy** (doctor of law, prof.); **Yu. N. Starilov** (doctor of law, prof.); **I. A. Tarkhanov** (doctor of law, prof.); **V. L. Tolstykh** (doctor of law, assoc. prof.); **A. Trunk** (doctor of law, prof.) (Germany); **M. Yu. Fedorova** (doctor of law, prof.); **Huang Daoxiu** (prof.) (China); **P. Schoukens** (prof.) (Belgium)

Редакционная коллегия определяет текущую редакционную политику журнала, рассматривает и утверждает содержание очередных номеров, контролирует деятельность журнала

Адрес редакции: 620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23, оф. 207

Корреспонденцию, материалы и статьи направляйте по адресу:

620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 21, УрГЮУ,

редакция «Российского юридического журнала».

Тел./факс (343) 375-54-20. electronic.ruzh.org.

E-mail: ruzh@usla.ru.

Свидетельство о регистрации ЭЛ № ФС 77-41478 от 28 июля 2010 г.

Точки зрения авторов статей, иных материалов не обязательно совпадают с точкой зрения редакции. Перепечатка статей и иных материалов, опубликованных в «Электронном приложении к „Российскому юридическому журналу“», допускается только с разрешения редакции



СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

- Шепталин А. А. (Ижевск)* О роли юридической антропологии
в изучении генезиса права и государства 5

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО

- Табаринцева-Романова К. М. (Екатеринбург)* Конвенции
Совета Европы и европейская культурная политика 12

СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

- Арабаев Ч. И. (Бишкек, Кыргызская Республика)*
Развитие юридического образования и науки в Кыргызской Республике 17
- Калинина Е. Г. (Екатеринбург)* О специализированных омбудсменах
и критериях их специализации 22

УГОЛОВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Скоблик К. В. (Красноярск)* Классификация решений
в российском уголовном процессе 30

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Василевская Л. Ю. (Москва)* Договор счета эскроу:
проблемы правовой квалификации 37
- Саенко Ю. М. (Саратов)* Развитие функций арбитражных судов
при осуществлении процедур банкротства в российском законодательстве 50

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО И ПРОЦЕСС

- Помазуев А. Е. (Екатеринбург)* Коррупционные риски:
понятие и значение для механизма противодействия коррупции 62

ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР

- Шобухин В. Ю. (Екатеринбург)* О проблемах реформирования
правового статуса российской прокуратуры 70
- Черепанов М. М. (Екатеринбург)* Пробелы и коллизии
в законодательном регулировании полномочий
по назначению на должности и освобождению от должностей
работников органов и организаций прокуратуры
Российской Федерации 76



CONTENTS

THEORY OF LAW AND STATE

- Sheptalin A. A. (Izhevsk)* Legal anthropology and its role
in studying the genesis of law and state 5

INTERNATIONAL LAW

- Tarabintseva-Romanova K. M. (Yekaterinburg)* The Council of Europe
Conventions and European cultural policy 12

COMPARATIVE JURISPRUDENCE

- Arabaev Ch. I. (Bishkek, Kyrgyz Republic)* The development of legal education
and science in the Kyrgyz Republic 17
- Kalinina E. G. (Yekaterinburg)* On specialized ombudsmen
and the criteria for their specialization 22

CRIMINAL LAW AND PROCEDURE

- Skoblik K. V. (Krasnoyarsk)* The classification of decisions
in Russian criminal procedure 30

CIVIL LAW AND PROCEDURE

- Vasilevskaya L. Yu. (Moscow)* An escrow account agreement:
problems of legal qualification 37
- Saenko Yu. M. (Saratov)* The development of arbitration courts' functions
in the implementation of bankruptcy procedures in the Russian legislation 50

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCEDURE

- Pomazuev A. E. (Yekaterinburg)* Corruption risks: the concept and importance
for the mechanism of fighting corruption 62

PROCURACY SUPERVISION

- Shobukhin V. Yu. (Yekaterinburg)* On some issues of improving
the procuracy's legal status in Russia 70
- Cherepanov M. M. (Yekaterinburg)* On some gaps and conflicts
in legislative regulation of powers to appoint and remove
the procuratorial staff in Russia 76

О РОЛИ ЮРИДИЧЕСКОЙ АНТРОПОЛОГИИ В ИЗУЧЕНИИ ГЕНЕЗИСА ПРАВА И ГОСУДАРСТВА

Шепталин Алексей Александрович

Кандидат исторических наук, доцент, директор Ижевского филиала
Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ (Ижевск),
e-mail: sheptalin@list.ru

Автор обосновывает необходимость комплексного исследования генезиса права и государства с использованием всей совокупности косвенных данных, предлагаемых сегодня гуманитарными и естественноисторическими науками. Ключевая роль здесь отводится юридической антропологии как науке, возникшей на стыке права, сравнительной юриспруденции, социальной антропологии, этнологии, социологии, истории, культурологии и философии. Юридическая антропология и этнология, изучающие современные доклассовые общества, обладают обширной источниковой базой, позволяющей дать ответы на многие вопросы, связанные с происхождением соционормативного регулирования и потестарных структур, их дальнейшей трансформацией в феномены права и государства. Особую ценность представляет наиболее ранний полевой материал, в котором зафиксированы соционормативные отношения, не успевшие испытать на себе внешнего влияния.

Ключевые слова: юридическая антропология, этнология, генезис права и государства, первобытное общество, родовая община

LEGAL ANTHROPOLOGY AND ITS ROLE IN STUDYING THE GENESIS OF LAW AND STATE

Sheptalin Alexey

Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration (Izhevsk branch) (Izhevsk),
e-mail: sheptalin@list.ru

The article substantiates the necessity of a comprehensive study of the genesis of law and state using the entire set of indirect sources provided by natural-historical and human sciences. A key role in this study is given to legal anthropology since it is an interdisciplinary science which arose at the intersection of law, comparative law, social anthropology, ethnology, sociology, history, cultural studies and philosophy. Legal anthropology and ethnology, studying contemporary pre-class societies, have a vast source base, which allows finding answers to many urgent questions related to the origin of normative regulatory and potestary structures, their further transformation into the phenomena of law and state. The earliest material, provided by field research, has a particular value as it registered those regulatory relationships that had not yet disturbed by any outside impact.

Key words: legal anthropology, ethnology, genesis of law and state, primitive society, tribal community

Комплекс проблем, связанных с уходящим истоками в дописьменную эпоху генезисом права и государства, остается дискуссионным в силу условности и гипотетичности наших знаний о столь далеком прошлом. Отсутствие прямых научных источников заставляет исследователей активнее привлекать источники косвенные, например археологические и этнологические, что, однако, позволяет характеризовать

синтезируемое на их основе знание даже не как реконструкцию, а лишь как попытку реконструкции развития событий. В археологических материалах при всей их важности и историчности нельзя найти ответы на большинство вопросов о социальном устройстве, общественном быте, духовной культуре и иных нематериальных аспектах функционирования древних обществ. Зато в связке с этнологией и антропологией, изучающими современные народы, в том числе пребывающие на стадии первобытности, возможна углубленная многоаспектная интерпретация археологических артефактов, насыщающая их «плотью и кровью», «вдыхающая в них жизнь»¹.

Не вдаваясь в подробности дискуссии о репрезентативности этнологических данных и их применимости к моделированию социальных форм первобытности, отметим, что не просто скептическое, но и резко негативное отношение к ним некоторых ученых имеет давнюю традицию². Хотя основными оппонентами здесь выступают, как правило, сами антропологи и культурологи, правоведы также периодически критикуют историков первобытности и этнологов³. Вместе с тем в условиях отсутствия прямых источников вряд ли требует специального обоснования тезис о необходимости использования при исследовании происхождения государства и права всей совокупности косвенных данных, предлагаемых гуманитарными и естественноисторическими научными дисциплинами, в первую очередь археологией, антропологией, палеогеографией, палеозоологией, палеоботаникой, палеолингвистикой и, безусловно, этнологией.

Наука о народах, известная в России и за рубежом как этнология, этнография, народоведение, а также как культурная и социальная антропология, оформилась во второй половине XIX в. под влиянием популярного тогда эволюционизма. Огромный этнографический материал, который различные исследователи и путешественники собирали на протяжении многих столетий во всех уголках ойкумены, нуждался в осмыслении и обобщении. Импульс широкой научной дискуссии придала идея эволюционной школы о том, что все народы проходят в своем социокультурном развитии одни и те же стадии-ступени, но в разное время. Изучая современные им первобытные племена, антропологи-эволюционисты переносили полученные выводы на прошлые эпохи, пытаясь воссоздать как доклассовую историю человечества вообще, так и историю права и государства в частности. Поскольку среди исследователей было немало юристов, в том числе таких выдающихся ученых, как И.-Я. Бахофен, Д.-Ф. Мак-Леннан, Л.-Г. Морган, Г. Дж. Самнер-Мэйн, М. М. Ковалевский и др., совершенно логично, что в рамках антропологии стало формироваться особое кроссдисциплинарное направление – юридическая антропология (этнология), или антропология права, начало которому положила, как принято считать⁴, изданная в Лондоне в 1861 г. книга английского юриста, историка и антрополога Г. Дж. Самнер-Мэйна «Древнее право»⁵.

Возникшая на стыке права, сравнительной юриспруденции, социальной антропологии, этнологии, социологии, истории, культурологии и философии юридиче-

¹ Кабо В. Р. Первобытная доземледельческая община. М., 1986. С. 61.

² Capell A. The Techniques of Structure Statistics // Oceania. 1962. Vol. 33. № 1. P. 67; Herskovits M. Economic anthropology. N. Y., 1952. P. 528.

³ Кашанина Т. В. Происхождение государства и права: Современные трактовки и новые подходы. М., 1999. С. 215–216.

⁴ Рулан Н. Юридическая антропология / пер. с фр. М., 1999. С. 26.

⁵ Maine H. J. S. Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas. L., 1861.

ская антропология изначально была ориентирована на изучение правовых аспектов функционирования наиболее отсталых в социально-экономическом отношении обществ («диких», «первобытных», «примитивных», «доисторических», «традиционных», «архаических», «туземных» и т. д.) цивилизационной периферии. Позднее, когда в объектно-предметную сферу интересов юридической антропологии попали обычно-правовые традиции «исторических» этносов, включая высокоразвитые народы Евразии и Америки, она окончательно обособилась в самостоятельную научную дисциплину.

Очевидно, что развитие юридической антропологии обусловила колониальная политика крупных государств. В подтверждение можно привести известное выражение «Антропология – дочь колонизации»¹. Юридическая антропология использовалась для реализации в колониях продуманной и взвешенной политики, для чего необходимо было учитывать местные законы и нормы, обычаи и традиции, а прежде – изучить их. Применение этих обычаев и традиций варьировалось от вкрапления их отдельных составляющих до их широкого включения в систему норм и форм колониального управления. В качестве примера правового плюрализма, не имевшего мировых аналогов, можно назвать систему государственной опеки с ощутимыми элементами самоуправления, вводимую российским Уставом «Об управлении инородцев» 1822 г. для народов Севера, Сибири и Дальнего Востока². Как известно, активное изучение адатов горцев Кавказа началось также в практических целях в ходе Кавказской войны³. Исследование обычного права русских крестьян развернулось по заданию Императорского русского географического общества в пореформенное время, когда резко возросло число конфликтов вследствие упразднения помещичьей юрисдикции после отмены крепостной зависимости⁴.

Что касается вопросов генезиса права и государства, то в этом отношении юридическая антропология обладает, пожалуй, наибольшим эвристическим потенциалом. Главное – избежать типичных ошибок отцов-антропологов и корректно экстраполировать современные этнографические данные на события многотысячелетней давности, не отождествляя напрямую современные первобытные этносы и общества эпох мезолита и неолита.

Обилие зарубежного и отечественного этнографического материала, накопленного и обобщенного многочисленными исследователями, в том числе такими известными юристами-антропологами, как Ж. Карбонье, М. О. Косвен, Ф. И. Леонтович, Д. И. Мейер, С. В. Пахман, Л. Я. Поспишил, Н. Рулан, Д. Я. Самоквасов, М. Н. Харузин, Л. Я. Штернберг и др., позволяет сегодня реконструировать генеральную линию развития и трансформации соционормативного регулирования в доклассовом обществе, которую, несмотря на схематизм и широкую вариативность, можно признать вполне приемлемой для большинства этнических обществ.

Несомненно, далеко не весь полевой этнографический материал объективно применим для разрешения вопросов нормо-, право- и классогенеза в первобытном обществе. С учетом нараставшего иноэтнокультурного воздействия, которому с разной степенью интенсивности подверглись после «открытия» периферийные

¹ Рулан Н. Указ. соч. С. 18.

² Гарипов Р. III. Устав «Об управлении инородцев» 1822 г. // История государства и права. М., 2010. № 23. С. 10–12.

³ Токарев С. А. История русской этнографии. М., 1966. С. 176–179.

⁴ Там же. С. 287–292.

племена, особый интерес представляют наиболее ранние материалы, зафиксировавшие отношения, не успевшие трансформироваться в результате влияния извне. Необходимо оговориться, что основная часть этих материалов представляет собой записки путешественников, мореплавателей, военных, торговцев, миссионеров, дипломатов, а также иных опосредованных исследователей, посещавших описываемые народы лишь проездом или на короткий срок и акцентировавших внимание преимущественно на таких очевидных проявлениях, как внешний облик, одежда, жилище, пища, занятия, орудия труда, религия, обряды, праздники и т. п. Для изучения же общественного и семейного быта, социального устройства и соционормативного регулирования требовался иной подход как по времени нахождения среди описываемого народа, методике (здесь наиболее эффективен так называемый метод включенного наблюдения), степени погруженности в его язык и культуру, так и по уровню квалификации и подготовленности самого исследователя. В числе тех, кто годами жил среди изучаемых народов и использовал метод включенного наблюдения для описания их обычаев и норм поведения, – миссионер М. Гусинде¹, ученые и путешественники С. П. Крашенинников² и Н. Н. Миклухо-Маклай³, ссыльные этнографы В. И. Иохельсон⁴ и В. Г. Богораз⁵, антропологи А. Р. Рэдклифф-Браун⁶, Б. Малиновский⁷, Л. Я. Поспишил⁸ и др.

Анализ собранного за века этнологического материала свидетельствует о том, что этнокультурное развитие большинства современных первобытных племен имеет стадийную периодизацию, подобную той, что предложил в свое время А. Фергюсон⁹ и разработал позднее Л.-Г. Морган¹⁰. Удивительное типологическое сходство этносов, живущих в совершенно разных природно-климатических нишах ойкумены, прослеживается во многих производственно-хозяйственных, духовно-религиозных и соционормативных аспектах. Это позволяет условно группировать первобытные этносы в зависимости от занимаемой ими ступени хозяйственно-культурного развития – от наиболее отсталых охотничье-собирательских, раннеродовых племен до земледельческо-скотоводческих племенных союзов, находящихся на стадии разложения родовой общины, нормативного закрепления частной собственности и социальной дифференциации, а также формирования зачатков государства.

Как известно, единственным палеолитическим, т. е. с историко-культурной точки зрения наиболее примитивным, этносом, с которым довелось столкнуться европейцам, были тасманийцы с их простым присваивающим хозяйством. Сведения о них хотя и многочисленны, но отрывочны, противоречивы и, к сожалению, ненаучны. Тем не менее есть работы, на основании которых можно в общих чертах реконстру-

¹ См., например: *Gusinde M. Die Feuerland-Indianer. Mödling bei Wien, 1931–1937. Bd. 1–2; Gusinde M. Die Kongo-Pygmäen in Geschichte und Gegenwart. Halle, 1942; Idem. Von gelben und schwarzen Buschmännern. Graz, 1966.*

² *Крашенинников С. П. Описание земли Камчатки. М.; Л., 1949.*

³ *Миклухо-Маклай Н. Н. Собр. соч.: в 5 т. М.; Л., 1950.*

⁴ *Иохельсон В. И. Коряки. СПб., 1997.*

⁵ *Богораз-Тан В. Г. Чукчи / пер. с англ. Л., 1934.*

⁶ *Radcliff-Brown A. R. Structure and Function in Primitive Society. L., 1952.*

⁷ *Malinowsky B. Crime and Custom in Savage Society. N. Y., 1926.*

⁸ *Pospisil L. Kapauku Papuans and their law. New Haven, 1958.*

⁹ *Фергюсон А. Опыт истории гражданского общества. М., 2000.*

¹⁰ *Морган Л.-Г. Древнее общество. Л., 1935.*

ировать систему соционормативного регулирования жизни тасманийцев, полностью исчезнувших при активном содействии колонизаторов уже к 1876 г.¹

Следующую ступень развития занимают современные мезолитические племена, ведущие более продвинутое охотничье-собираческое хозяйство: аборигены Австралии, охотники, рыболовы и собиратели Юго-Восточной и Южной Азии (оранги, батины и лубу Суматры, тоала Сулавеси, пунаны Калимантана, аэта Филиппин, семаанги и сенои Малайзии, селуны Мьянмы, веды Шри-Ланки, андаманцы Индии и многие другие), охотники и собиратели Центральной, Южной и Восточной Африки (пигмеи, бушмены и хадза), охотники и собиратели Америки (эскимосы, она, яганы и алакалуфы Огненной Земли, индейцы Калифорнии и ряд индейских племен Амазонии). Многочисленные исследования, посвященные этим этносам, проливают свет на истоки предшествовавшего праву соционормативного регулирования (моно-норм), его норматизацию в раннеродовой общине, формирование общественных институтов управления и т. п.²

На более высокой ступени стоят многочисленные неолитические этносы Океании, Северной и Южной Америки, Юго-Восточной Азии, Сибири и Дальнего Востока. В технологическом плане на момент первых контактов с европейцами они оставались в каменном веке, но при этом либо уже перешли к производящему хозяйству, либо вели высокоспециализированное присваивающее хозяйство, как, например, индейцы Северо-Западной Америки (глинкиты, хайда, селиш, нутка, квакиютль) и алеуты. Анализ общественного и семейного быта неолитических племен раскрывает особенности имущественной и социальной дифференциации, формирования институтов частной собственности и обычного права, возникновения и развития потестарной организации. До сего дня особый интерес для антропологов представляют ряд практически не изученных папуасских племен внутренней части острова Новая Гвинея и индейских племен дальних районов амазонской сельвы.

Следует упомянуть также о историко-этнографических материалах (донесения, сообщения, письма, доклады, «истории» и т. п.) предколониального или начала колониального периода, повествующих о социальном устройстве и регулировании различных народов в таких раннеклассовых государствах, как империи инков, ацтеков и города-государства чибча в Америке, королевства Гавайи и Таити в Полинезии, империи зулусов и луба, Бенинское царство, Дагомея и Ашанти в Африке и т. д. Эти материалы немногочисленны и фрагментарны, а потому особенно ценны, поскольку дополняют исторические источники и способствуют восстановлению недостающих фрагментов картины возникновения и развития феноменов права и государства. Хотя, безусловно, они обладают своей региональной спецификой, как, например, широко известный и, пожалуй, наиболее обстоятельный труд миссионера Диего де Ланды «Сообщение о делах в Юкатане»³.

Сложно переоценить значимость для науки того факта, что сегодня немало племен продолжают жить в условиях первобытности, несмотря на постоянно возрастающее воздействие постиндустриальной цивилизации даже на самые дальние уголки мира. Безусловно, под этим прессингом этнокультура многих из них подверглась эрозии и деформации. Однако около сотни племен сознательно сводят к минимуму контакты

¹ Plomley N. J. B. Friendly Mission: The Tasmanian Journals and Papers of G. A. Robinson, 1829–1934. Hobart, 1966.

² Об историографии вопроса подробнее см.: Кабо В. Р. Указ. соч. С. 272–290.

³ Ланда Д., де. Сообщение о делах в Юкатане. М.; Л., 1955.

с внешним миром или вообще уходят от них, старательно оберегая свои традиции и образ жизни. Можно сказать, что они сохранили свой первобытный уклад во многом благодаря самоизоляции. По этой причине они до сих пор остаются плохо изученными, и, надо полагать, подробное их исследование со временем может дать ответы на многие вопросы, в том числе связанные с происхождением права и потусторонних структур.

Объективные данные говорят о том, что современные первобытные этносы отнюдь не замерли в своем культурно-историческом развитии. Фактически они проходят те же этапы и переживают те же процессы, что и более продвинутые народы ойкумены, но замедленно. Так, по свидетельству археолога Ф. Маккарти, за шесть тысяч лет, предшествовавших приходу европейцев в Австралию, образ жизни и материальная культура ряда племен аборигенов не претерпели значительных преобразований¹. А поскольку, как известно, уровень развития материальной культуры находится в определенной зависимости от уровня развития нормативной и духовной культуры, общественного и семейного быта, то мы можем предполагать, что если эти и иные подобные институты и менялись, то весьма незначительно. Что же касается чистоты и достоверности этнографических материалов, то в науке давно разработана и апробирована методика реконструкции доконтактного состояния первобытных культур².

Таким образом, совершенно очевидно, что изучение генезиса права и государства, вопреки скепсису отдельных правоведов, требует активного и вместе с тем взвешенного и обоснованного применения этнологических источников. Более того, в условиях отсутствия прямых источников именно материалы этнологии и антропологии должны лечь в основу комплексного метода с использованием всей совокупности косвенных данных, предлагаемых гуманитарными и естественноисторическими науками.

Библиография

- Capell A.* The Techniques of Structure Statistics // *Oceania*. 1962. Vol. 33. № 1.
- Gusinde M.* Die Feuerland-Indianer. Mödling bei Wien, 1931–1937. Bd. 1–2.
- Gusinde M.* Die Kongo-Pygmäen in Geschichte und Gegenwart. Halle, 1942.
- Gusinde M.* Von gelben und schwarzen Buschmännern. Graz, 1966.
- Herskovits M.* Economic anthropology. N. Y., 1952.
- Maccarthy F. D.* The prehistory of Australian aborigines // *Australian Natural History*. 1963. Vol. XIV. № 8.
- Maine H. J. S.* Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas. L., 1861.
- Malinowsky B.* Crime and Custom in Savage Society. N. Y., 1926.
- Plomley N. J. B.* Friendly Mission: The Tasmanian Journals and Papers of G. A. Robinson, 1829–1934. Hobart, 1966.
- Pospisil L.* Kapauku Papuans and their law. New Haven, 1958.
- Radcliff-Brown A. R.* Structure and Function in Primitive Society. L., 1952.
- Богораз-Тан В. Г.* Чукчи / пер. с англ. Л., 1934.
- Гарипов Р. III.* Устав «Об управлении инородцев» 1822 г. // История государства и права. М., 2010. № 23.
- Иохельсон В. И.* Коряки. СПб., 1997.
- Кабо В. Р.* Первобытная доземледельческая община. М., 1986.

¹ *Maccarthy F. D.* The prehistory of Australian aborigines // *Australian Natural History*. 1963. Vol. XIV. № 8. P. 234.

² Подробнее см.: Этнография как источник реконструкции истории первобытного общества. М., 1979.

Кашанина Т. В. Происхождение государства и права: Современные трактовки и новые подходы. М., 1999.

Крашенинников С. П. Описание земли Камчатки. М.; Л., 1949.

Ланда Д., де. Сообщение о делах в Юкатане. М.; Л., 1955.

Миклухо-Маклай Н. Н. Собр. соч.: в 5 т. М.; Л., 1950.

Морган Л.-Г. Древнее общество. Л., 1935.

Рулан Н. Юридическая антропология / пер. с фр. М., 1999.

Токарев С. А. История русской этнографии. М., 1966.

Фергюсон А. Опыт истории гражданского общества. М., 2000.

Этнография как источник реконструкции истории первобытного общества. М., 1979.

Bibliography

Bogoraz-Tan V. G. Chukchi / per. s angl. L., 1934.

Capell A. The Techniques of Structure Statistics // Oceania. 1962. Vol. 33. № 1.

Ehtnografiya kak istochnik rekonstrukcii istorii pervobytnogo obshhestva. M., 1979.

Fergyuson A. Opyt istorii grazhdanskogo obshhestva. M., 2000.

Garipov R. Sh. Ustav «Ob upravlenii inorodcev» 1822 g. // Istoriya gosudarstva i prava. M., 2010. № 23.

Gusinde M. Die Feuerland-Indianer. Mödling bei Wien, 1931–1937. Bd. 1–2.

Gusinde M. Die Kongo-Pygmäen in Geschichte und Gegenwart. Halle, 1942.

Gusinde M. Von gelben und schwarzen Buschmännern. Graz, 1966.

Herskovits M. Economic anthropology. N. Y., 1952.

Ioxel'son V. I. Koryaki. SPb., 1997.

Kabo V. R. Pervobytnaya dozemledel'cheskaya obshhina. M., 1986.

Kashanina T. V. Proisxozhdenie gosudarstva i prava: Sovremennye traktovki i novye podxody. M., 1999.

Krasheninnikov S. P. Opisanie zemli Kamchatki. M.; L., 1949.

Landa D. de. Soobshhenie o delax v Yukatane. M.; L., 1955.

Maccarthy F. D. The prehistory of Australian aborigines // Australian Natural History. 1963. Vol. XIV. № 8.

Maine H. J. S. Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas. L., 1861.

Malinowsky B. Crime and Custom in Savage Society. N. Y., 1926.

Mikluho-Maklaj N. N. Sobr. soch.: v 5 t. M.; L., 1950.

Morgan L.-G. Drevnee obshhestvo. L., 1935.

Plomley N. J. B. Friendly Mission: The Tasmanian Journals and Papers of G. A. Robinson, 1829–1934. Hobart, 1966.

Pospisil L. Kapauku Papuans and their law. New Haven, 1958.

Radcliff-Brown A. R. Structure and Function in Primitive Society. L., 1952.

Rulan N. Yuridicheskaya antropologiya / per. s fr. M., 1999.

Tokarev S. A. Istoriya russkoj ehtnografii. M., 1966.

КОНВЕНЦИИ СОВЕТА ЕВРОПЫ И ЕВРОПЕЙСКАЯ КУЛЬТУРНАЯ ПОЛИТИКА*

Табаринцева-Романова Ксения Михайловна

Кандидат филологических наук, доцент кафедры теории и истории международных отношений Уральского федерального университета им. первого Президента России Б. Н. Ельцина (Екатеринбург),
e-mail: kmromanova@mail.ru

Рассмотрены основные конвенции Совета Европы в сфере культуры, их цели и направления реализации единой европейской культурной политики. Сделано заключение: конвенции касаются только одного направления культурной политики – сохранения европейского культурного наследия; их общий недостаток – отсутствие четких определений культурной политики и объектов конвенций.

Ключевые слова: европейская культурная политика, Европейский союз, Совет Европы

THE COUNCIL OF EUROPE CONVENTIONS AND EUROPEAN CULTURAL POLICY

Tarabintseva-Romanova Kseniya

Ural Federal University named after the first President of Russia B. N. Yeltsin (Yekaterinburg),
e-mail: kmromanova@mail.ru

The basic Council of Europe conventions in the field of culture, their aims and the implementation of single European cultural policy are reviewed. It is concluded that the Council of Europe conventions are related solely to one direction of cultural policy – the preservation of Europe's cultural heritage. Their common shortcoming is a lack of clear definitions of both the cultural policy and the object of the Convention.

Key words: European cultural policy, European Union, Council of Europe, regional sources of law

Единая европейская культурная политика – это непростое для интерпретации и изучения явление. Толкование культуры на территориях Европейского союза достаточно неоднозначно и осложнено языковыми различиями внутри Союза. Так, ученые выделяют более 150 дефиниций данного концепта¹, а термин «культура» варьируется от государства к государству, что влечет за собой долгий процесс согласования и выработки общих конструктов, функционирующих в области регулирования единой культурной политики ЕС. Данная особенность концепта отразилась в использовании таких терминов, как «уважение национального и культурного разнообразия», «общее культурное наследие», «культурное наследие европейского значения».

Прежде чем приступить к рассмотрению конвенций Совета Европы (СЕ), поясним, что единая европейская культурная политика впервые получила закрепление в разд. IX Единого европейского акта, состоящем из одной ст. 128. Именно в ней культура, хотя и формально, была отнесена к компетенции ЕС. Заметим, что Учредительный договор Европейского экономического сообщества (ЕЭС) не предусма-

* Исследование выполнено при поддержке программы Европейского союза ERASMUS+ , Jean Monnet, 565442-EPP-1-2015-1-RU-EPPJMO-MODULE.

¹ Williams R. Keywords: A Vocabulary of Culture and Society. Oxford, 1983. P. 87.

тривал конкретной нормы, касающейся каких-либо специальных действий в области культуры. Лишь две статьи (ст. 36 и 131) при определенных условиях позволяли вмешательство ЕЭС в культурный сектор входящих в него государств. Государства-члены ЕЭС первое время предпочитали заниматься культурной политикой в рамках других международных организаций, таких как ЮНЕСКО и Совет Европы. Но вскоре опыт экономического сотрудничества показал, что культурный сектор неразрывно связан с экономическим, и назрела необходимость урегулирования отношений в рамках Союза и в данной сфере.

Главной задачей культурной политики стало придание европейскому культурному процессу транснационального характера («европеизация» культурной сферы, сохранение европейской культурной самобытности), а ключевыми направлениями – поддержка национального рынка культурных ценностей, индустрии культуры, национальных промыслов; социальная поддержка работников культурной сферы; сохранение европейского культурного наследия.

Совет Европы в своей деятельности придерживается таких принципов, как уважение личности; содействие и поддержка культурного разнообразия и межкультурного диалога; уважение свободы выражения мнения, собраний; продвижение демократизации культуры; поддержка локальных и национальных культурных политик. Для развития последнего принципа был принят проект Совета Европы «Компендиум: культурная политика и тенденции ее развития в Европе»¹ как инструмент сравнительного анализа культурной политики, проводимой странами-членами. В нем предполагалось создание базы данных об историческом опыте развития культурной политики 47 государств. Напомним, что сотрудничество между СЕ и ЕС получило официальное закрепление на 76-й сессии Комитета министров СЕ: в Резолюции (85)6 от 25 апреля 1985 г. выражалось согласие на укрепление и интенсификацию отношений между двумя европейскими организациями (защита демократии, уважение основных прав и свобод человека, примат права, защита национальных меньшинств). Особое значение (принимая во внимание национальное и региональное разнообразие государств) придавалось укреплению их сотрудничества в области культуры в Европе².

Правовыми документами Совета Европы являются договоры:

1) имеющие обязательную силу – Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 1950 г.), Европейская культурная конвенция (Париж, 1954 г.), Европейская конвенция по охране археологического наследия (Лондон, 1969 г., пересмотрена в Валетте в 1992 г.), Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств (Страсбург, 1995 г.), Европейская конвенция о ландшафтах (Флоренция, 2000 г.), Рамочная конвенция о значении культурного наследия для общества (Фаро, 2005 г.);

2) не имеющие обязательной силы – Вроцлавская декларация (2004 г.).

Рассмотрим их.

Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 1950 г.). Состоит из преамбулы и 59 статей, устанавливает неотъемлемые права и свободы каждого человека и обязывает ратифицировавшие ее государства гарантировать эти права каждому находящемуся под их юрисдикцией человеку. Отметим, что в ней нет ни

¹ URL: <http://www.culturalpolicies.net>.

² Подробнее см.: Recueil des texts regissant les relations entre le Conseil de l'Europe et l'union europeenne // URL: http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_compendium_en.pdf.

термина культуры, ни положений, которые касались бы ее защиты. Однако есть отсылки к правам, относящимся к культуре (в широком понимании), например ст. 8 – право на уважение частной и семейной жизни; ст. 9 – свобода мысли, совести и религии; ст. 10 – свобода выражения мнения; ст. 11 – свобода собраний и объединений.

Европейская культурная конвенция (Париж, 1954 г.). Дает начало европейской кооперации в области образования, культуры, культурного достояния, молодежной политики и спорта. В преамбуле говорится о взаимопонимании народов Европы, необходимости выработки единой политики, содействии в изучении языков, истории и культуры других стран. Конвенция содержит 11 статей. Статья 3 (в ней прослеживаются зачатки единой культурной политики) посвящена взаимным консультациям в рамках СЕ, проводимым с целью согласования действий по поощрению культурных мероприятий, представляющих интерес для Европы. В ст. 4 и 5 упоминаются предметы, имеющие для Европы культурную ценность (правда, что такое культурная ценность, в них не разъясняется).

Европейская конвенция по охране археологического наследия (Лондон, 1969 г., пересмотрена в Валетте в 1992 г.). В преамбуле поставлена цель – достижение единства между государствами-членами для сохранения и развития идеалов и принципов, которые, однако, не уточняются. Согласно ст. 1 элементами археологического наследия считаются все остатки и объекты, любые другие следы человечества из прошлых эпох. Археологическое наследие включает строения, сооружения, ансамбли зданий, освоенные места, движимые объекты, памятники другого рода, а также окружающее их пространство, находящееся на суше или под водой. В отличие от рассмотренных ранее конвенций, этот документ имеет весьма четкий практический характер: в нем даны конкретные определения, пути и средства реализации политики по охране археологического наследия.

Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств (Страсбург, 1995 г.). Цель этого первого международного политического акта по защите меньшинств – не только гарантировать уважение этнической, культурной, языковой и религиозной самобытности любого лица, принадлежащего к национальному меньшинству, но и создавать условия, позволяющие выражать, сохранять и развивать данную самобытность (ст. 4 и 5). Недостаток – отсутствие определения понятия «национальное меньшинство». В соответствии с Конвенцией права присваиваются людям, принадлежащим к меньшинствам, но не меньшинству, что оставляет государствам некую лазейку для ее неисполнения.

Отметим, что дефиниции понятия национального меньшинства нет и в законодательстве Италии, которое предусматривает только защиту языковых меньшинств, давно поселившихся в стране и перечисленных в ст. 2 Закона № 482/99¹. (Даже несмотря на то что указанные в Конвенции принципы были скопированы новым Законом № 38/2001², они применяются лишь в границах, установленных прежним Законом № 482/99.) Италия подготовила четыре отчета по реализации Рамочной конвенции с учетом особенностей своего законодательства. На семинарах по проверке исполнения Конвенции отмечалось, что национальные меньшинства, проживающие

¹ Comitato consultivo sulla convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali // URL: http://unipd-centrodirittumani.it/public/docs/coe_acfc_2005_003.pdf.

² III Rapporto dell'Italia sull'attuazione della convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali (ex art. 25 paragrafo 2) // URL: http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/16/0022_iii_rapporto_protezione_minoranze.pdf.

на территориях Валле-д'Аоста, Трентино – Альто-Адидже и Фриули – Венеция-Джулия, благодаря их историческим и культурным особенностям обладают большими правами и защитами, чем население других итальянских регионов со специальным статусом. В силу Закона № 38/2001 г. особым правовым статусом наделяется словенское меньшинство.

Европейская конвенция о ландшафтах (Флоренция, 2000 г.). В преамбуле говорится, что ландшафт способствует формированию местной культуры и является основополагающим компонентом европейского природного и культурного наследия, вносящим вклад в благосостояние людей и укрепление европейской самобытности. В гл. 1 ландшафт определяется как часть территории, а ее отличительные черты – как результат действия природного и (или) человеческого факторов или их взаимодействия. В п. b ст. 1 говорится о ландшафтной политике, а в п. Е ст. 6 – об обязательствах сторон разрабатывать трансграничные программы по идентификации, классификации, охране, управлению и планированию трансграничных ландшафтов. При создании таких программ и на основе принципа субсидиарности (его определение дано в Европейской хартии о местном самоуправлении) сторонам предлагается опираться на местные и региональные власти, используя в качестве инструментов те, что предусмотрены Европейской рамочной конвенцией о трансграничном сотрудничестве территориальных сообществ или властей (Мадрид, 1980 г.), а также дополнительными протоколами к ней.

Рамочная конвенция о значении культурного наследия для общества (Фаро, 2005 г.). Культурное наследие она определяет как совокупность ресурсов, унаследованных от прошлого, которое люди считают, независимо от своей принадлежности, отражением и выражением своих постоянно меняющихся ценностей, верований, знаний и традиций. Оно включает все аспекты, связанные с окружающей средой, которые возникли в результате взаимодействия людей в ходе исторического развития. В Конвенции делается акцент на праве каждого человека свободно участвовать в культурной жизни. При этом хотя и не устанавливаются исполнительные права государств, но прописывается их цель – расширение процесса сотрудничества и взаимодействия между странами-членами Совета Европы.

Вроцлавская декларация (2004 г.). Принята в рамках празднования 50-летия Европейской культурной конвенции на конференции в Бреславле министрами по вопросам культуры, образования, молодежи и спорта государств-сторон. В ней было заявлено, что Совет Европы должен укреплять свою роль в качестве передового центра по проблемам политики, направленной на развитие знаний, навыков и позиций для жизни в демократических обществах. Особо подчеркивалась растущая значимость Европы в развитии межкультурного диалога на мировом уровне.

В заключение хотелось бы отметить, что общими для рассмотренных конвенций Совета Европы являются:

1) отсутствие в них точного определения ключевых для европейской культурной политики понятий «культура», «национальное меньшинство», «ценности» и др. (это создает трудности для ведения межкультурного диалога);

2) функционирование в такой области единой европейской культурной политики, как сохранение европейского культурного наследия. Именно на данном направлении происходит меньше всего столкновений с национальным правом государств. Остальные же векторы культурной политики (поддержка национального рынка культурных

ценностей, индустрии культуры, национальных промыслов; социальная поддержка работников культурной сферы), как и ее глобальная цель, провоцируют двойственное отношение к ней стран-членов ЕС. С одной стороны, они выступают за создание некоего единого культурного продукта, с другой – не готовы расстаться с национальной самобытностью и ревностно защищают ее (на уровне города, региона, страны).

Таким образом, приходится констатировать, что на европейском континенте пока не удалось построить единое культурное пространство. Размытые и общие формулировки, содержащиеся в документах Совета Европы, указывают лишь на значимость этого направления деятельности (сохранение европейского культурного наследия), оставляя при этом массу лазеек для государств. В результате сложилась система, которую можно охарактеризовать как культурный протекционизм, когда государства договариваются о рамках реализации культурной политики, а субъекты низших уровней самостоятельно пополняют ее содержание.

Библиография

Comitato consultivo sulla convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali // URL: http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/coe_acfc_2005_003.pdf.

III Rapporto dell'Italia sull'attuazione della convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali // URL: http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/16/0022_iii_rapporto_protezione_minoranze.pdf.

Recueil des texts regissant les relations entre le Conseil de l'Europe et l'union europeenne // URL: http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_compendium_en.pdf.

Williams R. Key words: A Vocabulary of Culture and Society. Oxford, 1983.

Компендиум: культурная политика и тенденции ее развития в Европе // URL: <http://www.culturalpolicies.net>.

Bibliography

Comitato consultivo sulla convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali // URL: http://unipd-centrodirittiumani.it/public/docs/coe_acfc_2005_003.pdf.

III Rapporto dell'Italia sull'attuazione della convenzione quadro per la protezione delle minoranze nazionali // URL: http://www1.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/assets/files/16/0022_iii_rapporto_protezione_minoranze.pdf.

Compendium: kul'turnaya politika i tendencii ee razvitiya v Evrope // URL: <http://www.culturalpolicies.net>.

Recueil des texts regissant les relations entre le Conseil de l'Europe et l'union europeenne // URL: http://www.coe.int/t/der/docs/MoU_compendium_en.pdf.

Williams R. Keywords: A Vocabulary of Culture and Society. Oxford, 1983.

РАЗВИТИЕ ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ В КЫРГЫЗСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ

Арабаев Чолпонкул Исаевич

Доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент

Национальной академии наук Кыргызской Республики (Кыргызская Республика, Бишкек),

e-mail: arabaev@mail.ru

Рассмотрены вопросы развития юридического образования и науки в Кыргызской Республике, отмечены научные успехи, достигнутые страной за последние годы. Указаны перспективные направления реформирования ее научно-технической сферы.

Ключевые слова: юридическое образование и наука, развитие научной деятельности, предложения по реформированию

THE DEVELOPMENT OF LEGAL EDUCATION AND SCIENCE IN THE KYRGYZ REPUBLIC

Arabaev Cholponkul

Kyrgyz Academy of Sciences (Kyrgyz Republic, Bishkek),

e-mail: arabaev@mail.ru

The article discusses some issues of the legal education and science development in the Kyrgyz Republic, enumerates its scientific achievements over the last few years, and considers the main perspectives of scientific and technical reforms of the country.

Key words: legal education and science, development of scientific activities, development proposals

Наука в современном мире является основой общественного прогресса, эффективно-го управления и обеспечения достойного места государства в мировом сообществе, а также фактором, способствующим развитию рыночной экономики. Без науки сегодня невозможно проводить разумную государственную политику. Когда мы говорим о науке, невольно вспоминается бывшее научно-техническое лидерство СССР, являвшегося одним из четырех центров мировой науки наряду с США, Западной Европой и Японией.

В советское время в Кыргызстане проводились исследования по широкому спектру научных направлений, в частности в технической науке, сельском хозяйстве, медицине, геологии, отечественной истории, филологии и др. Советские ученые Кыргызстана добивались международного признания в самых разных областях знаний.

Определенных успехов в науке в тот период благодаря своей высокой квалификации достигли и ученые-юристы Кыргызстана. Среди них – доктора юридических наук, профессора К. Н. Нурбеков, Р. Т. Тургунбеков, К. Ш. Курманов, Н. Т. Михайленко, Л. И. Левитин и кандидаты юридических наук, доценты К. А. Альчиев, А. Ж. Ахметов, Ф. А. Зайков, С. Е. Машанский, И. М. Момунбаев, Н. П. Кучерявый, С. К. Кожоналиев, А. К. Кадыров, С. С. Сатыбеков, К. Д. Сманов, С. С. Сооданбеков, доценты К. А. Асаналиев, В. А. Покровский, Ж. Ж. Тогойбаев и ряд других наших педагогов, воспитавших несколько поколений работников сферы права.

Кыргызстан как уникальная страна Центральной Азии за 20 лет своей независимости сохранил научно-интеллектуальный потенциал, накопленный старшими поколениями ученых-юристов, дело которых живет и сегодня. Многие из них совмещают научно-педагогическую деятельность с активными исследованиями в области права.

Кыргызстан сегодня может гордиться рядом крупных ученых-юристов, которые оказали значительное влияние на развитие не только отечественной, но и юридической науки ближнего и дальнего зарубежья. К числу таких личностей следует отнести докторов юридических наук, профессоров А. А. Арабаева, Э. Ж. Бейшембиева, Г. А. Мукамбаеву, К. М. Осмоналиева, Н. Р. Розахунову, К. М. Сманалиева, Н. Т. Шерипова, кандидатов юридических наук, доцентов Ж. А. Бокоева, Е. И. Ганиеву, А. Ж. Жэналиеву, С. К. Косакова, А. А. Орозалиеву, К. С. Раманкулова, Б. Т. Токтобаева и многих других.

К большому сожалению, после распада СССР юридическая наука в Кыргызстане находилась в критическом положении, так как не могла обеспечить свою сохранность в условиях дефицита ресурсов. И в настоящее время она испытывает определенные трудности. Однако, несмотря на это, идет в ногу со временем.

Юридическая наука сегодня должна помочь гражданину, обществу и государству в целом «опознать» собственные горизонты динамичного развития, а также претворить в жизнь правовую политику, законотворчество, завершить переход к рыночной экономике, что невозможно без научного обоснования и полноценного правового обеспечения. Для социально-экономического совершенствования нашего государства, предполагающего модернизацию в сфере образования, здравоохранения, науки, техники, бизнеса, неприкосновенности права собственности, защиты прав и свобод граждан, а также эффективное и бережное использование природных ресурсов, необходимы создание полноценной теоретической базы, а затем и принятие законов, отвечающих насущным потребностям общества. Об этом сегодня говорят президент Кыргызской Республики, депутаты Жогорку Кенеша, данную проблему обсуждают на заседаниях Правительства.

Следует отметить, что из года в год растет количество кыргызов, которые уезжают в Российскую Федерацию. В 2010 г. там находились 382 тыс. трудовых мигрантов из Кыргызстана, что на 11 % больше, чем в 2009 г. В настоящее же время (по данным Национального статистического комитета Кыргызской Республики) официально в России трудятся 590 тыс. мигрантов, из которых 270 тыс. приняли российское гражданство. Это огромное число наших граждан, проблемы которых нужно решать на государственном уровне. В частности, лица, принявшие российское гражданство, уже не могут обладать правами на землю сельскохозяйственного назначения на родине. Также дети наших мигрантов, получивших иное гражданство, лишаются права на бесплатное образование в Кыргызстане.

Есть также вопросы социально-экономического развития, требующие безотлагательного решения посредством проведения научных исследований, в частности юридических. Так, сегодня продовольственные и промышленные товары и продукция отечественного производства не имеют выхода на международные рынки из-за отсутствия в стране международных правовых норм по сертификации, стандартизации или использования исламских принципов «халал». Запрет на экспорт мясо-молочной продукции в Республику Казахстан обусловлен отсутствием требований к клеймению домашних животных, которое есть во всех развитых странах. Указанные проблемы

нужно решать в первую очередь посредством выработки соответствующей научно-правовой базы и дальнейшего использования этих законодательных положений на практике.

Высшие учебные заведения Кыргызстана, осуществляющие подготовку юристов, выступают неотъемлемой частью юридической науки, кузницей научных кадров. В традиционной советской высшей школе исследовательская деятельность являлась важной составляющей работы вузов. Интерес к ней прививался со студенческой скамьи путем привлечения наиболее грамотных и способных студентов к работе научных кружков, она начиналась с подготовки учащимися научных докладов, написания курсовых и дипломных работ.

Сегодня в стране созданы все условия для осуществления научных исследований, организации и проведения крупных научно-практических конференций, которые стимулируют у участников творческий поиск, позволяют им высказывать смелые, оригинальные предложения, выводы и в целом оживляют научную работу. Ведущие ученые, аспиранты, соискатели должны быть уверены в том, что юридическая наука утвердится в качестве важнейшего института гражданского общества. Они представляют отечественную юридическую науку на многих международных конференциях, круглых столах, активно публикуются в научных журналах не только в Кыргызстане, но и за рубежом.

В настоящее время, на мой взгляд, для активизации научной работы в высших учебных заведениях Кыргызстана к подготовке юристов должны привлекаться высококвалифицированные специалисты с безупречной репутацией, трудолюбивые и усидчивые, умеющие сочетать педагогическую работу с научной и исследовательской деятельностью.

Сегодня благодаря поддержке Министерства образования и науки Кыргызской Республики, Высшей аттестационной комиссии КР открыты и эффективно функционируют три диссертационных совета по защите диссертаций на соискание ученых степеней докторов и кандидатов юридических наук. Важность их наличия трудно переоценить, ведь многие годы наши юристы-соискатели были вынуждены искать возможность для защиты своих диссертаций в России, Казахстане, Узбекистане и других странах СНГ.

В развитии юридической науки неопределима роль Высшей аттестационной комиссии КР, которая работает над совершенствованием критериев оценки отечественной науки путем введения новых методов, систем и разработок, в том числе программы «Антиплагиат» и др. По инициативе Высшей аттестационной комиссии разработаны и утверждены положения «О диссертационном совете», «Об экспертном совете», «О порядке присуждения ученых степеней» и «О присвоении ученых званий», предусматривающие ряд кардинальных изменений, направленных на значительное повышение ответственности ученых, а также усиление требований к диссертационным исследованиям соискателей и работе диссертационных советов. При Высшей аттестационной комиссии функционируют президиум и экспертный совет по юридическим наукам для коллегиального и гласного рассмотрения вопросов присуждения ученых степеней и званий, членами которых являются доктора и кандидаты наук, ведущие ученые-юристы, представители разных вузов.

В Кыргызской Республике необходимо повышать уровень коммерциализации результатов научных исследований. В нашей стране научные исследования в области права несомненно проводятся. Однако можно ли считать их достаточными? Еще

многие вопросы остаются нерешенными, не все исследовательские наработки имеют практическое применение, т. е. идеи крайне редко воплощаются в жизнь и не находят отражения в нормативных правовых актах. Причина этого кроется в том, что исследования проводятся разрозненно, не хватает кадрового потенциала. Лишь совместными усилиями мы сможем решить проблему низкой эффективности науки и содействовать развитию нашей экономики в русле инновационных технологий.

Кроме того, при разработке законодательных актов в Кыргызской Республике не предусмотрена их глубокая научная экспертиза. Результат – множество как устаревших, так и дублирующих норм, внутренние противоречия в правовом регулировании, неоправданно высокое количество отсылочных норм в законах. Такое построение законодательной системы препятствует полноценному обеспечению прав и свобод граждан, развитию различных сфер экономики (в частности, не реализуются в полной мере инвестиционные возможности страны), стабилизации политической ситуации и т. д.

Думается, что для решения обозначенных проблем необходимы разработка и принятие научно обоснованной концепции правовой политики, где будут определены ключевые направления эволюции правовой системы страны до 2020 г., способствующие становлению государственных и общественных институтов и устойчивому социально-экономическому развитию Кыргызской Республики. Главным итогом реализации данной концепции должна стать существенная модернизация научных исследований, ведущая к обновлению основных отраслей отечественного законодательства и отвечающая вызовам времени. Указанная концепция станет основой для принятия соответствующих программ в области правовой политики государства, перспективных и ежегодных планов законопроектных работ Правительства Кыргызской Республики, в том числе разработки и экспертизы законопроектов, проектов нормативных правовых актов для реального сектора экономики и т. д.

Указанная задача потребует колоссальных усилий, поскольку необходимо принять не только концепцию, но и многие другие законы в ее развитие. Особое внимание понадобится уделить прогнозно-аналитическому обеспечению правотворческой деятельности, которая будет основываться на постоянном мониторинге тенденций развития отраслей права и правовых систем, анализе практики применения нормативных правовых актов, а также отдельных их норм.

В то же время следует всесторонне исследовать проблему неисполнимости законов и иных нормативных правовых актов, выявить субъективные и объективные обстоятельства, в силу которых должностные лица и граждане игнорируют правовые предписания. Кроме того, необходимо глубоко проанализировать эффективность правового воздействия закона на соответствующие общественные отношения. Для этого нужно создать Совет по кодификации законодательства страны при Жогорку Кенеше Кыргызской Республики, который должен состоять из представителей научной общественности.

В области юриспруденции имеются и другие важные проблемы, которые также требуют безотлагательного решения. В частности, серьезным остается вопрос об исследовании отечественной истории государства и права, не говоря уже о других отраслях юридической науки. В нашей стране до сих пор не защищено ни одной докторской и даже кандидатской диссертации по экологическому, водному, природоресурсному, земельному, лесному праву и ряду других специальностей. Не проводится полномасштабная подготовка учебников и учебных пособий не только на государ-

ственном, но и на официальном языке для профильных вузов, что вызывает, мягко говоря, негодование. Актуален также вопрос об активизации работы ученых-юристов по правовой пропаганде среди населения. Одним из направлений этой работы выступает создание при юридических факультетах юридических клиник, бесплатно предоставляющих консультации гражданам.

В то же время в составе Национальной академии наук Кыргызстана, к сожалению, долгие годы не было ни одного ученого-юриста. Между тем именно Академия наук совместно с профильными вузами должна стать главной площадкой для разработки идей, которые лягут в основу научно обоснованной правовой политики государства. Эта политика должна быть направлена на обеспечение прав и свобод граждан, усиление роли гражданского сектора в недопущении произвола органов государственной власти и органов местного самоуправления, сохранение межнациональной, межконфессиональной и иной терпимости и затрагивать другие аспекты целостности государства.

Для эффективного использования достижений науки, в том числе юридической, на благо общества следует оптимизировать принципы и методы, а также формы управления наукой, способы рационального использования научно-технического потенциала, критерии оценки функционирования науки на разных уровнях управления. Реформирование научно-технической сферы необходимо осуществлять по следующим основным направлениям:

- создание научно обоснованных законодательных условий для развития предпринимательства и бизнес-среды;

- содействие становлению и развитию научной интеллектуальной собственности;

- прием и реализация заказов реального сектора экономики на разработку научно обоснованных предложений и научных выводов, в том числе на разработку и экспертизу законопроектов;

- определение индекса цитируемости научных работников, профессорско-преподавательского состава;

- публикация результатов диссертационных исследований в научных журналах с высоким импакт-фактором;

- коммерциализация результатов научных исследований и подключение к мировому рынку и т. д.

Таким образом, юридическая наука важна для успешного решения не только сугубо теоретических, но и практических задач, стоящих перед обществом, а также для создания стабильного общества и государства в условиях рыночной экономики.

О СПЕЦИАЛИЗИРОВАННЫХ ОМБУДСМЕНАХ И КРИТЕРИЯХ ИХ СПЕЦИАЛИЗАЦИИ

Калинина Екатерина Геннадьевна

Аспирант кафедры конституционного права

Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),

e-mail: catherinekalinina@gmail.com

Раскрываются конституционные основы деятельности специализированных омбудсменов в России. Представлен обзор практики учреждения данного института в зарубежных странах. На основе анализа международно-правовых и конституционно-правовых норм и практики зарубежных стран автор выделяет применяемые в различных правовых системах критерии функциональной специализации омбудсменов, среди которых – критерий «уязвимой» категории лиц, критерий защиты экономических прав и др.

Ключевые слова: специализированные уполномоченные по правам человека (омбудсмены), критерии специализации омбудсменов, уязвимые категории лиц, права человека

ON SPECIALIZED OMBUDSMEN AND THE CRITERIA FOR THEIR SPECIALIZATION

Kalinina Ekaterina

Urals State Law University (Yekaterinburg),

e-mail: catherinekalinina@gmail.com

The article defines the constitutional grounds for specialized ombudsmen's activities in Russia and focuses on the establishment of this institution abroad. Taking into account the international and constitutional legal framework and foreign legal practices, the author analyzes different criteria for the ombudsmen specialization, i. e. a criterion of «vulnerable people», criterion of «economic rights protection», etc.

Key words: specialized ombudsman, criteria for ombudsmen specialization, vulnerable people, human rights

Становление института омбудсмана и включение его в правовую систему часто рассматриваются в качестве ключевых направлений политики государства по развитию демократических начал¹. Специализированные омбудсмены являются новым механизмом защиты прав и свобод человека в Российской Федерации². Учреждение их должностей ряд ученых называют организационной гарантией реализации прав и свобод граждан³. Анализ функционирования института специализированного омбудсмана в зарубежных странах демонстрирует неоднозначное к нему отношение и разный уровень его рецепции.

¹ Ухтияров А. И. Уполномоченный по правам человека как публично-правовой институт защиты прав граждан // Омбудсмен. 2013. № 1. С. 29–33.

² Подробнее об истории становления данного института см.: Калинина Е. Г. Специализированные уполномоченные по правам человека в РФ: новый элемент в системе внутригосударственного механизма защиты прав человека // Рос. юрид. журн. 2014. № 5.

³ Авакьян С. А. Конституционное право России: учеб. курс: в 2 т. М., 2011. Т. 1. С. 810.

Институт специализированного омбудсмана получил свое развитие в странах Скандинавии. В Швеции функционируют омбудсмены по защите равных возможностей, по защите прав ребенка. В Норвегии, помимо уполномоченного по защите прав ребенка, существуют уполномоченные по вопросам вооруженных сил¹. О причинах выбора стран Скандинавии в пользу учреждения института омбудсмана можно узнать из заметок С. А. Корфа, который отмечал, что в Норвегии и Дании нет специальных административных судов, но, в частности, в Дании существуют «некоторые административные органы, которым в виде исключения закон придал судебно-административные функции», а в Норвегии, «хотя и поднимался вопрос об учреждении административных судов, в настоящее время этим вопросом уже более не интересуются, считая судебную и конституционную гарантию вполне достаточными средствами для ограждения прав граждан»².

В ФРГ согласно ст. 45b Конституции 1949 г. (в ред. 2012 г.) назначается парламентский уполномоченный по обороне в целях защиты основных прав, а также действия Бундестагу в осуществлении парламентского контроля за вооруженными силами. Статус уполномоченного по обороне определяется федеральным законом³. При этом в землях действуют также обособленные от федеральных комитетов «гражданские» уполномоченные. Например, в Шлезвиг-Гольштейне учреждена должность уполномоченного по социальным вопросам, который тесно сотрудничает с комитетами по петициям региональных парламентов⁴.

В Конституции Российской Федерации положения о специализированных уполномоченных по правам человека отсутствуют, в отличие, например, от Конституции Словении 1991 г. (в ред. 2013 г.), согласно ст. 159 которой в стране могут учреждаться специализированные омбудсмены по защите прав человека в определенной сфере⁵. Однако незакрепление в тексте Конституции РФ статуса специализированного омбудсмана и даже отсутствие упоминания о возможном существовании специализированных уполномоченных по правам человека только расширяют потенциал Конституции РФ и не препятствуют развитию данного института⁶.

При этом интересно, что некоторые страны по ряду причин не поддерживают тенденцию к функциональной специализации омбудсмана. Так, правительство Австралии считает необходимым привлекать к защите прав человека в первую очередь омбудсмана общей компетенции, поскольку учреждение специализированных омбудсменов может привести к дублированию полномочий иных органов, которые используют сходные правовые средства и механизмы защиты прав людей. Так, в Австралии введена должность генерального инспектора по вопросам безопасности и разведки Австралии, к компетенции которого в силу разд. 4 Закона 1986 г., регламентирующего статус данного должностного лица, относится обеспечение гарантий

¹ Тимофеев М. Т. Институт омбудсмана в Великобритании и Ирландии: контроль, основанный на сотрудничестве. М., 2006. С. 22–23.

² Корф С. А. Административная юстиция в России. Кн. 3: Очерк теории административной юстиции. СПб., 1910. С. 427.

³ URL: <https://www.constituteproject.org>.

⁴ Середа М. Ю. Институт омбудсмана в ФРГ // Омбудсмен. 2013. № 2.

⁵ URL: <https://www.constituteproject.org>.

⁶ Саликов М. С. Динамика и формы развития Конституции // Конституция Российской Федерации: проблемы реализации и перспективы развития конституционализма: материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Екатеринбург, 10–11 октября 2013 г.): в 2 ч. Екатеринбург, 2014. Ч. 1. С. 14.

соблюдения прав и свобод граждан государственными органами и их должностными лицами. В связи с этим в Австралии функциональная специализация осуществляется в пределах аппарата омбудсмана общей компетенции, который одновременно является омбудсменом по вопросам миграции и защиты прав ребенка¹.

Критерии функциональной специализации омбудсмана в правовых системах государств отличаются.

Общепринятым является критерий выделения специализированного механизма для реализации и защиты прав наиболее «уязвимой» категории лиц, к которой относятся дети, лица с ограниченными возможностями здоровья, представители меньшинств, мигранты и т. д. Правовым основанием для применения названного критерия являются такие международно-правовые акты, как Конвенция о правах ребенка 1989 г., Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г., Декларация о правах лиц, принадлежащих к национальным или этническим, религиозным и языковым меньшинствам 1992 г., Конвенция о правах инвалидов 2006 г., Декларация о правах коренных народов 2007 г. При этом в США на национальном уровне к «уязвимой» категории отнесены также лица, находящиеся в тюрьмах, университетах, госпиталях. Для защиты их прав были учреждены должности специализированных омбудсменов.

Рассмотрим применение данного критерия в российской правовой системе. В 1990 г. СССР была подписана и ратифицирована Конвенция о правах ребенка. Правопреемство в вопросе защиты прав ребенка отразилось в тексте принятой в 1993 г. Конституции. В частности, согласно ч. 1 ст. 38 Конституции РФ детство находится под защитой государства, а в ч. 2 ст. 7 декларируется обеспечение государственной поддержки семьи, материнства, отцовства и детства. В связи с этим можно заключить, что высшим актом страны рождение и воспитание детей расценивается не только как частное дело, но и как процесс, имеющий большое общественное значение, а потому требующий государственной поддержки². На данный момент законодательно закреплены основные гарантии жизнеобеспечения детей, включая охрану здоровья, возможность получения образования, социальное обеспечение. В 2009 г. для осуществления эффективной защиты прав и интересов ребенка в Российской Федерации была учреждена должность Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по правам ребенка³.

В сфере защиты другой «уязвимой» категории – лиц с ограниченными возможностями здоровья – ситуация складывается иначе. В силу ч. 2 ст. 7 и ст. 39 Конституции РФ инвалидам предоставляется государственная поддержка. В 2012 г. Россия ратифицировала Конвенцию о правах инвалидов. О возможности учреждения должности уполномоченного по правам инвалидов публично говорил Президент РФ, подчеркнув, что поддержка таких граждан – важный вопрос в политике государства⁴. Сегодня на федеральном уровне эта должность не введена. Однако в муниципальном образовании «город Вологда» глава города для обеспечения реализации прав

¹ *Stuhmcke A.* Australian Ombudsmen and Human Rights // Australian Institute of Administrative Law Forum. 2011. Vol. 66.

² *Певцова И. Е.* Право ребенка на семью и его конституционно-правовое обеспечение: дис. ... канд. юрид. наук. Хабаровск, 2013. С. 81.

³ Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка: Указ Президента РФ от 1 сентября 2009 г. № 986 // СЗ РФ. 2009. № 36. Ст. 4312.

⁴ В РФ появится омбудсмен по защите прав инвалидов // Рос. газ. 2013. 29 марта.

инвалидов назначает лицо, осуществляющее функции уполномоченного по правам инвалидов¹.

Кроме того, данному критерию отвечает введение должности Уполномоченного по правам студентов, идею о котором выдвинуло Министерство образования и науки Российской Федерации. Нормативный правовой акт, регламентирующий статус Уполномоченного по правам студентов, отсутствует, однако ведется работа по формированию нормативно-правовой базы для урегулирования деятельности такого специализированного омбудсмана в России². Сам Уполномоченный по правам студентов А. М. Хромов, председатель Общероссийской общественной организации «Российский студенческий союз», называет целью своей работы защиту интересов каждого учащегося, лоббирование законодательных инициатив, связанных с социальной защитой студенчества³.

Лиц, относящихся к «уязвимой» категории, можно разграничить в соответствии с их специальным конституционно-правовым статусом. В одном случае речь идет о статусе, возникающем в связи с социальным положением человека, его общественной деятельностью (например, дети, военнослужащие, студенты), в другом – о специальном конституционно-правовом статусе, обусловленном личными нуждами, особой социальной или экономической ситуацией, в которой оказались эти лица (беженцы, представители малочисленных народов, лица с ограниченными возможностями здоровья)⁴.

Другим критерием специализации омбудсменов являются проблемные направления государственной политики. Так, в Англии и Уэльсе в 1973 г. Актом о реорганизации национальной службы здравоохранения были учреждены должности комиссаров по делам служб здравоохранения, а в 1974 г. Актом о местном управлении – должности комиссаров по делам местной администрации⁵.

Данный критерий применяется, как правило, в странах Азии. Например, в Корее введена должность омбудсмана по защите от коррупции. В Республике Бангладеш и Пакистане омбудсмены назначаются для контроля за действиями должностных лиц и работников в налоговой сфере, в частности, в связи с высокой коррумпированностью последних⁶.

Третий критерий связан с возросшим интересом к поощрению и защите экономических и социальных прав человека. Регулирование этих прав имеет двойственный характер.

С одной стороны, на международном уровне разрабатываются применимые к бизнесу как форме реализованных экономических прав стандарты в области прав человека, нацеленные на развитие социальной ответственности бизнеса. Так, в июне 2011 г. Совет Организации Объединенных Наций по правам человека утвердил Руко-

¹ Об утверждении Положения об уполномоченном по правам инвалидов на территории муниципального образования «город Вологда»: постановление Администрации г. Вологды от 22 января 2015 г. № 153 (в ред. от 10 августа 2015 г.).

² На защиту прав студента // Образовательный портал Слово: URL: <http://www.portal-slovo.ru/topic/46978.php>.

³ Артем Хромов стал студенческим омбудсменом // Рос. газ. 2013. 24 янв.

⁴ Евстифеев Д. М. Классификация конституционно-правовых интересов личности // Конституция Российской Федерации: проблемы реализации и перспективы развития конституционализма. Ч. 2. С. 32.

⁵ Тимофеев М. Т. Указ. соч. С. 32.

⁶ Carmona G. V. Strengthening the Asian Ombudsman Association and the Ombudsman Institutions of Asia // Strengthening the Ombudsman Institution in Asia: Improving Accountability in Public Service Delivery through the Ombudsman. 2011. P. 6–7.

водящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека для выполнения Рамочной концепции ООН «Защита, соблюдение и средства защиты»¹ (далее – Руководящие принципы), согласно которым государства в пределах своей территории должны обеспечивать защиту прав человека от нарушений их третьей стороной, в том числе предприятиями. В п. 27 Руководящих принципов закреплено, что наряду с судебными механизмами государствам следует обеспечивать эффективные и надлежащие внесудебные механизмы рассмотрения жалоб, являющиеся частью общей государственной системы правовой защиты в случае связанных с предпринимательской деятельностью нарушений прав человека. Согласно п. 31 Руководящих принципов для обеспечения эффективности государственных и негосударственных внесудебных механизмов рассмотрения жалоб следует гарантировать, в частности, их легитимность, доступность, предсказуемость, справедливость, транспарентность, соответствие нормам в области прав человека. Механизм рассмотрения жалоб отвечает своей цели, лишь если лица, для которых он предназначен, знают о нем, доверяют ему и могут его использовать.

Вместе с тем экономические права, как и иные права человека, «заклучают в себе двуединые свободы: свободу от государства и свободу при посредничестве государства»². Инициаторами международного признания экономических и социальных прав стали Международная организация труда (МОТ) и Всемирная организация здравоохранения. МОТ закрепила ряд прав трудящихся в Филадельфийской декларации 1944 г., подтвердив, что «все люди... имеют право осуществлять свое материальное благосостояние и свое духовное развитие в условиях свободы и достоинства, экономической устойчивости и равных возможностей»³.

В ст. 34 Конституции РФ установлено, что каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. В 2014 г. в ежегодном Послании Федеральному Собранию В. В. Путин, говоря об экономическом развитии страны, напомнил, что «добросовестный труд, частная собственность, свобода предпринимательства – это такие же базовые консервативные ценности, как патриотизм...»⁴.

Таким образом, в соответствии с критерием защиты экономических и социальных прав на территории России введена должность Уполномоченного при Президенте Российской Федерации по защите прав предпринимателей. Кроме того, должности бизнес-омбудсменов были учреждены на уровне субъектов Российской Федерации. В компетенцию данного специализированного омбудсмана входит защита прав и законных интересов российских и иностранных субъектов предпринимательской деятельности.

Деятельность бизнес-омбудсменов в РФ в соответствии с п. 31 Руководящих принципов основана на взаимодействии и диалоге, предполагающих проведение консультаций с группами заинтересованных сторон, для которых предназначены эти механизмы, по вопросам их формирования и эффективности их функционирования, рассмотрение жалоб и принятие по ним решений. Аналогичный институт существует в США, где в июле 1953 г. был принят Закон о малом предпринимательстве, для

¹ URL: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_RU.pdf.

² Часто задаваемые вопросы относительно экономических, социальных и культурных прав: изложение фактов № 33 // URL: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs33_ru.pdf.

³ Там же.

⁴ URL: <http://ombudsmanbiz.ru/2014/12/poslanie-prezidenta-2014>.

развития и поддержки которого создано Управление по делам малого бизнеса и введена должность бизнес-омбудсмена. Бизнес-омбудсмены действуют также в Украине и Грузии.

Наконец, в научной литературе в качестве критерия специализации омбудсменов выделяют необходимость обеспечения прав и свобод человека не только в публичной, но и в частной сфере. Частноправовой омбудсмен представляет собой постоянно действующий общественный орган для разрешения споров, возникающих между организациями и их работниками (омбудсмен «внутреннего контроля») или между организациями и их клиентами (омбудсмен «внешнего контроля»)¹. Например, в Великобритании в 1990 г. была учреждена должность омбудсмена в сфере недвижимости, в 1994 г. – в сфере оказания похоронных услуг. В США функционируют «газетные» омбудсмены². В России примером использования данного критерия является финансовый омбудсмен, должность которого введена 20 сентября 2010 г. по инициативе группы ведущих банков страны в соответствии с решением Совета Ассоциации российских банков³.

Итак, должности специализированных омбудсменов могут учреждаться в самых разнообразных сферах, но цель их деятельности остается единой – поощрение и защита прав человека и информирование общественности о правах, которыми она располагает.

Думается, что в правовой системе России назрела необходимость принятия единого нормативного правового акта, раскрывающего статус специализированных омбудсменов и основы их деятельности и закрепляющего критерии функциональной специализации омбудсменов.

Библиография

Carmona G. V. Strengthening the Asian Ombudsman Association and the Ombudsman Institutions of Asia // Strengthening the Ombudsman Institution in Asia. Improving Accountability in Public Service Delivery through the Ombudsman. 2011.

Constitute: the World's Constitutions to Read, Search, and Compare // URL: <https://www.constituteproject.org>.

Fabbricotti A. Ombudsperson // Oxford Public International Law. Oxford, 2013.

Stuhmcke A. Australian Ombudsmen and Human Rights // Australian Institute of Administrative Law Forum. 2011. Vol. 66.

Авакьян С. А. Конституционное право России: учеб. курс: в 2 т. М., 2011. Т. 1.

Артем Хромов стал студенческим омбудсменом // Рос. газ. 2013. 24 янв.

В РФ появится омбудсмен по защите прав инвалидов // Рос. газ. 2013. 29 марта.

Евстифеев Д. М. Классификация конституционно-правовых интересов личности // Конституция Российской Федерации: проблемы реализации и перспективы развития конституционализма: материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Екатеринбург, 10–11 октября 2013): в 2 ч. Екатеринбург, 2014. Ч. 2.

Калинина Е. Г. Специализированные уполномоченные по правам человека в РФ: новый элемент в системе внутригосударственного механизма защиты прав человека // Рос. юрид. журн. 2014. № 5.

Корф С. А. Административная юстиция в России. Кн. 3: Очерк теории административной юстиции. Спб., 1910.

¹ *Fabbricotti A. Ombudsperson // Oxford Public International Law. Oxford, 2013. P. 11.*

² *Эмих В. В. Компетенция уполномоченных по правам человека в Российской Федерации. Екатеринбург, 2010. С. 21*

³ *Микова Е. Б. Финансовый омбудсмен как новелла российского гражданского общества // Изв. Иркутской гос. эконом. академии: электрон. науч. журн. 2012. № 3. С. 2.*

Микова Е. Б. Финансовый омбудсмен как новелла российского гражданского общества // Изв. Иркутской гос. эконом. академии: электр. науч. журн. 2012. № 3.

На защиту прав студента // Образовательный портал Слово: URL: <http://www.portal-slovo.ru/topic/46978.php>.

Об Уполномоченном при Президенте Российской Федерации по правам ребенка: Указ Президента РФ от 1 сентября 2009 г. № 986 // СЗ РФ. 2009. № 36. Ст. 4312.

Об утверждении Положения об уполномоченном по правам инвалидов на территории муниципального образования «город Вологда»: постановление Администрации г. Вологды от 22 января 2015 г. № 153 (в ред. от 10 августа 2015 г.) // URL: http://vologda-portal.ru/oficialnaya_vologda/index.php?ID=335055&SECTION_ID=173.

Певцова И. Е. Право ребенка на семью и его конституционно-правовое обеспечение: дис. ... канд. юрид. наук. Хабаровск, 2013.

Послание Президента 2014 г. // URL: <http://ombudsmanbiz.ru/2014/12/poslanie-prezidenta-2014>.

Руководящие принципы предпринимательской деятельности в аспекте прав человека // URL: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_RU.pdf.

Саликов М. С. Динамика и формы развития Конституции // Конституция Российской Федерации: проблемы реализации и перспективы развития конституционализма: материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Екатеринбург, 10–11 октября 2013 г.): в 2 ч. Екатеринбург, 2014. Ч. 1.

Середа М. Ю. Институт омбудсмана в ФРГ // Омбудсмен. 2013. № 2.

Тимофеев М. Т. Институт омбудсмана в Великобритании и Ирландии: контроль, основанный на сотрудничестве. М., 2006.

Ухтияров А. И. Уполномоченный по правам человека как публично-правовой институт защиты прав граждан // Омбудсмен. 2013. № 1.

Часто задаваемые вопросы относительно экономических, социальных и культурных прав: изложение фактов № 33 // URL: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs33_ru.pdf.

Эмих В. В. Компетенция уполномоченных по правам человека в Российской Федерации. Екатеринбург, 2010.

Bibliography

Artem Xromov stal studencheskim ombudsmenom // Ros. gaz. 2013. 24 yanv.

Avak'yan S. A. Konstitucionnoe pravo Rossii: ucheb. kurs: v 2 t. M., 2011. T. 1.

Carmona G. V. Strengthening the Asian Ombudsman Association and the Ombudsman Institutions of Asia // Strengthening the Ombudsman Institution in Asia. Improving Accountability in Public Service Delivery through the Ombudsman. 2011.

Часто задаваемые вопросы относительно экономических, социальных и культурных прав: изложение фактов № 33 // URL: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/fs33_ru.pdf.

Constitute: the World's Constitutions to Read, Search, and Compare // URL: <https://www.constituteproject.org>.

Эмих В. В. Компетенция уполномоченных по правам человека в Российской Федерации. Екатеринбург, 2010.

Евстифеев Д. М. Классификация конституционно-правовых интересов личности // Конституция Российской Федерации: проблемы реализации и перспективы развития конституционализма: материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвященной 20-летию Конституции Российской Федерации (Екатеринбург, 10–11 октября 2013 г.): в 2 ч. Екатеринбург, 2014. Ч. 2.

Fabbricotti A. Ombudsperson // Oxford Public International Law. Oxford, 2013.

Калинина Е. Г. Специализированные уполномоченные по правам человека в РФ: новый элемент в системе внутрисударственного механизма защиты прав человека // Рос. юрид. журн. 2014. № 5.

Korf S. A. Administrativnaya yusticiya v Rossii. Kn. 3: Ocherk teorii administrativnoj yusticii. Spb., 1910.

Микова Е. Б. Финансовый омбудсмен как новелла российского гражданского общества // Изв. Иркутской гос. эконом. академии: электр. науч. журн. 2012. № 3.



Na zashhitu prav studenta // Obrazovatel'nyj portal Slovo: URL: <http://www.portal-slovo.ru/topic/46978.php>.

Ob Upolnomochennom pri Prezidente Rossijskoj Federacii po pravam rebenka: Ukaz Prezidenta RF ot 1 sentyabrya 2009 g. № 986 // SZ RF. 2009. № 36. St. 4312.

Ob utverzhdenii Polozheniya ob upolnomochennom po pravam invalidov na territorii municipal'nogo obrazovaniya «gorod Vologda»: postanovlenie Administracii g. Vologdy ot 22 yanvarya 2015 g. № 153 (v red. ot 10 avgusta 2015 g.) // URL: http://vologda-portal.ru/oficialnaya_vologda/index.php?ID=335055&SECTION_ID=173.

Pevcova I. E. Pravo rebenka na sem'yu i ego konstitucionno-pravovoe obespechenie: dis. ... kand. yurid. nauk. Xabarovsk, 2013.

Poslanie Prezidenta 2014 g. // URL: <http://ombudsmanbiz.ru/2014/12/poslanie-prezidenta-2014>.

Rukovodyashhie principy predprinimatel'skoj deyatel'nosti v aspekte prav cheloveka // URL: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_RU.pdf.

Salikov M. S. Dinamika i formy razvitiya Konstitucii // Konstituciya Rossijskoj Federacii: problemy realizacii i perspektivy razvitiya konstitucionalizma: materialy Mezhdunar. nauch.-prakt. konf., posvyashhennoj 20-letiyu Konstitucii Rossijskoj Federacii (Ekaterinburg, 10–11 oktyabrya 2013 g.): v 2 ch. Ekaterinburg, 2014. Ch. 1.

Sereda M. Yu. Institut ombudsmena v FRG // Ombudsmen. 2013. № 2.

Stuhmcke A. Australian Ombudsmen and Human Rights // Australian Institute of Administrative Law Forum. 2011. Vol. 66.

Timofeev M. T. Institut ombudsmana v Velikobritanii i Irlandii: kontrol', osnovannyj na sotrudnichestve. M., 2006.

Uxtiyarov A. I. Upolnomochennyj po pravam cheloveka kak publichno-pravovoj institut zashhity prav grazhdan // Ombudsmen. 2013. № 1.

V RF poyavitsya ombudsmen po zashhite prav invalidov // Ros. gaz. 2013. 29 marta.

КЛАССИФИКАЦИЯ РЕШЕНИЙ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Скоблик Константин Владимирович

Ассистент кафедры уголовного процесса и криминалистики
Юридического института Сибирского федерального университета (Красноярск),
e-mail: 8923362@gmail.com

Применение положений формальной логики о родовидовом делении и классификации в области уголовно-процессуальной науки и обращение к понятию «модель уголовного процесса» позволили автору сформулировать ряд требований, соблюдение которых повышает вероятность создания цельных уголовно-процессуальных классификаций. Автор делит решения в российском уголовном процессе, отталкиваясь от парных категорий общественного и частного интереса и используя такие классификационные критерии, как цель уголовно-процессуального доказывания, назначение уголовно-процессуального решения в доказательственной деятельности, результат оценки имеющейся информации. В итоге создается фасетная классификация уголовно-процессуальных решений. Она позволяет связать классифицируемые решения с публичным началом российского уголовного процесса, показать роль того или иного решения в движении уголовно-процессуального доказывания от вероятности к достоверности, обеспечиваемого единством мыслительной и практической деятельности, вложить новое содержание в понятия начальных, промежуточных и окончательных уголовно-процессуальных решений, которые, как выясняет автор, связаны с прогностическими и познавательными решениями в российском уголовном процессе.

Ключевые слова: публичная модель российского уголовного процесса, классификация уголовно-процессуальных решений, общественный и частный интерес, цель уголовно-процессуального доказывания, назначение уголовно-процессуального решения, результат оценочной деятельности

THE CLASSIFICATION OF DECISIONS IN RUSSIAN CRIMINAL PROCEDURE

Skoblik Konstantin

Law Institute of the Siberian Federal University (Krasnoyarsk),
e-mail: 8923362@gmail.com

The author refers to the formal logic theory on a subsumption division and classification, which could be used in criminal procedure, as well as to the concept of «a model of criminal procedure». As a result, he introduces a number of requirements necessary for comprehensive criminal procedure classifications. The author classifies decisions in Russian criminal procedure using the concepts of «public interest» and «private interest» as well as the following classification criteria: a purpose of criminal procedure proving, a destination of a criminal procedure decision, and an outcome of evaluation of the given information. Finally, he makes the faceted classification of criminal procedure decisions. It allows seeing a connection between classified decisions and public origin of Russian criminal procedure. Moreover, the author's classification helps to show the role of each decision in criminal procedure proving and to insert a new content into notions of initial, intermediate and final decisions. The relation between initial, intermediate and final decisions, on the one hand, and prognostic and cognitive decisions, on the other hand, is revealed.

Key words: public model of Russian criminal procedure, classification of Russian criminal procedure decisions, public and private interest, purpose of criminal procedure proving, destination of a criminal procedure decision, outcome of evaluation

К настоящему времени процессуалистами созданы различные классификации уголовно-процессуальных решений, имеющие в своей основе тот или иной признак. Вопрос об отличительном характере такого признака, как правило, не ставится. Вместе с тем логики утверждают, что «вид состоит из рода и отличительного признака, т. е. из материи и формы, как статуя состоит из меди и своей особой формы»¹. Соответственно видовое понятие как элемент классификации должно включать не только все признаки родового, но и обладать признаком, который отличал бы один вид от другого в рамках одного рода. При этом отличительные признаки, как пишет Л. Г. Тоноян, ссылаясь на трактат С. Боэция «О делении», «присущи всегда и всякому субъекту и завершают субстанцию... Отличительный признак сам по себе (*per se*) нельзя отделить ни мысленно, ни действием...»². Из сказанного следует, что проводя родовидовое деление, а в особенности классификацию, в основе которой должно лежать указанное деление, необходимо использовать отличительный признак.

Итак, от исследователя, проводящего уголовно-процессуальную классификацию, требуется: 1) указать на модель уголовно-процессуальной деятельности, исходя из которой проводится классификация; 2) обосновать отличительность классификационного признака через демонстрацию его связи с основаниями модели уголовного процесса; 3) обозначить то, как видоизменяется признак, положенный в основу деления или классификации. Например, разделяя доказательства по способу доказывания на прямые и косвенные, необходимо определять суть прямого и косвенного способа доказывания. Как правило, сложностей с соблюдением этого требования не возникает: исследователи выполняют его путем раскрытия признаков видовых понятий, образованных в ходе логического деления или классификации.

Реализация приведенных установок повысит вероятность создания цельной уголовно-процессуальной классификации, выражающей ту или иную идеальную модель уголовно-процессуальной деятельности. Сформированная таким образом классификация уголовно-процессуальных решений будет отражать не только виды решений (особенное), но и закономерности уголовного процесса, выстроенного на той или иной основе (общее). Прежде чем выстроить подобную классификацию, рассмотрим предложенные ранее.

П. А. Лупинская, например, делит решения на начальные, промежуточные, окончательные (итоговые). Основанием такого деления, по ее мнению, выступают момент производства по делу, в который принимается решение, и влияние, которое оно оказывает на дальнейшее производство по делу. «Начальные решения дают право начать производство по делу или отдельную стадию (постановление о возбуждении уголовного дела...). Промежуточные решения принимаются по ходу производства в пределах одной стадии и касаются главным образом признания определенного процессуального статуса лица или вопроса о мере пресечения, производстве процессуальных действий... Окончательными (итоговыми) называют решения, которыми заканчивается производство по делу в данной стадии»³. Также, с точки зрения П. А. Лупинской, решения подразделяются на основные и вспомогательные, однако впоследствии она указывает, что «по своей сути промежуточные решения являются вспомогательными».

¹ Тоноян Л. Г. Разработка операции деления в трактатах Северина Боэция // Логико-философские штудии. 2008. № 5. С. 71.

² Там же. С. 69.

³ Лупинская П. А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. М., 2010.

Уважая заслуги П. А. Лупинской, сформировавшей одно из первых учений о решениях в уголовном процессе, проанализировавшей понятие уголовно-процессуального решения, механизм, этапы его принятия и формы, не можем не указать на следующее противоречие.

П. А. Лупинская, разделяя решения по разным основаниям на две группы, создает классификацию фасетного типа¹, согласно которой одно и то же решение, ввиду того что основания деления различны, может относиться одновременно к двум видам. Однако если промежуточные решения – вспомогательные, а вспомогательные – промежуточные, то начальные, например постановление о возбуждении уголовного дела, и окончательные, в частности приговор, исходя из ее логики, должны признаваться основными. И здесь возникает вопрос о том, как, например, начальное решение о возбуждении уголовного дела может быть основным, предназначенным, с точки зрения П. А. Лупинской, для оценки совокупности собранных доказательств и ответа в опоре на установленные обстоятельства на ключевые вопросы по уголовному делу (имело ли место событие преступления, виновен ли подсудимый в совершении преступления и есть ли основания для прекращения уголовного дела). Полагаем, что причина возникновения данного противоречия кроется в отступлении от правила проведения фасетной классификации, согласно которому сформированные классификационные группировки должны быть независимы друг от друга. В описанном случае возникла зависимость между классом промежуточных и вспомогательных решений.

Есть противоречие и в суждениях Д. С. Кроткова, который классифицирует уголовно-процессуальные решения, принимаемые при решении вопроса о возбуждении уголовного дела, взяв за основу, как он сам утверждает, критерий П. А. Лупинской². Он полагает, что начальными решениями являются решение об осмотре места происшествия, о получении объяснений, об истребовании необходимых материалов, о получении справочной информации; промежуточными – решения о передаче заявления или сообщения по подследственности; окончательными – решения о возбуждении либо об отказе в возбуждении уголовного дела или решение мирового судьи о принятии жалобы к производству³. Однако используя критерий классификации П. А. Лупинской, получить подобное деление невозможно. В частности, неясно, почему решения об осмотре места происшествия или о получении справочной информации отнесены к начальным (т. е., по определению П. А. Лупинской, дающим право начать производство по делу или его отдельную стадию), ведь указанные решения направлены на сбор и (или) проверку информации и принимаются уже после того, как была инициирована деятельность по проверке сообщения о преступлении. Названные решения нельзя считать и промежуточными, поскольку последние (как будет обосновано далее), в противоположность позиции П. А. Лупинской, не «принимаются по ходу производства в пределах одной стадии» и не «касаются главным образом определенного процессуального статуса лица или вопроса о мере пресечения, производстве процессуальных действий»⁴.

¹ Фасетный метод – параллельное разделение множества объектов на независимые классификационные группировки (подробнее см.: Логика: учеб. / под ред. А. И. Мигунова, И. Б. Микиртумова, Б. И. Федорова. М., 2010. С. 109).

² Кротков Д. С. Уголовно-процессуальные решения и субъекты их принятия в стадии возбуждения уголовного дела: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 13 // URL: <http://www.rad.pfu.edu.ru:8080/tmp/avtoref5325.pdf>.

³ Там же. С. 13.

⁴ Лупинская П. А. Указ. соч.

Кроме того, авторы проанализированных классификаций отступают от правил, изложенных в начале статьи: не указывают на модель уголовно-процессуальной деятельности и на связь классификационного признака с основаниями выбранной модели.

Мы же предлагаем иную классификацию, исходя из модели российского уголовного процесса, построенного на публичном начале¹, которое в противовес состязательному началу определяется как такое соотношение общественного и частного интереса², при котором первый преобладает над последним. Таким образом, все уголовно-процессуальные решения в публичном уголовном процессе в зависимости от цели реализации того или иного интереса мы предлагаем разделить на решения, направленные на реализацию общественного интереса, и решения, направленные на реализацию частного интереса.

Для дальнейшего деления первой группы решений рассмотрим доказывание через понятие деятельности и очертим его цель. В современном российском уголовном процессе эта цель задана нормативно и состоит, как сказано в ст. 85 УПК РФ, в установлении обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ. Отсюда следует, что уголовно-процессуальные решения, принимаемые в процессе доказывания и направленные на реализацию публичного интереса, должны быть связаны с установлением обстоятельств, указанных в ст. 73 УПК РФ.

Исходя из того что обязанность достижения цели доказывания возложена на определенных субъектов: судью, прокурора, следователя, дознавателя (ч. 1 ст. 74 УПК РФ), т. е. на должностных лиц органов государства, полагаем, что именно их решения направлены на достижение цели установления обстоятельств, подлежащих доказыванию. Остальные же решения, способствующие установлению данных обстоятельств, принимаются участниками уголовного процесса и лицами, представляющими частный интерес. Примером может служить решение защитника о заявлении ходатайств о приобщении письменных документов к уголовному делу в качестве доказательств в порядке ч. 2 ст. 86 УПК РФ, о проведении следственного или судебного действия. Таким образом, решения, связанные с установлением подлежащих доказыванию обстоятельств, распадаются по признаку наличия (отсутствия) обязанности достижения лицом, принимающим решение, указанной цели на решения, направленные на установление обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ (принимаются должностными лицами органов государства), и решения, способствующие установлению этих обстоятельств (принимаются участниками уголовного процесса и лицами, представляющими частный интерес).

Отталкиваясь от того, что познание – это единство мыслительной и практической деятельности³, а уголовно-процессуальное доказывание состоит из трех элементов: собирания, проверки и оценки доказательств (ст. 85 УПК РФ), укажем, что решения,

¹ Подробнее см.: Барабаш А. С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб., 2009.

² Само понятие «начало» может быть определено как «обуславливающее построение уголовно-процессуальной деятельности соотношение частных и общественных интересов, при котором одни преобладают над другими и которое сложилось в обществе (конкретном социуме) под влиянием объективных факторов на протяжении всего его развития» (подробнее см.: Брестер А. А. Начало уголовного процесса и его влияние на уголовно-процессуальную форму // Уголовная юстиция. 2013. № 2. С. 28).

³ Развернутое обоснование указанного единства и анализ позиций процессуалистов, психологов, философов по данному вопросу см.: Барабаш А. С. Публичное начало российского уголовного процесса. С. 242–247.

прямо связанные с целью установления обстоятельств, подлежащих доказыванию, по признаку их назначения¹ в доказательственной деятельности можно разделить на:

1) решения, фиксирующие результат оценки собранной и проверенной информации (решения о возбуждении уголовного дела, привлечении в качестве обвиняемого, составлении обвинительного заключения, постановлении приговора, прекращении уголовного дела, уголовного преследования и т. п.);

2) решения, предназначенные для осуществления деятельности по собиранию и проверке информации и тем самым создания основы для оценки и принятия решения, отнесенного к первой группе (решения о проведении процессуального действия при проверке сообщения о преступлении, следственного, судебного действия и т. п.). Эти решения дополнительно закрепляют основания деятельности по собиранию и проверке информации, проведение которой необходимо для получения итога, фиксируемого решениями первой группы;

3) решения, создающие условия для собирания, проверки и оценки информации, т. е. для доказывания (познания) как единства мыслительной и практической деятельности (решения о применении меры процессуального принуждения, приостановлении или возобновлении приостановленного предварительного следствия, решение суда о проведении предварительного слушания, возвращении уголовного дела прокурору и т. п.)².

Решения, фиксирующие результат оценки имеющейся информации, в свою очередь распадаются в зависимости от содержания этого результата, получаемого при движении уголовно-процессуального доказывания от вероятности к достоверности, на начальные, промежуточные и окончательные. Задача первых – фиксация вероятностных выводов об обстоятельстве, свидетельствующем о возможном выполнении объективной стороны преступления (например, решение о возбуждении уголовного дела). Задача вторых при этом – не решение вопроса о мере пресечения, производстве процессуальных действий (как указывала П. А. Лупинская³), а фиксация характеризующихся практической достоверностью выводов об обстоятельствах, предусмотренных ст. 73 (например, решение о составлении письменного уведомления о подозрении, привлечении в качестве обвиняемого). Под практической достоверностью мы понимаем такую «степень обоснованности знания, когда нельзя применять абсолютно понимаемое „все“, когда еще нет полной достоверности и, вместе с тем, когда уже преодолена ступень проблематического и вероятного обоснования истины и нет неопределенности „некоторые“»⁴. Немаловажно, что «...при знании практически достоверном, хотя и не обнаружен противный случай, однако его невозможность все-таки не доказана»⁵. Из обозначенных признаков промежуточного уголовно-про-

¹ Отметим, что критерий назначения уголовно-процессуального решения применим как в публичном, так и в состязательном процессе. Разница в том, каково это назначение, т. е. в конкретном его наполнении в зависимости от вида процесса.

² Схожую направленность на создание условий деятельности имеют процедурные решения, выделяемые А. В. Смирновым. Под процедурными он понимает решения, которые «обеспечивают предпосылки для успешного выполнения задач уголовного процесса за счет создания формальных условий судопроизводства (решения о передаче дел по подследственности, о соединении и выделении уголовных дел, о признании участниками процесса и т. д.)» (Смирнов А. В. Достаточные фактические основания уголовно-процессуальных решений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1984. С. 8).

³ Лупинская П. А. Указ. соч.

⁴ Георгиев Ф. И., Коришунов А. М., Ладоренко О. А. и др. Проблемы отражения. М., 1969. С. 118.

⁵ Там же. С. 117.

цессуального решения следует недопустимость существования понятия «промежуточное судебное решение»¹, поскольку решения суда не фиксируют по результатам оценки характеризующиеся практической достоверностью выводы об обстоятельствах, предусмотренных ст. 73 УПК РФ.

Задача же окончательных решений – фиксация уже полностью достоверных выводов об обстоятельствах, подлежащих доказыванию (решение об отказе в возбуждении уголовного дела, о прекращении уголовного дела или уголовного преследования, о составлении обвинительного заключения или обвинительного акта, постановления приговора).

Нужно подчеркнуть, что мы, как и П. А. Лупинская, выделяем группы начальных, промежуточных и окончательных решений, однако используем иной классификационный признак, позволяющий избежать допускаемого П. А. Лупинской противоречия, наполняем эти понятия другим содержанием.

Приведенная классификация дополняется делением уголовно-процессуальных решений на прогностические и познавательные. Принятие решений первого типа обусловлено наличием дефицита информации и ситуации неопределенности, предполагающей формирование прогноза. Решения же второго типа принимаются при ликвидации дефицита информации и ситуации неопределенности. Как следствие, необходимость в прогностической деятельности в последнем случае отсутствует. Таким образом, прогностическое решение связано с вероятностью в уголовно-процессуальном доказывании, а познавательное – с достоверностью.

С учетом различий понятий «вероятность» и «достоверность» об окончательных и промежуточных решениях следует говорить как о познавательных, о начальных же – как о прогностических. При этом классы прогностических и познавательных решений не исчерпываются начальными, промежуточными и окончательными, но могут включать и иные решения, соответствующие выявленным признакам. Так, решения о проведении обыска или об избрании меры пресечения² следует считать прогностическими, поскольку лицо, их принявшее, лишь предполагает успех принятых решений: мера пресечения может быть нарушена, а в ходе обыска, вероятно, ничего не обнаружат. В то же время решение о производстве выемки – познавательное, поскольку в силу ч. 1 ст. 183 УПК РФ основанием его принятия выступает точное знание о том, где и у кого находятся предметы и документы, которые необходимо изъять.

Итак, мы используем два базовых деления решений в российском уголовном процессе: на прогностические и познавательные и на решения, нацеленные на реализацию частного интереса, и решения, нацеленные на реализацию общественного интереса, с последующим выделением разновидностей решений последней группы. Поскольку деления проводятся по различным основаниям и не исключают друг друга, то в итоге образуется фасетная классификация уголовно-процессуальных решений, которая, как и всякая классификация, упрощает действительность, разрывая тем самым существующее в ней единство³ и одновременно обнаруживая его.

¹ О необходимости отказа от использования в уголовно-процессуальном законе понятия «промежуточное решение», в том числе, по отношению к промежуточным судебным решениям говорили также В. А. Азаров и В. А. Константинова (подробнее см.: Азаров В. А., Константинова В. А. Промежуточные решения суда первой инстанции при осуществлении правосудия по уголовным делам // Изв. Алтайского гос. ун-та. 2011. № 2-2. С. 81).

² О прогностическом характере решений об избрании мер пресечения см.: Барабаш А. С. Цели и основания избрания меры пресечения в уголовном процессе // Актуальные проблемы рос. права. 2015. № 12. С. 187.

³ Поварнин С. И. Общее учение о доказательстве. Пг., 1916. С. 9–11.

Библиография

Азаров В. А., Константинова В. А. Промежуточные решения суда первой инстанции при осуществлении правосудия по уголовным делам // Изв. Алтайского гос. ун-та. 2011. № 2-2.

Барабаш А. С. Публичное начало российского уголовного процесса. СПб., 2009.

Барабаш А. С. Цели и основания избрания меры пресечения в уголовном процессе // Актуальные проблемы рос. права. 2015. № 12.

Брестер А. А. Начало уголовного процесса и его влияние на уголовно-процессуальную форму // Уголовная юстиция. 2013. № 2.

Георгиев Ф. И., Коршунов А. М., Ладоренко О. А. и др. Проблемы отражения. М., 1969.

Кротков Д. С. Уголовно-процессуальные решения и субъекты их принятия в стадии возбуждения уголовного дела: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011 // URL: <http://www.rad.pfu.edu.ru:8080/tmp/avtoref5325.pdf>.

Логика: учеб. / под ред. А. И. Мигунова, И. Б. Микиртумова, Б. И. Федорова. М., 2010.

Лупинская П. А. Решения в уголовном судопроизводстве: теория, законодательство, практика. М., 2010.

Поварнин С. И. Общее учение о доказательстве. Пг., 1916.

Смирнов А. В. Достаточные фактические основания уголовно-процессуальных решений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1984.

Тоноян Л. Г. Разработка операции деления в трактатах Северина Боэция // Логико-философские штудии. 2008. № 5.

Bibliography

Azarov V. A., Konstantinova V. A. Promezhutochnye resheniya suda pervoj instancii pri osushhestvlenii pravosudiya po ugovolnym delam // Izv. Altajskogo gos. un-ta. 2011. № 2-2.

Barabash A. S. Celi i osnovaniya izbraniya mery presecheniya v ugovolnom processe // Aktual'nye problemy ros. prava. 2015. № 12.

Barabash A. S. Publichnoe nachalo rossijskogo ugovolnogo processa. SPb., 2009.

Brester A. A. Nachalo ugovolnogo processa i ego vliyanie na ugovolno-processual'nuyu formu // Ugolovnaya yusticiya. 2013. № 2.

Georgiev F. I., Korshunov A. M., Ladorenko O. A. i dr. Problemy otrazheniya. M., 1969.

Krotkov D. S. Ugolovno-processual'nye resheniya i sub»ekty ix prinyatiya v stadii возбуждения уголовного дела: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. M., 2011 // URL: <http://www.rad.pfu.edu.ru:8080/tmp/avtoref5325.pdf>.

Logika: ucheb. / pod red. A. I. Migunova, I. B. Mikirtumova, B. I. Fedorova. M., 2010.

Lupinskaya P. A. Resheniya v ugovolnom sudoproizvodstve: teoriya, zakonodatel'stvo, praktika. M., 2010.

Povarnin S. I. Obshhee uchenie o dokazatel'stve. Pg., 1916.

Smirnov A. V. Dostatochnye fakticheskie osnovaniya ugovolno-processual'nykh reshenij: avtoref. dis. ... kand. yurid. nauk. L., 1984.

Tonoyan L. G. Razrabotka operacii deleniya v traktatax Severina Boehciya // Logiko-filosofskie shtudii. 2008. № 5.

**ДОГОВОР СЧЕТА ЭСКРОУ:
ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОЙ КВАЛИФИКАЦИИ****Василевская Людмила Юрьевна**

Доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права
Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА) (Москва),
e-mail: liudmila.vasilevskaya@gmail.com

Статья посвящена новому гражданско-правовому институту – договору счета эскроу. На основе анализа различных норм о банковском счете в ГК РФ автор обосновывает свою позицию о правовой природе договора счета эскроу, рассматривает сферу его применения и особенности правовой регламентации, выделяет его основные конститутивные признаки, обращая внимание на противоречивые положения закона.

Ключевые слова: счет эскроу, условное депонирование, договор банковского счета, банк – эскроу-агент, депонент, бенефициар, кредитор, должник, использование счета эскроу

**AN ESCROW ACCOUNT AGREEMENT:
PROBLEMS OF LEGAL QUALIFICATION****Vasilevskaya Lyudmila**

Kutafin Moscow State Law University (Moscow),
e-mail: liudmila.vasilevskaya@gmail.com

The article is devoted to the new civil legal institution – an escrow account agreement. Based on the analysis of the various rules on a bank account in the RF Civil Code, the author substantiates her own understanding of the legal nature of the escrow account agreement, considers its scope and peculiarities of its legal regulation, and allocates its basic constitutional characteristics drawing attention to the contradictory provisions in laws.

Key words: escrow account, escrow, bank account agreement, bank as an escrow agent, depositor, beneficiary, creditor, debtor, use of an escrow account

Федеральным законом от 21 декабря 2013 г. № 379-ФЗ в гл. 45 ГК РФ («Банковский счет») были добавлены две новые договорные конструкции, одна из которых – договор счета эскроу (ст. 860⁷–860¹⁰). Эти нововведения разрабатывались в рамках проекта федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – Законопроект). Изначально Законопроект предусматривал введение в ГК РФ гл. 47¹ «Условное депонирование (эскроу)», в результате чего должен был появиться новый гражданско-правовой институт – договор условного депонирования (эскроу), т. е. договор эскроу (ст. 926¹). Кроме того, предполагалось дополнить гл. 45 ГК РФ параграфом 4 «Счет эскроу», регулирующим отношения по счету эскроу на основании новой договорной конструкции – договора счета эскроу (ст. 860¹³), и внедрить новую разновидность банковского счета – счет эскроу.

Однако в Федеральном законе № 379-ФЗ многое из запланированного было изменено. В результате в гл. 45 ГК РФ появились только четыре не обособленные

в отдельном параграфе статьи, посвященные договору счета эскроу. Главу 47¹ так и не включили в ГК РФ, а «увязка» договора счета эскроу с договором эскроу (договором условного депонирования), предусмотренная в ст. 860¹³ Законопроекта, исчезла. Норма, содержащая определение договора счета эскроу, была изменена так, что договор счета эскроу из договора двустороннего, договора в пользу третьего лица превратился, на наш взгляд, в многосторонний договор, который можно квалифицировать как договор условного депонирования.

Внесение изменений в гл. 45 ГК РФ было продиктовано прежде всего практическими потребностями. Известно, что в соответствии с п. 1 ст. 845 ГК РФ правовой режим договора банковского счета не ограничивается услугами банка по открытию и ведению счета, принятию и зачислению на него поступающих на имя клиента денежных средств, а предусматривает также выполнение банком распоряжений клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету. В рамках существующего правового режима, установленного п. 3 ст. 845 ГК РФ, банк не вправе определять и контролировать направления использования денежных средств клиента и вводить не закрепленные законом или договором банковского счета ограничения на право клиента распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению. Это означает, что установленный правовой режим (ст. 845 и 858 ГК РФ) денежных средств, находящихся на счете клиента, исключает возможность введения запрета на списание денежных средств со счета клиента до возникновения оснований, указанных в договоре банковского счета. Такая возможность, предусмотренная новым договором счета эскроу, но исключенная классическим договором банковского счета, позволяет участникам различных гражданско-правовых отношений, открывающих эскроу-счета в банках, минимизировать свои риски и избегать недобросовестных действий контрагентов.

Необходимо отметить, что эскроу-счет достаточно распространен в банковской сфере стран англо-американской и романо-германской систем права. Термин «*escrow*» (англ.), «*Treuhand*» (нем.) означает депонирование у третьего лица имущества должника с целью его передачи кредитору при предусмотренных договором обстоятельствах. Речь идет об эскроу-агенте (доверительном агенте, *escrow agent*, *Treuhänder*), которому поручено (доверено) депонирование чужого имущества (денег, ценных бумаг, правоустанавливающих документов и т. п.) на определенном счете эскроу. Услуги по открытию и ведению счета эскроу могут оказывать не только банки, но и специализированные коммерческие организации, юридические компании или другие эскроу-агенты. Так, в Германии счета эскроу (*Treuhandkonten*) подразделяются на закрытые и открытые (*verdeckte und offene Treuhandkonten*); среди последних выделяют особую разновидность счета – *Anderkonto*, открываемого адвокатами, нотариусами, консультантами по налогам, аудиторам.

Практически во всех известных правовых системах счет эскроу рассматривается как договор *sui generis* (непоименованный договор) либо как договор, юридически закрепляющий агентирование комиссионного типа. Так, в Германии договор счета эскроу – непоименованный, предусматривающий различные варианты взаимоотношений сторон договор с элементами правовой конструкции хранения¹. В ФРГ счета эскроу широко применяются в гражданском обороте при совершении сделок с недвижимостью. В роли эскроу-агента выступает адвокат или (чаще всего) нотариус, который следит

¹ Gerster St. Das Escrow Agreement als obligationsrechtlicher Vertrag. Diss. Zürich, 1991. S. 24–64; Wilhelm M. Treuhandmodelle – mehr als nur Insolvenzversicherung. Anwendungsbereiche der Treuhand. Frankfurt, 2011. S. 3–15.

за ходом сделки купли-продажи недвижимости и выдает деньги с эскроу-счета продавцу только в случае соблюдения и выполнения сторонами конкретных условий договора. Очевидно, что смысл осуществления расчетов через счет эскроу нотариуса (*Notar-Anderkonto*) заключается в определенной гарантии исполнения обязательства, предотвращении различных рисков по срыву сделки, имущественных потерь, злоупотребления правом и иных возможных недобросовестных действий участников сделки.

Счет эскроу используется не только при совершении сделок с недвижимостью, но и при совершении сделок с ценными бумагами, дорогостоящим движимым имуществом, при ипотечном кредитовании. Так, в Германии этот счет активно применяется при заключении кредитных договоров, обеспеченных ипотекой покупаемого жилья¹. После выдачи ипотечного жилищного кредита заемщик вносит на банковский счет эскроу определенную денежную сумму, которая используется ипотечным банком, выдавшим кредит, для погашения основной суммы долга и процентов по ипотеке.

Таким образом, договор счета эскроу представляет собой гибкую, универсальную договорную конструкцию, одна из основных функций которой – гарантировать исполнение основного обязательства, возникающего из гражданско-правового договора между кредитором и должником. «Гарантийный» эффект достигается не через различные способы обеспечения исполнения обязательств, а посредством установления особого правового режима для имущества, обособляемого на специальном счете эскроу-агента и переданного во исполнение обязательства, что позволяет защитить интересы обеих сторон – депонента и бенефициара.

К услугам эскроу-агентов прибегают не только для осуществления крупных сделок с движимым и недвижимым имуществом, где функции агента заключаются в депонировании денежных средств и переданных ему документов, пока стороны договора не выполнят его необходимые условия. Иногда эскроу-агент реализует функции депонирования имущества и после исполнения должником обязательств по основному договору, например временно «хранит» правоустанавливающие документы на имущество, которое является предметом сделки. Кроме того, он может открыть счет эскроу для оплаты определенных взносов (например, налога на имущество или страховых взносов). В международной банковской практике счета эскроу активно используются наряду с такими формами безналичных расчетов, как расчеты по аккредитиву и расчеты по инкассо. В частности, эскроу-счета могут применяться в договорах поставки, когда вместо аккредитива денежные средства размещаются на счете эскроу и выплачиваются продавцу при исполнении им своих обязательств по поставке очередной партии товара.

Очевидно, что выполняя различные функции, эскроу-агент действует в интересах всех лиц, прибегающих к его услугам, т. е. как доверительное лицо, исполняющее свои обязательства в соответствии с договором. При этом он остается нейтральной стороной по отношению и к кредитору, и к должнику, «гарантируя» тем самым интересы обеих сторон. Эскроу-агент – это независимое третье лицо, предоставляющее сторонам договора свои услуги, с помощью которых и реализуется «гарантийный» механизм эскроу. Не случайно, например, с немецкого языка термин «*Treuhand*» дословно переводится как «верная рука», а «*Treuhandkonto*» – «доверительный счет».

¹ Eisenhut St. Escrow-verhältnisse. Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte. Basel, 2009. S. 10–94.

В гл. 45 ГК РФ договору счета эскроу отведены, как отмечалось, всего четыре статьи (860⁷–860¹⁰), при этом в соответствии с п. 4 ст. 860⁷ ГК РФ к отношениям сторон в связи с открытием, обслуживанием и закрытием счета эскроу применяются положения о банковском счете, если иное не предусмотрено ст. 860⁷–860¹⁰ ГК РФ или не вытекает из существа отношений сторон.

По договору счета эскроу банк (эскроу-агент) открывает специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, полученных им от владельца счета (депонента) в целях их передачи другому лицу при возникновении оснований, предусмотренных договором между банком, депонентом и бенефициаром (п. 1 ст. 860⁷ ГК РФ). Безусловно, нельзя утверждать, что данная дефиниция полностью раскрывает содержание понятия и позволяет дать четкую правовую квалификацию договора счета эскроу в целях определения его места в системе гражданско-правовых договоров.

Закрепленная в ГК РФ конструкция договора счета эскроу представляет собой один из вариантов того соглашения, который известен в странах англо-американской правовой семьи под наименованием «*escrow agreement*», а в германском праве – «*Treuhandkonto*». В соответствии с ст. 860⁷ ГК РФ 1) владелец счета эскроу (депонент) передает на счет только денежные средства, в то время как за рубежом помимо денежных средств допустимо передавать ценные бумаги, различные правоустанавливающие документы, а также имеющие ценность для обеих сторон договора материалы; 2) функции эскроу-агентов могут выполнять только банки и иные кредитные организации, а в других странах, как уже отмечалось, статусом эскроу-агентов наделяются также адвокаты, страховые агенты, нотариусы, коммерческие организации и др. Попутно напомним, что по российскому праву должник может воспользоваться услугами нотариуса, задействовав иной правовой механизм, закрепленный в ст. 327 ГК РФ, – внести деньги или ценные бумаги в депозит нотариуса. Однако в этом случае следует иметь в виду, что правовое регулирование отношений по счету эскроу существенно отличается от механизма исполнения обязательства по ст. 327 ГК РФ.

По смыслу предписаний п. 1 ст. 860⁷ ГК РФ счет эскроу – банковский (денежный) счет, открытый на имя одного лица (депонента-владельца счета), но в интересах третьего лица (бенефициара), т. е. договор счета эскроу является *трехсторонним*: он заключается между банком, депонентом и бенефициаром. Речь идет о договоре с участием бенефициара, которому при возникновении оснований, предусмотренных договором, передаются заблокированные на счете эскроу денежные средства. Это означает, что, во-первых, данные основания должны быть прописаны в условиях договора счета эскроу и, во-вторых, с наступлением указанных в договоре обстоятельств счет эскроу становится счетом в пользу третьего лица-бенефициара (п. 3 ст. 860⁸ ГК РФ). Поскольку выдача бенефициару денежных средств поставлена в зависимость от выполнения определенных условий договора, он (договор счета эскроу) рассматривается как договор условного депонирования денежных средств (пп. 2 и 3 ст. 680⁸, п. 1 ст. 860¹⁰ ГК РФ).

Тем не менее в литературе высказаны противоречивые суждения по вопросу о том, можно ли считать договор счета эскроу договором условного депонирования. Так, В. Д. Рудакова пишет, что «отношения по счету эскроу обычно оформляются двумя договорами: 1) договором счета эскроу, который является основанием открытия счета и заключается между банком и депонентом; 2) договором условного

депонирования денежных средств, заключаемым между банком, депонентом и бенефициаром, в котором предусматриваются условия и основания передачи банком денежных средств бенефициару»¹. Очевидно, что автор придерживается той модели отношений, которая была предложена в Законопроекте. По мнению А. М. Эрделевского, договор счета эскроу и есть договор условного депонирования².

На наш взгляд, буквальное прочтение нормы п. 1 ст. 860⁷ ГК РФ, как уже отмечалось, дает возможность рассматривать договор счета эскроу не иначе как договор условного депонирования. С точки зрения В. Д. Рудаковой, если договор счета эскроу заключается между банком и депонентом, то он должен быть консенсуальным, двусторонне обязывающим (синаллагматическим). В связи с этим возникает много вопросов. Если договор счета эскроу заключается без участия бенефициара, почему норма ст. 860⁹ ГК РФ предусматривает право бенефициара требовать от банка предоставления сведений, составляющих банковскую тайну? Если договор заключается без участия бенефициара, то почему в п. 1 ст. 860⁸ ГК РФ (диспозитивная норма) вводится запрет для бенефициара на распоряжение денежными средствами? Можно ли в этом случае рассматривать договор счета эскроу как договор в пользу третьего лица? Для каких целей потребовалось предусматривать второй договор условного депонирования между тремя субъектами: только чтобы уточнить «основания передачи банком денежных средств», о которых говорит автор, или чтобы прописать в нем «условия и основания передачи денежных средств бенефициару»? Каков смысл усложнения отношений, связанных со счетом эскроу? Неужели первый договор заключается только для того, чтобы открыть счет эскроу и перевести на него денежные средства депонента в целях передачи их в будущем бенефициару по тем основаниям, которые зафиксированы во втором договоре? Тогда почему второй договор называется договором условного депонирования, если денежные средства депонируются на счете эскроу в соответствии с первым договором? Куда перечисляются денежные средства, находящиеся на счете эскроу, при возникновении обстоятельств, предусмотренных вторым договором, – на счет, открытый по второму договору, или на счет бенефициара? Ответов нет.

На наш взгляд, именно большое количество вопросов, возникающих при подобной схеме взаимоотношений банка, депонента и бенефициара, невозможность дать на них четкие ответы, отсутствие ясного представления о необходимости обуславливать исполнение основного договора между бенефициаром и должником с помощью механизма заключения и исполнения двух договоров (договора счета эскроу и договора условного депонирования), а также явные противоречия в логике разработчиков Законопроекта не позволили законодателю принять предложенную в Законопроекте структуру взаимоотношений сторон между банком, депонентом и бенефициаром.

Если договор счета эскроу, по мнению В. Д. Рудаковой, может использоваться в качестве способа обеспечения исполнения основного обязательства, существующего между депонентом и бенефициаром, то встает вопрос: почему «обеспечительные» основания для выдачи денежных средств бенефициару выведены за рамки обеспечительной конструкции договора счета эскроу? В соответствии с п. 2 ст. 680¹⁰ ГК РФ если иное не предусмотрено соглашением депонента и бенефициара, при расторжении договора счета эскроу остаток денежных средств перечисляется (выдается) де-

¹ Гражданское право: учеб. для бакалавров: в 2 т. / отв. ред. В. Л. Слесарев. М., 2016. Т. 2. С. 395 (автор главы – В. Д. Рудакова).

² Эрделевский А. М. О новых видах договоров банковского счета // СПС «КонсультантПлюс».

поненту либо бенефициару (при условии возникновения оснований для передачи их последнему). Однако что это за соглашение между депонентом и бенефициаром? Если принять за основу схему взаимоотношений сторон, предложенную автором, то данное соглашение не может быть договором счета эскроу, поскольку последний заключается без участия бенефициара. Значит, перед нами договор условного депонирования? Тогда непонятно, для каких целей в договоре условного депонирования фиксируются основания прекращения другого договора – договора счета эскроу? Одни вопросы...

Несмотря на то что счет эскроу с наступлением указанных в договоре обстоятельств становится счетом в пользу третьего лица (бенефициара), сам договор счета эскроу считать договором в пользу третьего лица не представляется возможным, поскольку в соответствии с п. 1 ст. 860⁷ ГК РФ договор заключается, как уже указывалось, между тремя лицами: банком, депонентом и бенефициаром. Участие бенефициара в данном случае вполне объяснимо: если договор счета эскроу заключается во исполнение основного договора между кредитором (бенефициаром) и должником (депонентом), то кредитору (бенефициару) важно знать, какая сумма депонируется на счете, при каких условиях он сможет получить денежные средства со счета эскроу, каково содержание договора счета эскроу, особенно в части прав и обязанностей депонента – своего контрагента по основному договору, исполнение которого осуществляется посредством условного депонирования. Только выступая стороной договора, бенефициар (кредитор по основному обязательству) может держать ситуацию под контролем и защищать свои интересы, что особенно важно в период согласования условий договора счета эскроу (до его заключения) со своими контрагентами – депонентом (должником по основному обязательству) и банком (эскроу-агентом).

Принципиальным для выяснения юридической природы договора, на наш взгляд, является ответ на вопрос, до сих пор не решенный в зарубежной и отечественной доктрине: можно ли рассматривать договор счета эскроу как не поименованный в гл. 23 ГК РФ («Обеспечение исполнения обязательств») способ обеспечения исполнения основного обязательства или речь идет о способе исполнения основного обязательства посредством условного депонирования?

Несомненно, что депонент передает денежные средства эскроу-агенту (банку) *в целях исполнения своего обязательства* перед бенефициаром по конкретному гражданско-правовому договору (о передаче имущества, выполнении работ, оказании услуг), а банк (эскроу-агент) обязуется передать эти денежные средства бенефициару в соответствии с условиями договора счета эскроу при возникновении определенных обстоятельств. Это означает, что договор счета эскроу выполняет *гарантийную* функцию при исполнении основного обязательства, вытекающего из договора между депонентом (должником) и бенефициаром (кредитором).

В самом деле, депонент передает денежные средства в собственность (распоряжение) банка, одновременно приобретая право требования к банку о выдаче их бенефициару при возникновении определенных обстоятельств. Реальный характер договора счета эскроу подразумевает, что должником (депонентом) обязанность по основному обязательству выполнена. В основном договоре, как правило, двусторонне обязывающем, синаллагматическом, каждая сторона выступает и как кредитор, и как должник. При исполнении бенефициаром действий, составляющих суть его

обязанностей по договору (передать имущество, выполнить работу и т. п.), т. е. при возникновении обстоятельств, свидетельствующих о выполнении обязательств бенефициаром, у последнего возникает право требования (к банку) о передаче заблокированных для него денежных средств на счет эскроу.

Такая схема взаимоотношений предназначена для того, чтобы каждая из сторон основного обязательства не принимала на себя риски, связанные с исполнением обязательства своим контрагентом. Так, кредитор (бенефициар) «страхует» свои риски, связанные с объектом договора счета эскроу – безналичными денежными средствами, а именно получает «гарантии» от неоплаты предоставленных товаров, выполненных работ и оказанных услуг. В то же время должник (депонент) «страхует» не только риски, касающиеся передачи имущества бенефициаром, выполнения им работ или оказания услуг, ставя передачу денежных средств последнему под определенные условия, но и риски от нецелевого или неправомерного использования средств бенефициаром. Иначе говоря, каждая сторона, прибегая к услугам банка и заключая с ним договор счета эскроу, не только «страхует» свои риски, но и получает «гарантии» своих имущественных прав.

Таким образом, под «гарантией» прав депонента и бенефициара по договору счета эскроу понимается не способ обеспечения исполнения обязательств (ст. 329 ГК РФ), а надлежащее исполнение банком своих обязательств по договору (ст. 309 ГК РФ).

Вместе с тем нельзя не отметить *обеспечительный характер* обязательства по договору счета эскроу. Однако рассматривать этот договор как способ обеспечения исполнения основного обязательства не представляется возможным, хотя в литературе встречаются иные суждения. Так, Е. Ю. Руденко отмечает: «Договор счета эскроу не назван законодателем как способ обеспечения исполнения обязательств. Следовательно, договор счета эскроу может выступать в этом качестве или автоматически, при наличии определенных признаков, или в случае указания его таковым сторонами в основном договоре, обязательства по которому обеспечиваются договором счета эскроу»¹. С выводами автора трудно согласиться. Объявлять, что договор становится новым способом обеспечения исполнения обязательств автоматически (даже «при наличии определенных признаков») или по воле сторон – значит по меньшей мере игнорировать ключевые положения науки гражданского права, а по существу – не разграничивать понятия «способ обеспечения исполнения обязательств» и «обеспечительные меры».

В связи с этим следует привести принципиально важное утверждение известного цивилиста Б. М. Гонгало, который отмечает, что направленность на обеспечение прав часто отождествляется с направленностью на обеспечение обязательств, что приводит к «размыванию» самого понятия обеспечения обязательств, к его подмене: «Способами обеспечения обязательств объявляются правовые средства, обеспечивающие соответствие поведения участников правам и обязанностям в процессе развития любого (не только обязательственного) правоотношения, либо иные средства,

¹ Руденко Е. Ю. Договор счета эскроу: перспективы применения и отдельные правовые проблемы // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом: сб. ст. II Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 22 апреля 2015 г.) / под общ. ред. С. Д. Могилевского, М. А. Егоровой. М., 2015. С. 184–186; см. также: Гражданское право: учеб. для бакалавров. С. 395; Ткачева Л. В. Эскроу (условное депонирование) как новый способ обеспечения исполнения обязательств // Изв. Южного федерального ун-та. Сер. Технические науки. 2013. № 6. С. 236; Чураков Р. С. Эскроу-счет по российскому праву // Закон. 2007. № 8. С. 29.

в той или иной мере гарантирующие права одного из участников правовой связи»¹. Способы обеспечения обязательств, как утверждает автор, безусловно относятся к числу обеспечительных мер (обеспечительные меры – род, способы обеспечения – вид). К сожалению, в настоящее время очень часто разграничения этих мер не проводится. Все они объявляются способами обеспечения обязательств. Выделяя признаки последних, Б. М. Гонгало подчеркивает, что «к способам обеспечения обязательств нельзя отнести меры: а) не создающие акцессорного обязательства; б) направленные на стимулирование должника к надлежащему исполнению обязанностей путем установления особого порядка их исполнения»².

Проанализируем договор счета эскроу под этим углом зрения. Создает ли он акцессорное обязательство? Полагаем, что нет. В качестве аргументов следует привести господствующее в цивилистике положение о том, что обеспечение обязательства создает обязательственное отношение (между кредитором по основному обязательству и лицом, обеспечивающим обязательство), являющееся дополнительным (акцессорным) по отношению к основному обязательству³. Если бы договор счета эскроу порождал акцессорное обязательство, то субъектный состав договора был бы иным: он заключался бы между кредитором (бенефициаром) и банком (эскроу-агентом). В действительности же в договоре помимо бенефициара и банка участвует лицо, выступающее должником по основному обязательству и депонентом по договору счета эскроу. Это во-первых.

Во-вторых, в противовес классическому договору банковского счета, являющемуся консенсуальным договором (ст. 845 ГК РФ: «По договору банковского счета банк *обязуется принимать и зачислять...*» (курсив наш. – Л. В.), законодатель изначально предусмотрел конструкцию *реального* договора счета эскроу (ст. 860⁷ ГК РФ): «По договору счета эскроу банк (эскроу-агент) *открывает* специальный счет эскроу для учета и блокирования денежных средств, *полученных*» (курсив наш. – Л. В.) им от владельца счета...». Буквальное прочтение нормы означает: счет открывается на уже полученные от депонента денежные средства, т. е. соглашение вместе с полученными денежными средствами является основанием для открытия счета. Следовательно, договор считается заключенным лишь с момента фактической передачи депонентом денежных средств банку; иными словами, обязательство по договору счета эскроу возникает только в момент передачи денежных средств банку, который становится их собственником. Это означает, что передачу денежных средств депонентом законодатель рассматривает не как исполнение последним своего обязательства по договору счета эскроу, а как необходимое условие для его заключения (конструкция реального договора).

В литературе можно встретить иное мнение. Так, В. Д. Рудакова пишет, что договор счета эскроу служит «основанием открытия счета...»⁴. Поэтому он является консенсуальным, а значит, у должника (депонента) существует обязанность по договору перечислить денежные средства на счет эскроу. На наш взгляд, буквальный смысл предписаний п. 1 ст. 860⁷ свидетельствует об ином – о *реальном* характере договора счета эскроу.

¹ Гонгало Б. М. Учение об обеспечении обязательств. М., 2002. С. 28, 30.

² Там же. С. 30, 40.

³ Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 36; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 1998. С. 384–385 (автор главы – В. В. Витрянский); Гражданское право: в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. М., 1994. Т. 2. С. 28 (автор главы – Е. А. Суханов).

⁴ Гражданское право: учеб. для бакалавров. Т. 2. С. 395.

Способы обеспечения исполнения обязательств призваны гарантировать интересы кредитора, любой из этих способов – обеспечительная мера имущественного характера, существующая в виде акцессорного обязательства, стимулирующая должника к исполнению обязательства и в случае неисправности должника гарантирующая защиту имущественного интереса кредитора. Кого стимулировать в нашем случае, если должник исполнил обязательство, передав денежные средства банку?

Безусловно, можно возразить и поспорить о том, с какого момента считать состоявшимся исполнение обязательств должником – с момента передачи денежных средств банком бенефициару или с момента передачи их депонентом банку. В литературе этот спор часто сводят к выяснению ответа на вопрос о том, остается ли депонент собственником находящихся на его счете денежных средств. Этот вопрос был бы актуальным в случае нахождения имущества у эскроу-агента, а поскольку объектом договора выступают безналичные денежные средства, являющиеся по своей природе обязательственными правами требования, постольку постановка данного вопроса не имеет юридического смысла, так как эти средства не существуют в виде физически осязаемых вещей.

Следовательно, ни договор счета эскроу, ни открытый для учета и блокирования денежных средств счет эскроу не могут считаться новым способом обеспечения исполнения обязательств. Речь может идти только об определенных *обеспечительных качествах* договора счета эскроу, присущих также некоторым другим договорам (например, договорам лизинга, финансирования под уступку денежного требования). К сожалению, когда любой договор с обеспечительными характеристиками рассматривается как непоименованный в ГК РФ способ обеспечения исполнения обязательств, часто не учитывается принципиально важное суждение А. Л. Маковского (на которое обращает внимание Б. М. Гонгало¹) о необходимости отличать способы обеспечения обязательств от предусмотренных законом или договором условий исполнения обязательств, многие из которых (например, об аккредитивной форме расчетов, о переводе покупателя по договору поставки на предварительную оплату продукции, о зачете взаимных требований и др.) имеют ярко выраженный обеспечительный характер. «Сходство некоторых этих условий с обеспечением обязательств усиливается тем, – пишет А. Л. Маковский, – что они могут применяться как следствие неисправного в прошлом поведения должника... Но в отличие от мер обеспечения обязательств, которые не определяют порядок его исполнения и реализуются лишь в случае нарушения обязательства, эти условия имеют целью предотвратить нарушение обязательства именно путем установления особого порядка его исполнения и применения только на стадии исполнения обязательства»².

На наш взгляд, заключая договор счета эскроу, стороны основного договора определяют порядок его исполнения с целью предотвращения нарушения обязательства не только бенефициаром, но и депонентом. Обеспечительные качества договора проявляются в том, что депонент, как уже отмечалось, получает гарантии от неправомерного использования денежных средств бенефициаром, а последний – от неоплаты товаров, выполненных работ и оказанных услуг. Именно поэтому депонирование осуществляется под условием (отсюда и термин – «условное депонирование»), а в самом договоре выделены обстоятельства, возникновение которых,

¹ Гонгало Б. М. Указ. соч. С. 38.

² Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садиков. М., 1982. С. 229 (автор комментария – А. Л. Маковский).

как указывалось, служит основанием для выдачи бенефициару денежных средств со счета эскроу. Очевидно, что само обязательство по договору счета эскроу нельзя рассматривать как акцессорное (дополнительное), поскольку (подчеркнем еще раз) субъектный состав дополнительного обязательственного отношения четко определен законом: это кредитор по основному обязательству и лицо, обеспечивающее обязательство.

Применительно к договору счета эскроу лицом, «обеспечивающим» обязательство, является банк. Однако его «обеспечительные» функции по договору счета эскроу реализуются лишь на стадии исполнения бенефициаром основного обязательства, поскольку договор (повторим) считается заключенным с момента передачи денежных средств депонентом. Следовательно, установление в договоре счета эскроу условия, предусматривающего перечень обстоятельств, возникновение которых выступает основанием для передачи денежных средств бенефициару, не создает дополнительного обязательства. Напомним, что условное депонирование гарантирует интересы и депонента, и бенефициара. Следовательно, это обеспечительная мера. Но коль скоро речь идет лишь о порядке исполнения существующей по договору обязанности, значит, акцессорного обязательства по договору счета эскроу нет. Вот почему с выводом о том, что договор счета эскроу является акцессорной сделкой¹, трудно согласиться.

Естественно встает вопрос: что это за обстоятельства, возникновение которых фиксируется в условии договора счета эскроу? В законе не приведен их перечень. Условия договора, на наш взгляд, должны предусматривать порядок сбора и предоставления документов банку, которые подтверждают выполнение бенефициаром установленных в договоре счета эскроу условий. Так, при сделках с недвижимостью речь идет, например, о предоставлении правоустанавливающих документов, справки о выплате пая, кадастрового паспорта на недвижимость, копии финансово-лицевого счета, выписки из домовой книги, разрешения органов опеки и попечительства и др.

В соответствии с предписаниями п. 2 ст. 860⁷ обязательства по договору счета эскроу могут закрепляться не только в договоре счета эскроу, но и в ином договоре, по которому эскроу-агентом является банк. «Иным» может выступать гражданско-правовой договор с участием банка (эскроу-агента), неотъемлемой частью которого является обязательство по договору счета эскроу. Так, допустимо включение условия о счете эскроу в договор поставки или кредитный договор, обязательства по которым «обеспечиваются» условным депонированием.

По мнению В. Д. Рудаковой, таким договором, в который могут включаться обязательства по договору счета эскроу, служит договор условного депонирования (п. 2 ст. 860¹³ Законопроекта). Однако изменение законом структуры отношений сторон по договору счета эскроу и внесение коррективов в п. 2 ст. 860⁷ ГК РФ свидетельствуют о возможности иного толкования указанной нормы ГК РФ. В этом случае, с точки зрения автора, отношения могут оформляться посредством смешанного договора².

Сравнение включенных в гл. 45 ГК РФ норм о двух новых договорах, а именно о договоре номинального счета и договоре счета эскроу, дает возможность утверждать, что в случае, когда эскроу-агентом выступает не банк, а иное лицо (например, нотариус, адвокат и др.), ему может быть предоставлена возможность заключить с банком договор номинального счета и открыть как владельцу счета номинальный

¹ Баринов Н. А., Бевзюк Е. А., Беляев М. А. и др. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».

² Гражданское право: учеб. для бакалавров. Т. 2. С. 395.

счет (п. 1 ст. 860¹ ГК РФ) в интересах одного или нескольких клиентов. Этот счет открывается для совершения операций с денежными средствами, права на которые принадлежат одному или нескольким бенефициарам – клиентам эскроу-агента (п. 1 ст. 860¹ ГК РФ). При этом в соответствии с п. 2 ст. 860² ГК РФ договор номинального счета может быть заключен как с участием, так и без участия бенефициара. Договор номинального счета без участия бенефициара является двусторонним и может рассматриваться как договор в пользу третьего лица. Договор с участием бенефициара считается многосторонним, как и договор счета эскроу.

Очевидно, что проблема условного депонирования денежных средств может быть решена посредством заключения как договора номинального счета, так и договора счета эскроу. Заключение договора номинального счета с участием или без участия бенефициара позволяет осуществлять депонирование денежных средств под условием, при этом в договоре (в соответствии с предписаниями ст. 860³ ГК РФ) указываются либо лица, которым могут перечисляться или выдаваться денежные средства, либо лица, с согласия которых совершаются операции по счету, либо документы, являющиеся основанием совершения операций, а также определения иных обстоятельств, позволяющих банку контролировать соблюдение установленных ограничений в совершении операций.

Таким образом, в случае заключения договора номинального счета в целях условного депонирования денежных средств стороны договора могут предусмотреть в договоре условия возникновения оснований для списания денежных средств в пользу бенефициара. При этом договором номинального счета с участием бенефициара на банк может быть возложена обязанность контролировать использование владельцем счета (эскроу-агентом) денежных средств в интересах бенефициара в пределах и порядке, которые установлены договором (п. 3 ст. 860¹ ГК РФ).

Итак, правовая конструкция договора номинального счета может использоваться с целью условного депонирования (эскроу), хотя не исключено применение ее и в иных целях, с иным субъектным составом. Например, допустимо открытие номинального счета, по договору о котором владельцем счета выступает опекун или попечитель, а права на денежные средства, поступающие на счет, принадлежат их подопечному (бенефициару). В качестве владельца счета может выступать агент (по агентскому договору), а бенефициаром – принципал. Доверительный управляющий (по договору доверительного управления имуществом) также может открыть номинальный счет, права на денежные средства на котором принадлежат учредителю управления (бенефициару).

Это позволяет сделать вывод о том, что договор счета эскроу является разновидностью договора номинального счета. С точки зрения логики наличие родовидовых связей предполагает, что понятие, относимое к виду (договор счета эскроу), имея все основные характеристики рода (договор номинального счета), вместе с тем обладает специфическими признаками.

Действительно, для договора счета эскроу характерны все основные черты договора номинального счета: из него возникает обязательство банка перечислить денежные средства, права на которые принадлежат не владельцу счета, а другому лицу – бенефициару. Речь идет о конструкции договора, по которому открывается счет на имя одного лица, но в интересах другого лица – бенефициара (по договору номинального счета счет может открываться в интересах одного или нескольких бенефициаров).

Помимо этого договору счета эскроу присущи специфические признаки, связанные с правовым статусом эскроу-агента и правовой целью (*causa*) договора. Во-первых, банк или иная кредитная организация (эскроу-агент) открывает счет эскроу владельцу счета, а при заключении договора номинального счета банк или иная кредитная организация, не имея статуса эскроу-агента, открывает номинальный счет эскроу-агенту или иному лицу (владельцу счета). Во-вторых, договор номинального счета в отличие от договора счета эскроу может использоваться, как указывалось, не только в целях условного депонирования (эскроу). В-третьих, договор счета эскроу многосторонний, а договор номинального счета либо двусторонний и в пользу третьего лица (без участия бенефициара), либо многосторонний (с участием бенефициара). И наконец, в отличие от классического договора банковского счета родовой и видовой договоры характеризуются особым режимом операций по счету: если по договору номинального счета законодателем введен режим ограничения права распоряжения средствами по счету со стороны номинального владельца (ст. 860³, 860⁵, п. 3 ст. 860⁶ ГК РФ), то для договора счета эскроу предусмотрен запрет на распоряжение денежными средствами не только со стороны владельца счета эскроу (депонента), но и со стороны бенефициара, если иное не предусмотрено договором (п. 1 ст. 860⁸ ГК РФ).

Специфические признаки договора счета эскроу обуславливают его специальное правовое регулирование. Однако с учетом его родовой принадлежности к договору номинального счета применению подлежат не только специальные правила, рассчитанные на особенности договора счета эскроу (как отдельного вида договора номинального счета), но и общие положения о договоре номинального счета (например, правила о форме договора номинального счета – пп. 1–3 ст. 860² ГК РФ), а в части, не урегулированной общими положениями о номинальном счете, к отношениям сторон в связи с открытием, обслуживанием и закрытием счета эскроу применяются положения о банковском счете.

Библиография

- Eisenhut St.* Escrow-verhältnisse. Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte. Basel, 2009.
- Gerster St.* Das Escrow Agreement als obligationsrechtlicher Vertrag. Diss. Zürich, 1991.
- Wilhelm M.* Treuhandmodelle – mehr als nur Insolvenzversicherung. Anwendungsbereiche der Treuhand. Frankfurt, 2011.
- Баринов Н. А., Бевзюк Е. А., Беляев М. А. и др.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».
- Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Договорное право. Общие положения. М., 1998.
- Гонгало Б. М.* Учение об обеспечении обязательств. М., 2002.
- Гражданское право: в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. М., 1994. Т. 2.
- Гражданское право: учеб. для бакалавров: в 2 т. / отв. ред. В. Л. Слесарев. М., 2016. Т. 2.
- Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садиков. М., 1982.
- Руденко Е. Ю.* Договор счета эскроу: перспективы применения и отдельные правовые проблемы // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом: сб. ст. II Междунар. науч.-практ. конф. (Москва, 22 апреля 2015 г.) / под общ. ред. С. Д. Могилевского, М. А. Егоровой. М., 2015.
- Ткачева Л. В.* Эскроу (условное депонирование) как новый способ обеспечения исполнения обязательств // Изв. Южного федерального ун-та. Сер. Технические науки. 2013. № 6.
- Чураков Р. С.* Эскроу-счет по российскому праву // Закон. 2007. № 8.
- Эрделевский А. М.* О новых видах договоров банковского счета // СПС «КонсультантПлюс».

Bibliography

Barinov N. A., Bevzyuk E. A., Belyaev M. A. i dr. Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu Rossijskoj Federacii. Chast' vtoraya (postatejnyj) // SPS «Konsul'tantPlyus».

Braginskij M. I., Vitryanskij V. V. Dogovornoe pravo. Obshhie polozheniya. M., 1998.

Churakov R. S. Ehskrou-schet po rossijskomu pravu // Zakon. 2007. № 8.

Ehrdelevskij A. M. O novyx vidax dogovorov bankovskogo scheta // SPS «Konsul'tantPlyus».

Eisenhut St. Escrow-verhältnisse. Das Escrow Agreement und ähnliche Sicherungsgeschäfte. Basel, 2009.

Gerster St. Das Escrow Agreement als obligationsrechtlicher Vertrag. Diss. Zürich, 1991.

Wilhelm M. Treuhandmodelle – mehr als nur Insolvenzversicherung. Anwendungsbereiche der Treuhand. Frankfurt, 2011.

Gongalo B. M. Uchenie ob obespechenii obyazatel'stv. M., 2002.

Grazhdanskoe pravo: ucheb. dlya bakalavrov: v 2 t. / otv. red. V. L. Slesarev. M., 2016. T. 2.

Grazhdanskoe pravo: v 2 t. / pod red. E. A. Suxanova. M., 1994. T. 2.

Kommentarij k Grazhdanskomu kodeksu RSFSR / otv. red. S. N. Bratus', O. N. Sadikov. M., 1982.

Rudenko E. Yu. Dogovor scheta ehskrou: perspektivy primeneniya i otdel'nye pravovye problemy // Aktual'nye problemy predprinimatel'skogo i korporativnogo prava v Rossii i za rubezhom: sb. st. II Mezhdunar. nauch.-prakt. konf. (Moskva, 22 aprelya 2015 g.) / pod obshh. red. S. D. Mogilevskogo, M. A. Egorovoj. M., 2015.

Tkacheva L. V. Ehskrou (uslovnnoe deponirovanie) kak novyj sposob obespecheniya ispolneniya obyazatel'stv // Izv. Yuzhnogo federal'nogo un-ta. Ser. Texnicheskie nauki. 2013. № 6.

РАЗВИТИЕ ФУНКЦИЙ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ ПРИ ОСУЩЕСТВЛЕНИИ ПРОЦЕДУР БАНКРОТСТВА В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

Саенко Юлия Михайловна

Аспирант кафедры арбитражного процесса

Саратовской государственной юридической академии (Саратов),

e-mail: andrusenko1987@inbox.ru

Исследуются эволюция процедур банкротства в российском законодательстве и изменение роли коммерческих (арбитражных) судов при осуществлении процедур банкротства. Автор приходит к выводу о том, что российское законодательство преодолело длительный путь развития от «прокредиторской» модели регулирования к «продолжниковой», в рамках которой правовой приоритет отдается именно восстановлению платежеспособности должника, а не его ликвидации.

Ключевые слова: роль арбитражного суда, процедуры банкротства, восстановление платежеспособности должника

THE DEVELOPMENT OF ARBITRATION COURTS' FUNCTIONS IN THE IMPLEMENTATION OF BANKRUPTCY PROCEDURES IN THE RUSSIAN LEGISLATION

Saenko Julia

Saratov State Law University (Saratov),

e-mail: andrusenko1987@inbox.ru

The author explores the development of bankruptcy procedures in the Russian legislation, as well as changing a role of commercial (arbitration) courts in the implementation of bankruptcy procedures. She comes to the conclusion that the Russian legislation has grown from the «procreditor» model of regulation to the «prodebtor» model, under which priority is given to reestablishing debtor's solvency, not to its liquidation.

Key words: role of the arbitration court, bankruptcy procedures, reestablishing debtor's solvency

Сегодня в российском законодательстве отмечается устойчивая тенденция к расширению функций государственных арбитражных судов при реализации отдельных процедур несостоятельности (банкротства), а также к более активному применению различных восстановительных процедур несостоятельности (банкротства) и переходу от «прокредиторской» к «продолжниковой» модели регулирования данного института.

Значительное количество научных работ посвящено процессуальному статусу лиц, участвующих в деле о банкротстве, в частности должника, арбитражного управляющего, конкурсных кредиторов и уполномоченных органов. В то же время отсутствуют научные работы, касающиеся именно изменения функций арбитражных судов при реализации процедур несостоятельности (банкротства). В связи с этим актуально проведение сравнительно-правового исследования данного вопроса, которое

позволит выявить правовые коллизии действующего законодательства и сформулировать предложения по внесению в него соответствующих изменений.

Н. Самохвалова отмечает, что исторические особенности развития правовой системы России стали объективными причинами, в силу которых в стране до XVIII столетия не было конкурсного права, а нормы о банкротстве носили бессистемный характер¹.

Первым российским законодательным актом, регулирующим вопросы реализации процедур банкротства, стала «Русская правда», действовавшая в XI–XII вв. и отличавшаяся невысоким уровнем юридической техники. Указанный акт не перечислял критериев неоплатности или неплатежеспособности в качестве необходимых признаков несостоятельности (банкротства), а единственным основанием для признания должника несостоятельным была невозможность погашения последним требований кредиторов. На законодательном уровне выделялись два вида несостоятельности (банкротства), в частности несчастная (невиновная) несостоятельность, возникшая не по вине должника, а при наступлении различных форс-мажорных обстоятельств, и преднамеренная (виновная) несостоятельность, причиной которой могло стать легкомысленное поведение купца².

Единственной процедурой несостоятельности (банкротства) в тот период было конкурсное производство, которое подразумевало продажу имущества должника на торгах³. Каких-либо судебных органов по рассмотрению и разрешению соответствующих споров в то время еще не существовало, дела о банкротстве рассматривались непосредственно князем, который собирал кредиторов, разрешал возможные споры между ними и определял порядок удовлетворения их требований, а равно сам вид несостоятельности (банкротства).

Таким образом, законодательство России XI–XII вв. не позволяло конкурсным кредиторам эффективно защищать свои субъективные права и законные интересы.

Согласно Соборному уложению 1649 г. дела о несостоятельности (банкротстве) рассматривались уже не самим правителем, а специально создаваемой им комиссией из служилых людей. Указанный акт также предусматривал в качестве процедуры банкротства лишь конкурсное производство, однако в отличие от «Русской правды» устанавливал очередность удовлетворения требований кредиторов: в первую очередь подлежали удовлетворению обязательства в пользу государства, во вторую – требования иностранных купцов и лишь в третью – отечественных купцов.

Основным кодифицированным нормативным правовым актом в дореволюционной России был Свод законов Российской империи 1832 г.⁴ В него вошли Устав торговый (далее – УТ) и Устав торгового судопроизводства (далее – УТГ). Так, в силу ст. 384 УТГ все споры, связанные с торговой несостоятельностью, были подведомственны коммерческим судам. При этом подобные суды создавались лишь в крупных коммерческих городах: Москве, Санкт-Петербурге, Киеве и Одессе. В тех губерниях, где

¹ Самохвалова Н. История развития института несостоятельности (банкротства) физических лиц в России // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 10. С. 44.

² Глушков Е. Л. История развития института несостоятельности (банкротства) предприятий в России // История государства и права. 2008. № 5.

³ Сидорова В. Н. Особенности правового регулирования отношений несостоятельности (банкротства) в дореволюционной России // История государства и права. 2009. № 6.

⁴ Свод законов Российской империи. Спб., 1912. С. 86.

отсутствовали коммерческие суды, дела о банкротстве рассматривались и разрешались окружными судами по правилам Устава гражданского судопроизводства.

Необходимо отметить, что в дореволюционном законодательстве понятия «несостоятельность» и «банкротство» разграничивались¹. Так, Г. Ф. Шершеневич отмечал, что несостоятельность подразумевает наличие у юридического лица признаков неплатности и неплатежеспособности до обращения заинтересованных лиц в коммерческий суд, в то время как банкротом юридическое лицо может быть признано только в силу определения коммерческого суда².

При наличии у должника признаков банкротства конкурсные кредиторы обязаны были предложить последнему в досудебном порядке погасить возникшую задолженность. В случае погашения в досудебном порядке требований кредиторов между сторонами заключалось мировое соглашение, которое в дальнейшем подлежало утверждению коммерческим судом. При недостижении сторонами компромисса сам должник или конкурсные кредиторы обладали правом подать заявление в коммерческий суд с требованием о признании должника несостоятельным и открытии конкурсного производства (ст. 404 УТС).

Коммерческий суд, признав обоснованность требований должника (конкурсных кредиторов), объявлял его несостоятельным (банкротом) и открывал конкурсное производство, о чем выносил определение. Срок проведения конкурсного производства не мог превышать полутора лет и не мог быть продлен. Если признаки банкротства отсутствовали, суд отказывал в удовлетворении соответствующего заявления, что, однако, не препятствовало заинтересованным лицам повторно обратиться в суд. Если после поступления в коммерческий суд соответствующего заявления, но до его рассмотрения стороны заключали мировое соглашение, то производство по делу подлежало прекращению согласно определению суда.

После введения процедуры конкурсного производства кредиторы обязаны были самостоятельно выбрать «администрацию по делам торговым» и кандидатуру «куратора-администратора» (если использовать современную юридическую терминологию, кредиторам необходимо было выбрать одну из саморегулируемых организаций арбитражных управляющих и самого арбитражного (конкурсного) управляющего), которые непосредственно осуществляли контроль за надлежащим и своевременным исполнением определения суда об открытии конкурсного производства. Как обоснованно отмечает Т. А. Григорьева, предоставление заинтересованным лицам возможности выбрать кандидатуру арбитражного управляющего фактически подтверждает наличие в УТС элементов децентрализованного регулирования³.

«Администрацию» и кандидатуру «куратора-администратора» утверждал коммерческий суд. Если в течение двух недель после введения конкурсного производства кредиторы не предлагали кандидатуру «куратора», последний назначался коммерческим судом по собственной инициативе. После утверждения соответствующих должностных лиц «куратор» проводил первое общее собрание кредиторов. Такие собрания созывались по мере необходимости по инициативе самих конкурсных

¹ В действующем законодательстве понятия «несостоятельность» и «банкротство» употребляются в качестве синонимов.

² Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Казань, 1912. С. 580; Телюкина М. В. Соотношение понятий «несостоятельность» и «банкротство» в дореволюционном и современном праве // Юрист. 1997. № 12. С. 42.

³ Григорьева Т. А. Основы знаний об арбитражном судопроизводстве // Гражданское процессуальное право России: учеб. для вузов / под ред. С. Ф. Афанасьева. М., 2013. С. 826.

кредиторов, «куратора» или коммерческого суда. На «куратора» также возлагались обязанности по управлению имуществом должника, розыску имущества последнего, производству оценки имущества, составлению предложений о порядке удовлетворения требований кредиторов. По результатам проведенной работы «куратор» подготавливал отчет, который представлялся коммерческому суду.

Суд осуществлял контроль за деятельностью «куратора» в течение всего срока конкурсного производства. Так, суд обладал правом созывать общее собрание кредиторов, по предложению последнего или по собственной инициативе назначал или освобождал от должности «кураторов», не исполняющих надлежащим образом свои обязанности, утверждал отчет «куратора» о выполненной им работе, разрешал споры, возникающие между «куратором» и конкурсными кредиторами, мог признать собрание кредиторов недействительным (ст. 446 УТС).

В Уставе также подробно регламентировался порядок удовлетворения требований кредиторов. В силу ст. 506 Устава вне очереди удовлетворялись обязательства, возникшие вследствие причинения вреда жизни и здоровью граждан, а также задолженность должника по уплате заработной платы. В первую очередь подлежали удовлетворению требования об уплате обязательных платежей в государственную казну, во вторую – задолженность по обязательствам перед иными предприятиями. Данный порядок мог быть изменен коммерческим судом по согласованию с «куратором» и конкурсными кредиторами.

После прохождения процедуры конкурсного производства коммерческий суд выносил определение о завершении конкурсного производства и о ликвидации должника. Определение суда являлось основанием для внесения соответствующих изменений в реестр юридических лиц, ведение которого в то время возлагалось на Министерство юстиции.

Устав торгового судопроизводства действовал до 1917 г. Несмотря на большое количество пробелов и коллизий в правовом регулировании процедур банкротства, этот акт заложил основу для формирования современного института банкротства и контроля суда за надлежащим и своевременным исполнением процедур банкротства.

В первые годы существования Советского государства были приняты кодифицированные нормативные правовые акты как материального, так и процессуального права, в частности Гражданский кодекс РСФСР 1922 г.¹ и Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1923 г.² Однако они практически не содержали положений о производстве по делам о несостоятельности (банкротстве) государственных предприятий. Ситуация не изменилась и в связи с принятием Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г.³

По нашему мнению, отсутствие в советском законодательстве нормативно-правового регулирования института несостоятельности (банкротства) объясняется прежде всего государственной монополией на коммерческую деятельность по производству товаров и оказанию услуг. Государство в лице компетентных органов поддерживало производства, в том числе нерентабельные, вследствие чего фактически отсутствова-

¹ О введении в действие Гражданского кодекса РСФСР (вместе с Гражданским кодексом РСФСР): постановление ВЦИК от 11 ноября 1922 г. // СУ РСФСР. 1922. № 71. Ст. 904.

² О введении в действие Гражданского процессуального кодекса РСФСР (вместе с Гражданским процессуальным кодексом РСФСР): постановление ВЦИК от 10 июля 1923 г. // СУ РСФСР. 1923. № 46–47. Ст. 478.

³ Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. (с изм. от 31 декабря 2002 г.) // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407; СЗ РФ. 2003. № 1. Ст. 2.

ла необходимость в законодательном регулировании института несостоятельности (банкротства).

Начало следующего этапа развития законодательства о процедурах несостоятельности (банкротства) приходится на 90-е гг. XX в. В то время, как отмечает Е. Е. Уксусова, правовая система в России подверглась преобразованиям, призванным создать рыночную экономику, интенсивно развивающееся гражданское право, регулирующее новые отношения собственности и товарно-денежного обращения. Это естественно привело к необходимости восстановления института банкротства как одного из неотъемлемых элементов современной экономики; разработки законодательства, регламентирующего материальные и процессуальные сферы несостоятельности (банкротства); воссоздания экономического (коммерческого) правосудия, существовавшего в России до 1917 г.; формирования отдельной системы арбитражных судов, приспособленной к разрешению споров в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности в современной России¹. При учреждении новой специализированной системы судов учитывались отечественная традиция функционирования коммерческих судов, а также «современный зарубежный опыт судостроительства, характеризующийся сочетанием судов общей юрисдикции со специализированными судами»².

Все перечисленное потребовало разработки соответствующей процессуальной базы, в частности принятия Закона РФ от 19 ноября 1992 г. № 3929-І «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» (далее – Закон 1992 г.)³.

Рассмотрим более подробно его положения.

Закон 1992 г. определял исчерпывающий перечень процедур, которые могли назначаться арбитражным судом по делу о несостоятельности. Так, все процедуры были разделены на реорганизационные (к последним, в частности, относились внешнее управление и санация), ликвидационные (введение арбитражным судом в отношении должника конкурсного производства и добровольная ликвидация под контролем кредиторов), а также мировое соглашение. При осуществлении этих процедур арбитражный суд выполнял функции контроля за деятельностью участников дела.

В отличие от Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»⁴ (далее – Закон 2002 г.), который предусматривает обязательное проведение судебного заседания по проверке обоснованности требований кредиторов, Закон 1992 г. предписывал арбитражному суду после принятия соответствующего заявления проводить судебное заседание, по результатам которого суд выносил решение либо о признании должника несостоятельным (банкротом) и об открытии конкурсного производства, либо об отклонении заявления в тех случаях, когда в ходе судебного разбирательства у должника отсутствовали соответствующие признаки банкротства (ст. 10 Закона 1992 г.).

В Законе 1992 г. не была закреплена процедура наблюдения, проводящаяся в рамках подготовки дела к судебному разбирательству в силу Закона 2002 г. Реорганизационные процедуры носили, как правило, исключительный характер и назначались арбитражным судом только по ходатайству должника (кредиторов) при представле-

¹ Об арбитражном суде: Закон РСФСР от 4 апреля 1991 г. № 1543-І (с изм. от 7 июля 1993 г.) // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 30. Ст. 1013; 1993. № 32. Ст. 1236.

² Уксусова Е. Е. Специфика правового регулирования сферы судопроизводства по делам о банкротстве в России: прошлое и настоящее // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 6. С. 56.

³ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 1. Ст. 6.

⁴ СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; 2015. № 27. Ст. 3977.

нии доказательств, подтверждающих наличие реальной возможности восстановить платежеспособность должника при условии, что подобное ходатайство было заявлено до вынесения судом решения об открытии конкурсного производства.

Таким образом, Закон 1992 г. отдавал приоритет именно ликвидации должника в результате проведения конкурсного производства. Внешнее управление и санация фактически носили факультативный характер, арбитражный суд применял их не по своей инициативе, а исключительно по ходатайству должника (кредиторов).

Закон 1992 г. устанавливал также основные полномочия арбитражного суда при введении процедуры внешнего управления. Во-первых, суд по согласованию с кредиторами утверждал кандидатуру арбитражного управляющего. Если последние не могли договориться о кандидатуре управляющего, то он назначался непосредственно арбитражным судом (ст. 12 Закона 1992 г.). Во-вторых, суд по согласованию с собранием кредиторов определял размер вознаграждения арбитражного управляющего. В-третьих, суд разрешал споры между кредиторами и арбитражным управляющим относительно плана проведения внешнего управления и действий (бездействия) самого арбитражного управляющего. По результатам проведения внешнего управления арбитражный суд на основании отчета управляющего принимал решение либо о прекращении внешнего управления, признании должника несостоятельным (банкротом) и об открытии конкурсного производства, либо о прекращении производства по делу, если в результате проведения данной процедуры была восстановлена платежеспособность должника.

Арбитражный суд также обладал широкими полномочиями при реализации процедуры конкурсного производства. Так, к ведению арбитражного суда относились вопросы введения и завершения процедуры конкурсного производства, отстранения руководителя должника от выполнения им своих обязанностей по управлению предприятием-должником, разрешения споров между конкурсными кредиторами и управляющим относительно эффективного и своевременного удовлетворения требований кредиторов, в том числе связанных с определением очередности их удовлетворения (ст. 19, 22, 27 Закона 1992 г.)

Таким образом, Закон 1992 г. носил преимущественно «прокредиторский» характер и имел ряд очевидных недостатков, связанных с отсутствием процедуры наблюдения за хозяйственным состоянием должника и с фактическим неприменением арбитражными судами норм о реорганизационных процедурах внешнего управления и санации.

Отмеченные недостатки во многом способствовали принятию 8 января 1998 г. нового Федерального закона № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон 1998 г.)¹.

Закон 1998 г. закреплял исчерпывающий перечень процедур, которые могли использоваться в деле о банкротстве, в частности наблюдение, внешнее управление, конкурсное производство, применяемые при несостоятельности юридического лица (ч. 1 ст. 23). Как следует из приведенного перечня, наблюдение стало выделяться в качестве самостоятельной процедуры банкротства.

Вопрос о введении процедуры наблюдения решался арбитражным судом непосредственно при принятии заявления и возбуждении производства по делу. Определением суда также утверждалась кандидатура временного управляющего (ст. 41 Закона 1998 г.).

¹ СЗ РФ. 1998. Ст. 222; 2002. № 18. Ст. 1721.

Таким образом, по общему правилу в рамках подготовки дела к судебному разбирательству судебное заседание по проверке обоснованности требований кредиторов, характерное для Закона 2002 г., не проводилось. Подобное заседание проводилось лишь в том случае, если должник представлял возражения по требованиям кредиторов, налоговых и иных уполномоченных органов (ч. 2 ст. 46 Закона 1998 г.). Это положение фактически дублировалось в ст. 56 Закона 1998 г., в силу которой с момента принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом вводилось наблюдение, если иное не предусматривалось Законом.

Данная норма неоднократно выступала предметом дискуссии как в научной литературе, так и в судебной практике. Точку в указанном споре поставил Конституционный Суд РФ в постановлении от 12 марта 2001 г. № 4-П, согласно которому ст. 56 Закона 1998 г. была признана не соответствующей Конституции Российской Федерации. Суд сослался на то, что ст. 56 позволяла еще на стадии возбуждения производства по делу о банкротстве вводить наблюдение на основании заявления уполномоченных органов или конкурсных кредиторов без предоставления должнику возможности своевременно заявить свои возражения и не наделяла должника правом обжаловать определение о принятии заявления о признании его банкротом, в силу которого в отношении должника вводилось наблюдение¹.

В соответствии с Законом 1998 г. при реализации процедуры наблюдения арбитражный суд обладал следующими полномочиями: назначать по согласованию с собранием кредиторов временного управляющего и освобождать последнего от занимаемой должности в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения им своих профессиональных обязанностей (ст. 59); отстранять по ходатайству временного управляющего руководителя должника от занимаемой должности в случае, если последним не принимаются необходимые меры по обеспечению сохранности имущества должника, создаются какие-либо препятствия временному управляющему при исполнении его обязанностей или нарушаются иные требования законодательства Российской Федерации (ст. 58); разрешать ходатайство временного управляющего о принятии дополнительных мер по обеспечению сохранности имущества должника, в том числе о запрете совершать без согласования временного управляющего определенные сделки (ст. 60). Кроме того, арбитражный суд рассматривал заявления арбитражных управляющих, в частности о разногласиях, возникших между ними и кредиторами, а также жалобы кредиторов о нарушении их прав и интересов (ст. 55).

Процедура внешнего управления вводилась арбитражным судом при наличии соответствующего решения собрания кредиторов. Однако при этом Закон 1998 г. предоставлял суду возможность назначить внешнее управление по своей инициативе, если последний придет к выводу о том, что платежеспособность должника может быть восстановлена, даже при условии принятия собранием кредиторов решения об открытии конкурсного производства (ст. 67).

Полномочия арбитражного суда при осуществлении процедуры внешнего управления были аналогичны полномочиям арбитражного суда при реализации проце-

¹ Постановление Конституционного Суда РФ от 12 марта 2001 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве), касающихся возможности обжалования определений, выносимых арбитражным судом по делам о банкротстве, иных его положений, статьи 49 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», а также статей 106, 160, 179 и 191 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами граждан и юридических лиц // СЗ РФ. 2001. № 12. Ст. 1138.

дуры наблюдения. Так, арбитражный суд назначал и освобождал от занимаемой должности внешнего управляющего, определял размер его вознаграждения (ст. 71), разрешал споры между кредиторами и внешним управляющим (ст. 55), утверждал отчет внешнего управляющего. По итогам рассмотрения этого отчета арбитражный суд либо признавал должника несостоятельным (банкротом) и открывал в его отношении конкурсное производство, либо прекращал производство по делу в связи с тем, что платежеспособность должника была восстановлена в полном объеме, а требования кредиторов – удовлетворены.

Что касается процедуры конкурсного производства, то арбитражный суд по согласованию с конкурсными кредиторами назначал и освобождал от должности конкурсного управляющего, разрешал споры между ними, утверждал отчет управляющего, содержащий информацию об имуществе должника (ст. 55, 99, 115 Закона 1998 г.). В случае утверждения отчета конкурсного управляющего арбитражный суд прекращал процедуру конкурсного производства, что являлось основанием для внесения сведений о ликвидации юридического лица в единый государственный реестр юридических лиц.

Таким образом, Закон 1998 г. с точки зрения юридической техники был более прогрессивным нормативным правовым актом, чем Закон 1992 г. Введение процедуры наблюдения, безусловно, способствовало более детальному формированию сведений об имуществе должника. Однако Закон 1998 г. не был лишен недостатков. В частности, введение процедуры наблюдения непосредственно при принятии судом соответствующего заявления фактически лишало должника возможности представлять свои возражения относительно суммы обязательств перед кредиторами. Кроме того, Закон 1998 г. не предусматривал в качестве самостоятельной процедуры финансовое оздоровление, что существенно снижало возможность восстановления платежеспособности должника.

Перечисленные недостатки во многом послужили поводом для принятия Закона 2002 г., который смог преодолеть большинство правовых коллизий и пробелов прежних нормативных правовых актов. Однако этот Закон не устранил ряд противоречий, которые вызывали проблемы на практике.

Так, законодательство дореволюционной России разграничивало понятия «несостоятельность» и «банкротство». Статья 2 Закона 2002 г. данные понятия фактически отождествляет: под несостоятельностью (банкротством) понимается признанная арбитражным судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей.

Подобная позиция законодателя не вполне обоснованна, на что указывается как в правоприменительной практике, так и в научной литературе. Как верно отмечает Ю. С. Ващенко, законодатель недостаточно четко и определенно подошел к нормативно-текстуальному выражению понятий «несостоятельность» и «банкротство»¹. В свою очередь О. М. Свириденко утверждает, что несостоятельность – это такое финансово-экономическое состояние предприятия, при котором в момент возбуждения дела, а также на стадиях наблюдения, финансового оздоровления, внешнего управления у предприятия отсутствует возможность в полном объеме удовлетворить требо-

¹ Ващенко Ю. С. К вопросу о соотношении понятий «несостоятельность» и «банкротство» в истории законодательства и отраслях права // Гражданское право. 2012. № 2. С. 13.

вания кредиторов по денежным обязательствам, в том числе по уплате обязательных платежей. Однако при этом имеются реальные активы и материальные возможности, а также способность в результате погашения задолженности на стадиях процедур наблюдения, финансового оздоровления или внешнего управления восстановить платежеспособность предприятия. В то же время, по мнению ученого, банкротство представляет собой степень несостоятельности должника, подтвержденной судебным актом арбитражного суда о введении процедуры конкурсного производства, при которой «восстановление способности по полному удовлетворению требований кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнению обязанностей по уплате обязательных платежей становится объективно невозможным»¹.

Таким образом, само по себе наличие у должника признаков неоплатности или неплатежеспособности не свидетельствует о его банкротстве, так как его платежеспособность может быть восстановлена в результате проведения соответствующих процедур. Должника допустимо признать банкротом лишь на основании определения суда об открытии конкурсного производства, когда восстановление платежеспособности исключено.

На основании изложенного считаем необходимым внести изменения в ст. 2 Закона 2002 г., предусматривающие разграничение понятий «несостоятельность» и «банкротство».

Отметим также, что Федеральным законом от 29 июня 2015 г. № 154-ФЗ в Закон 2002 г. были внесены поправки, касающиеся института банкротства граждан-физических лиц (вступили в силу с 1 октября 2015 г.). По нашему мнению, законодательное регулирование данного института также имеет множество пробелов.

Например, в силу ст. 213² Закона 2002 г. при рассмотрении дела о банкротстве гражданина применяются такие процедуры, как реструктуризация долгов гражданина, реализация имущества должника и мировое соглашение. Если после проведения реструктуризации долгов должника арбитражный суд придет к выводу, что восстановление его платежеспособности не представляется возможным, то он выносит определение о реализации имущества должника. В ч. 3 ст. 213²⁸ Закона 2002 г. закреплено, что после завершения расчетов с кредиторами гражданин, признанный банкротом, освобождается от дальнейшего исполнения требований кредиторов, в том числе требований кредиторов, не заявленных при введении реструктуризации долгов гражданина или реализации его имущества. В то же время согласно ч. 2 ст. 213³⁰ Закона 2002 г. в течение пяти лет с даты завершения в отношении гражданина процедуры реализации имущества или прекращения производства по делу о банкротстве в ходе такой процедуры дело о его банкротстве не может быть возбуждено по заявлению этого гражданина.

По нашему мнению, подобное законодательное регулирование предоставляет недобросовестному должнику значительное количество возможностей для злоупотребления. Должник может через каждые пять лет подавать заявление в арбитражный суд о своей несостоятельности с целью освобождения от исполнения требований кредиторов. Кроме того, при реализации имущества должник может скрывать его от кредиторов. Закон 2002 г. не устанавливает процессуальный порядок выявления фактов сокрытия определенного имущества, что может привести к трудностям при реализации отмеченных положений.

¹ Свириденко О. М. Институт несостоятельности (банкротства) в системе гражданского права // Журн. рос. права. 2011. № 1. С. 43.

Кроме того, законодатель не разъяснил, существуют ли какие-либо ограничения при реализации имущества должника. С нашей точки зрения, в данном случае необходимо по аналогии использовать положения ст. 446 Гражданского процессуального кодекса РФ, закрепляющей перечень имущества, на которое не может быть обращено взыскание по исполнительным документам.

В заключение необходимо отметить, что в настоящее время принята Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹. Согласно ее п. 3.4 в проекте объединенного кодекса предлагается сохранить специальную подведомственность арбитражных судов. Таким образом, дела о несостоятельности (банкротстве) будут и далее рассматриваться арбитражными судами. В то же время, по нашему мнению, очевидным недостатком проекта является отсутствие в нем отдельной главы, посвященной вопросам рассмотрения дел о несостоятельности (банкротстве). Авторы Концепции лишь отметили, что такие дела не могут рассматриваться в порядке особого производства, так как не отвечают требованиям данного вида судопроизводства, для которого характерно отсутствие материально-правового спора и, как следствие, двух спорящих сторон (есть лишь заявитель). В то же время между арбитражным управляющим и иными лицами, участвующими в деле о несостоятельности (банкротстве), зачастую возникают споры о праве.

По нашему мнению, в целях эффективной реализации Концепции необходимо включить положения гл. 28 АПК РФ в проект объединенного ГПК РФ.

Библиография

Ващенко Ю. С. К вопросу о соотношении понятий «несостоятельность» и «банкротство» в истории законодательства и отраслях права // Гражданское право. 2012. № 2.

Глушков Е. Л. История развития института несостоятельности (банкротства) предприятий в России // История государства и права. 2008. № 5.

Гражданский кодекс РСФСР от 11 июня 1964 г. (с изм. от 31 декабря 2002 г.) // Ведомости ВС РСФСР. 1964. № 24. Ст. 407; СЗ РФ. 2003. № 1. Ст. 2.

Григорьева Т. А. Основы знаний об арбитражном судопроизводстве // Гражданское процессуальное право России: учеб. для вузов / под ред. С. Ф. Афанасьева. М., 2013.

Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации: одобр. решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству Государственной Думой ФС РФ от 8 декабря 2014 г. № 124 (1) // СПС «КонсультантПлюс».

О введении в действие Гражданского кодекса РСФСР (вместе с Гражданским кодексом РСФСР): постановление ВЦИК от 11 ноября 1922 г. // СУ РСФСР. 1922. № 71. Ст. 904.

О введении в действие Гражданского процессуального кодекса РСФСР (вместе с Гражданским процессуальным кодексом РСФСР): постановление ВЦИК от 10 июля 1923 г. // СУ РСФСР. 1923. № 46–47. Ст. 478.

О несостоятельности (банкротстве) предприятий: Закон РФ от 19 ноября 1992 г. № 3929-I // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 1. Ст. 6.

О несостоятельности (банкротстве): Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ (с изм. от 29 июня 2015 г.) // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; 2015. № 27. Ст. 3977.

О несостоятельности (банкротстве): Федеральный закон от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ // СЗ РФ. 1998. Ст. 222; 2002. № 18. Ст. 1721.

Об арбитражном суде: Закон РСФСР от 4 апреля 1991 г. № 1543-I (с изм. от 7 июля 1993 г.) // Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР. 1991. № 30. Ст. 1013; 1993. № 32. Ст. 1236.

¹ Концепция единого Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации: одобр. решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству Государственной Думы ФС РФ от 8 декабря 2014 г. № 124 (1) // СПС «КонсультантПлюс».

Постановление Конституционного Суда РФ от 12 марта 2001 г. № 4-П по делу о проверке конституционности ряда положений Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве), касающихся возможности обжалования определений, выносимых арбитражным судом по делам о банкротстве, иных его положений, статьи 49 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций», а также статей 106, 160, 179 и 191 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Арбитражного суда Челябинской области, жалобами граждан и юридических лиц // СЗ РФ. 2001. № 12. Ст. 1138.

Самохвалова Н. История развития института несостоятельности (банкротства) физических лиц в России // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 10.

Свириденко О. М. Институт несостоятельности (банкротства) в системе гражданского права // Журн. рос. права. 2011. № 1.

Свод законов Российской империи. Спб., 1912.

Сидорова В. Н. Особенности правового регулирования отношений несостоятельности (банкротства) в дореволюционной России // История государства и права. 2009. № 6.

Телюкина М. В. Соотношение понятий «несостоятельность» и «банкротство» в дореволюционном и современном праве // Юрист. 1997. № 12.

Уксусова Е. Е. Специфика правового регулирования сферы судопроизводства по делам о банкротстве в России: прошлое и настоящее // Законы России: опыт, анализ, практика. 2013. № 6.

Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Казань, 1912.

Bibliography

Glushkov E. L. Istoriya razvitiya instituta nesostoyatel'nosti (bankrotstva) predpriyatij v Rossii // Istoriya gosudarstva i prava. 2008. № 5.

Grazhdanskij kodeks RSFSR ot 11 iyunya 1964 g. (s izm. ot 31 dekabrya 2002 g.) // Vedomosti VS RSFSR. 1964. № 24. St. 407; SZ RF. 2003. № 1. St. 2.

Grigor'eva T. A. Osnovy znaniy ob arbitrazhnom sudoproizvodstve // Grazhdanskoe processual'noe pravo Rossii: ucheb. dlya vuzov / pod. red. S. F. Afanas'eva. M., 2013.

Koncepciya edinogo Grazhdanskogo processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii: odobr. resheniem Komiteta po grazhdanskomu, ugolovnomu, arbitrazhnomu i processual'nomu zakonodatel'stvu Gosudarstvennoj Dumoj FS RF ot 8 dekabrya 2014 g. № 124 (1) // SPS «Konsul'tantPlyus».

O nesostoyatel'nosti (bankrotstve) predpriyatij: Zakon RF ot 19 noyabrya 1992 g. № 3929-I // Vedomosti SND RF i VS RF. 1993. № 1. St. 6.

O nesostoyatel'nosti (bankrotstve): Federal'nyj zakon ot 26 oktyabrya 2002 g. № 127-FZ (s izm. ot 29 iyunya 2015 g.) // SZ RF. 2002. № 43. St. 4190; 2015. № 27. St. 3977.

O nesostoyatel'nosti (bankrotstve): Federal'nyj zakon ot 8 yanvarya 1998 g. № 6-FZ // SZ RF. 1998. St. 222; 2002. № 18. St. 1721.

O vvedenii v dejstvie Grazhdanskogo kodeksa RSFSR (vmeste s Grazhdanskim kodeksom RSFSR): postanovlenie VCIK ot 11 noyabrya 1922 g. // SU RSFSR. 1922. № 71. St. 904.

O vvedenii v dejstvie Grazhdanskogo processual'nogo kodeksa RSFSR (vmeste s Grazhdanskim processual'nym kodeksom RSFSR): postanovlenie VCIK ot 10 iyulya 1923 g. // SU RSFSR. 1923. № 46–47. St. 478.

Ob arbitrazhnom sude: Zakon RSFSR ot 4 aprelya 1991 g. № 1543-I (s izm. ot 7 iyulya 1993 g.) // Vedomosti SND RSFSR i VS RSFSR. 1991. № 30. St. 1013; 1993. № 32. St. 1236.

Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 12 marta 2001 g. № 4-P po delu o proverke konstitucionnosti ryada polozhenij Federal'nogo zakona «O nesostoyatel'nosti (bankrotstve), kasayushhixsya vozmozhnosti obzhalovaniya opredelenij, vynosimyx arbitrazhnym sudom po delam o bankrotstve, inyx ego polozhenij, stat'i 49 Federal'nogo zakona «O nesostoyatel'nosti (bankrotstve) kreditnyx organizacij», a takzhe statej 106, 160, 179 i 191 Arbitrazhnogo processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii v svyazi s zaprosom Arbitrazhnogo suda Chelyabinskoy oblasti, zhalobami grazhdan i yuridicheskix lic // SZ RF. 2001. № 12. St. 1138.

Samoxvalova N. Istoriya razvitiya instituta nesostoyatel'nosti (bankrotstva) fizicheskix lic v Rossii // Arbitrazhnyj i grazhdanskij process. 2009. № 10.

Shershenovich G. F. Kurs torgovogo prava. Kazan', 1912.



Sidorova V. N. Osobennosti pravovogo regulirovaniya otnoshenij nesostoyatel'nosti (bankrotstva) v dorevolucionnoj Rossii // Istoriya gosudarstva i prava. 2009. № 6.

Sviridenko O. M. Institut nesostoyatel'nosti (bankrotstva) v sisteme grazhdanskogo prava // Zhurn. ros. prava. 2011. № 1.

Svod zakonov Rossijskoj imperii. Spb., 1912.

Telyukina M. V. Sootnoshenie ponyatij «nesostoyatel'nost'» i «bankrotstvo» v dorevolucionnom i sovremennom prave // Yurist. 1997. № 12.

Uksusova E. E. Specifika pravovogo regulirovaniya sfery sudoproizvodstva po delam o bankrotstve v Rossii: proshloe i nastoyashhee // Zakony Rossii: opyt, analiz, praktika. 2013. № 6.

Vashhenko Yu. S. K voprosu o sootnoshenii ponyatij «nesostoyatel'nost'» i «bankrotstvo» v istorii zakonodatel'stva i otraslyax prava // Grazhdanskoe pravo. 2012. № 2.

**КОРРУПЦИОННЫЕ РИСКИ:
ПОНЯТИЕ И ЗНАЧЕНИЕ
ДЛЯ МЕХАНИЗМА ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОРРУПЦИИ*****Помазуев Александр Евгеньевич**

Кандидат юридических наук, доцент кафедры административного права
Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),
e-mail: triumvirate@list.ru

Рассматривается проблема толкования термина «коррупционные риски», который, не имея легального определения, активно используется в нормативных и методических актах, а также в научной литературе. Отсутствие единообразного понимания этого термина затрудняет противодействие коррупции. На основе анализа понятия «риск» в российской правовой системе предлагается определять коррупционные риски как обобщенную оценку вероятности возникновения коррупции и ее угрозы общественным отношениям. Отмечается значение конструкции коррупционных рисков для реализации принципа соразмерности антикоррупционных процедур риску коррупции. Автор говорит об универсальном характере данного принципа для всей системы мер противодействия коррупции и описывает возможности его реализации в рамках антикоррупционного законодательства.

Ключевые слова: коррупционные риски, противодействие коррупции, методические рекомендации, эффективность, государственная и муниципальная служба

**CORRUPTION RISKS:
THE CONCEPT AND IMPORTANCE
FOR THE MECHANISM OF FIGHTING CORRUPTION****Pomazuev Aleksandr**

Urals State Law University (Yekaterinburg),
e-mail: triumvirate@list.ru

This article addresses the matter of defining corruption risks. Having no legal definition, this term is widely used in normative and methodological regulations as well as in scientific literature. As there is no common understanding of corruption risks, it is too hard to exercise anti-corruption measures. Based on the analysis of the concept of risk in the Russian legal system, the author considers corruption risks as a generalized assessment of the likelihood of corruption and its threat to public relations. The article also discusses the importance of corruption risk structures for the implementation of the proportionality principle, according to which anti-corruption procedures must be proportional to the level of corruption risks. The author asserts that this principle is applicable for the whole system of anti-corruption measures and describes the possibilities for its implementation under the anti-corruption legislation.

Key words: corruption risks, fight against corruption, guidelines, efficiency, state and municipal service

Термин «коррупционные риски» является легальным, но используется только на уровне подзаконных актов. Впервые он появился в программных документах, ут-

* Исследование выполнено в рамках поддержанного РГНФ проекта № 15-03-00542 «Разработка методики оценки коррупционных рисков в деятельности органов государственной власти и местного самоуправления и системы управления этими рисками».

вержденных распоряжениями Правительства РФ «О федеральной целевой программе „Электронная Россия (2002–2010 годы)“» и «Об утверждении Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006–2010 годах». Однако в этот период проблематика коррупционных рисков и их оценки не получила развития в законодательстве (не считая нескольких ведомственных правовых актов). Возобновление активного употребления данного термина связано с Указом Президента РФ от 18 мая 2009 г. № 557¹, разд. III которого обязанность по представлению сведений о доходах и имуществе была возложена на лиц, назначаемых на «другие должности федеральной государственной службы, замещение которых связано с коррупционными рисками». Если ранее в Концепции административной реформы термин «коррупционные риски» использовался для характеристики государственного органа, то в названном Указе впервые было отмечено, что коррупционные риски связаны с должностью, а их наличие обусловлено участием в осуществлении конкретных государственных функций. В соответствии с Национальным планом противодействия коррупции на 2012–2013 годы² Министерство труда и социальной защиты РФ утвердило методические рекомендации, посвященные оценке коррупционных рисков³. Но хотя термин «коррупционные риски» и фигурирует в нормативных и методических актах, он так и не получил правового определения.

В научной литературе единообразное толкование рассматриваемого термина также отсутствует, несмотря на то что он широко распространен в работах, затрагивающих вопросы противодействия коррупции в тех или иных сферах⁴. Наиболее часто данный термин употребляется, когда речь заходит о применении мер противодействия коррупции на государственной и муниципальной службе⁵, а также о нормотворческом процессе при проведении антикоррупционной экспертизы нормативных

¹ Об утверждении перечня должностей федеральной государственной службы, при замещении которых федеральные государственные служащие обязаны представлять сведения о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей: Указ Президента РФ от 18 мая 2009 г. № 557 (с изм. от 8 марта 2015 г.) // Рос. газ. 2009. 20 мая.

² О Национальном плане противодействия коррупции на 2012–2013 годы и внесении изменений в некоторые акты Президента Российской Федерации по вопросам противодействия коррупции: Указ Президента РФ от 13 марта 2012 г. № 297 (с изм. от 19 марта 2013 г.) // СЗ РФ. 2012. Ст. 1391.

³ О проведении оценки коррупционных рисков, возникающих при реализации функций: письмо Министерства труда и социальной защиты РФ от 22 июля 2013 г. № 18-0/10/2-4077 (документ опубликован не был); О проведении федеральными государственными органами оценки коррупционных рисков: письмо Министерства труда и социальной защиты РФ от 25 декабря 2014 г. № 18-0/10/В-8980 (документ опубликован не был) // СПС «КонсультантПлюс».

⁴ В сфере публичных закупок: Публичные закупки: проблемы правоприменения: материалы Всерос. науч.-практ. конф. (6 июня 2014 г., МГУ им. М. В. Ломоносова). М., 2014. С. 56. В сфере управления публичной собственностью: Винницкий А. В. Публичная собственность. М., 2013. С. 246; Управление государственной и муниципальной собственностью: право, экономика, недвижимость и природопользование / под ред. С. Е. Прокофьева, О. В. Паниной, С. Г. Еремина. М., 2014. С. 61. В сфере охраны окружающей среды: Хлуденева Н. И. Дефекты правового регулирования охраны окружающей среды. М., 2014. С. 60. В сфере корпоративного управления: Осипенко О. В. Корпоративный контроль: экспертные проблемы эффективного управления дочерними компаниями. М., 2014. С. 651 и т. д.

⁵ См., например: Таева Н. Е. Направления совершенствования системы государственной и муниципальной службы в сфере оказания государственных и муниципальных услуг (нормативное регулирование) // Актуальные проблемы рос. права. 2014. № 6. С. 1121–1128; Абрамова М. В. Применение кадровых технологий в целях предупреждения коррупционных рисков // Рос. следователь. 2013. № 5. С. 21–25; Казаченкова О. В. Конфликтный потенциал государственной службы как фактор возникновения коррупционных рисков // Административное и муниципальное право. 2010. № 4. С. 36–42 и др.

актов и проектов нормативных актов¹. Но в подавляющем большинстве случаев сам термин и проблематика противодействия коррупции в целом не являются предметом изучения. Соответственно словосочетание «коррупционные риски» используется произвольно и о содержании, вкладываемом в него автором, можно судить лишь по контексту. Некоторые исследователи смешивают коррупцию как явление и коррупционные риски, говоря об Индексе восприятия коррупции, составляемом организацией «Transparency International», как о механизме оценки коррупционных рисков². Другие, очевидно, рассматривают данный термин как оценку вероятности возникновения коррупции, упоминая о «снижении коррупционных рисков»³. Для части авторов «коррупционные риски» – это просто синоним проблемы коррупции или вызова, который она представляет собой для нормально функционирующих общества и государства⁴. В ряде работ коррупционные риски рассматриваются как «условия для коррупционных проявлений»⁵, «возможность совершать коррупционные действия»⁶ или «обстоятельства, факторы и явления, возникающие в процессе функционирования органов государственной власти, осуществления служебной деятельности государственных служащих, создающие ситуацию возможного совершения коррупционного правонарушения»⁷. Как видно из приведенных определений, их авторы опирались скорее на собственное понимание данного понятия, чем на уже принятые к этому моменту нормативные и методические акты.

Итак, подчеркнем еще раз, что единого понимания термина «коррупционные риски» в научном сообществе так и не сложилось. При этом его применение в нормативных и методических актах, которые устанавливают обязанности в сфере противодействия коррупции и разъясняют их содержание, переводит эту проблему в практическую плоскость.

На наш взгляд, формулируя определение термина «коррупционные риски», следует исходить из нескольких основных моментов. Во-первых, само словосочетание состоит из двух терминов и содержание каждого из них должно быть отражено в итоговом определении. Во-вторых, необходимо помнить о наличии легальных дефиниций термина «коррупция» и терминов, обозначающих риски различной природы. В-третьих, важно учитывать то содержание, которое вкладывают в данный термин действующие нормативные и методические акты, поскольку конечной целью является обеспечение их единообразного понимания и применения.

Нужно поддержать тех ученых, которые, исследуя вопрос о содержании термина «коррупционные риски», прежде всего обращают внимание именно на слово

¹ См., например: Кудашкин А. В. Антикоррупционная экспертиза: теория и практика: науч.-практ. пособие. М., 2012; Правовые акты: антикоррупционный анализ: науч.-практ. пособие / отв. ред. В. Н. Найдено, Ю. А. Тихомиров, Т. Я. Хабриева. М., 2010; Бахтина М. С. К вопросу о принципах проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов // Административное и муниципальное право. 2015. № 1. С. 107–113; Андрусенко С. П. Антикоррупционная экспертиза в российской уголовной юстиции // Журн. рос. права. 2013. № 4. С. 51–58 и др.

² Кондрат Е. Н. Правонарушения в финансовой сфере России. Угрозы финансовой безопасности и пути противодействия. М., 2014. С. 730.

³ Винницкий А. В. Указ. соч. С. 246.

⁴ Участие институтов гражданского общества в борьбе с коррупцией: науч.-практ. пособие / отв. ред. Ю. А. Тихомиров. М., 2013.

⁵ Кудашкин А. В. Указ. соч. С. 132.

⁶ Абрамова М. В. Указ. соч. С. 22.

⁷ Казаченкова О. В. Указ. соч. С. 40.

«риск»¹. В конце концов, легальное понятие коррупции закреплено в ст. 1 Федерального закона «О противодействии коррупции»². О его недостатках в литературе сказано уже достаточно, но следует учитывать, что это понятие лежит в основе всего нормативного регулирования в данной сфере и нецелесообразно поднимать вопрос о его изменении в связи с необходимостью разъяснить значение производного от него термина. Легальное понятие риска предусмотрено в ст. 2 Федерального закона «О техническом регулировании»³ и принятых в соответствии с ним государственных стандартах⁴. Но и за пределами сферы технического регулирования общим для абсолютного большинства определений тех или иных рисков является указание на *вероятность* наступления каких-либо событий (как правило, причинения ущерба или иных негативных последствий). Иногда в понятие риска включается и качественная характеристика (размер ущерба).

Схожая позиция высказана В. В. Астаниным. Он предлагает относить к коррупционным рискам, связанным с государственной и муниципальной службой, «*вероятность* (курсив наш. – А. П.) возникновения коррупционного поведения, которое может быть вызвано: несоблюдением обязанностей, запретов и ограничений, установленных для государственных служащих в связи с прохождением государственной службы; реализацией полномочий при осуществлении профессиональной деятельности государственного служащего»⁵. Нам кажется, что нет оснований сужать содержание термина «коррупционные риски», связывая его только со служебными отношениями. Так, в методических рекомендациях, посвященных оценке коррупционных рисков, последние трактуются именно как вероятность возникновения коррупционных отношений, как общая для всей сферы противодействия коррупции категория, которая не ограничивается установлением перечня должностей для нужд антикоррупционного декларирования. Это позволяет нам определить коррупционные риски как *обобщенную оценку вероятности возникновения коррупции и ее угрозы общественным отношениям*.

Минтруда РФ (один из основных органов, осуществляющих методическое обеспечение в сфере противодействия коррупции) рассматривает конструкцию коррупционных рисков как ключ к повышению эффективности всех реализуемых в Российской Федерации мер предупреждения коррупции. Наиболее четко это отражено в Методических рекомендациях по разработке и принятию организациями мер по предупреждению и противодействию коррупции 2013 г.⁶ В них закреплен принцип соразмерности антикоррупционных процедур риску коррупции, в соответствии с которым разработка и выполнение комплекса мероприятий, позволяющих снизить вероятность вовлечения организации, ее руководителей и сотрудников в коррупци-

¹ См., например: Костенников М. В., Куракин А. В., Колчманов Д. Н., Марьян А. В. Административно-правовые средства минимизации коррупционных рисков в служебной деятельности государственных служащих зарубежных стран // Административное и муниципальное право. 2010. № 5. С. 6.

² О противодействии коррупции: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ (с изм. от 28 ноября 2015 г.) // Рос. газ. 2008. 30 дек.

³ О техническом регулировании: Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ (с изм. от 28 ноября 2015 г.) // Рос. газ. 2002. 31 дек.

⁴ ГОСТ Р 52551-2006 «Системы охраны и безопасности. Термины и определения», ГОСТ Р 22.0.11-99 «Безопасность в чрезвычайных ситуациях. Предупреждение природных чрезвычайных ситуаций. Термины и определения» и др.

⁵ Астанин В. В. Антикоррупционная политика: криминологические аспекты: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 11.

⁶ URL: <http://www.rosmintrud.ru/ministry/programms/gossluzhba/antikorr/5/0>.

онную деятельность, осуществляются с учетом имеющихся в деятельности данной организации коррупционных рисков. Ресурсы субъекта, противодействующего коррупции (финансовые, организационные, кадровые), должны расходоваться на соответствующие мероприятия пропорционально увеличению вероятности совершения коррупционных правонарушений и степени их угрозы общественным отношениям. Чем выше коррупционный риск, тем больше ресурсов может и должно быть затрачено на антикоррупционные мероприятия. Поскольку любая организация, включая органы власти, всегда действует в условиях ограниченных ресурсов, то они должны расходоваться эффективно. Нерационально «распылять» ограниченные ресурсы на мероприятия в сферах деятельности, где коррупционные риски минимальны. Оценка коррупционных рисков призвана обеспечить концентрацию усилий и ресурсов за счет ранжирования уровня угрозы и способствовать выявлению ограниченного числа государственных (муниципальных) функций и должностей, для которых эффективно необходимы дополнительные антикоррупционные мероприятия.

Минтруда РФ не первое обратило внимание на то, что затраты на противодействие коррупции должны быть соизмеримы с коррупционными рисками. Данная идея заимствована из зарубежного опыта противодействия коррупции в сфере предпринимательской деятельности¹. Не случайно принцип соразмерности антикоррупционных процедур риску коррупции был закреплен в методических рекомендациях, адресованных не органам, а организациям. Но данный принцип, на наш взгляд, является универсальным и может в равной степени применяться и к органам государственной власти и местного самоуправления. Для них эффективность расходования ресурсов на противодействие коррупции имеет даже большее значение, чем для организаций.

Проблемы реализации принципа соразмерности антикоррупционных процедур риску коррупции в отношении органов государственной власти и местного самоуправления обусловлены тем, что в настоящий момент подавляющая часть мер предупреждения коррупции носит универсальный характер и должна осуществляться в силу прямого указания нормативных актов вне зависимости от уровня коррупционных рисков. Только небольшое количество мер может применяться в зависимости от усмотрения органа или организации. Однако сохраняются определенные возможности для учета уровня коррупционных рисков (той вероятности, с которой при выполнении должностных обязанностей могут возникнуть коррупционные отношения, и ущерба, который коррупционные отношения могут причинить общественным отношениям):

1) возможность применить (не применить) дополнительные меры противодействия коррупции, к которым относятся антикоррупционный мониторинг и специализированный антикоррупционный контроль, а также (частично) обеспечение информационной открытости, антикоррупционное образование, воспитание, антикоррупционная пропаганда;

2) возможность скорректировать количество обязательных для проведения мероприятий. Наиболее ярко это проявляется в рамках антикоррупционного декларирования: его масштаб прямо зависит от количества служащих, замещающих включенные в перечни должности, и соответственно меняется объем затрат на выполнение

¹ См., например: *Осипенко О. В.* Указ. соч. С. 651; *Габов А. В., Дюжинов А. Л.* Листинг ценных бумаг на Лондонской фондовой бирже (London Stock Exchange): правовые аспекты // *Предпринимательское право*. 2013. № 4. С. 22.

обязанности, которая сама по себе носит универсальный характер. Частично скорректировать объем затрат и (или) перераспределить ресурсы в пользу противодействия коррупции в функциях с высокими коррупционными рисками можно при проведении антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов, а также кадровой работы;

3) возможность направить дополнительные ресурсы на осуществление антикоррупционных мероприятий в отношении функций и должностей с высокими коррупционными рисками или применить в этом случае более детальный анализ обстоятельств дел, более строгих мер ответственности. В пример можно привести обязанности, связанные с предотвращением и урегулированием конфликта интересов, привлечением к дисциплинарной ответственности за коррупционные правонарушения. Таким образом, действующее антикоррупционное законодательство позволяет в установленных рамках варьировать применение мер предупреждения коррупции.

Несмотря на то что специфика российского антикоррупционного законодательства ограничивает значение конструкции коррупционных рисков в механизме противодействия коррупции, есть основания полагать, что государство видит эту проблему. В разд. IV и V письма Минтруда России «О проведении федеральными государственными органами оценки коррупционных рисков» отражена попытка выстроить систему мер и мероприятий в их взаимосвязи с оценкой вероятности возникновения коррупции и той угрозой, которую она представляет. Остается надеяться, что данная тенденция будет поддержана, а потенциал конструкции коррупционных рисков для повышения эффективности предупреждения коррупции – раскрыт более полно.

Библиография

Абрамова М. В. Применение кадровых технологий в целях предупреждения коррупционных рисков // Рос. следователь. 2013. № 5.

Андрусенко С. П. Антикоррупционная экспертиза в российской уголовной юстиции // Журн. рос. права. 2013. № 4.

Астанин В. В. Антикоррупционная политика: криминологические аспекты: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009.

Бахтина М. С. К вопросу о принципах проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и их проектов // Административное и муниципальное право. 2015. № 1.
Винницкий А. В. Публичная собственность. М., 2013.

Габов А. В., Дюжинов А. Л. Листинг ценных бумаг на Лондонской фондовой бирже (London Stock Exchange): правовые аспекты // Предпринимательское право. 2013. № 4.

Казаченкова О. В. Конфликтный потенциал государственной службы как фактор возникновения коррупционных рисков // Административное и муниципальное право. 2010. № 4.

Кондрат Е. Н. Правонарушения в финансовой сфере России. Угрозы финансовой безопасности и пути противодействия. М., 2014.

Костенников М. В., Куракин А. В., Колчманов Д. Н., Марьян А. В. Административно-правовые средства минимизации коррупционных рисков в служебной деятельности государственных служащих зарубежных стран // Административное и муниципальное право. 2010. № 5.

Кудашкин А. В. Антикоррупционная экспертиза: теория и практика: науч.-практ. пособие. М., 2012.

Методические рекомендации по разработке и принятию организациями мер по предупреждению и противодействию коррупции 2013 г. // URL: <http://www.rosmintrud.ru/ministry/programms/gossluzhba/antikorr/5/0>.

О Национальном плане противодействия коррупции на 2012–2013 годы и внесении изменений в некоторые акты Президента Российской Федерации по вопросам противодействия коррупции: Указ Президента РФ от 13 марта 2012 г. № 297 (с изм. от 19 марта 2013 г.) // СЗ РФ. 2012. Ст. 1391.

О проведении оценки коррупционных рисков, возникающих при реализации функций: письмо Министерства труда и социальной защиты РФ от 22 июля 2013 г. № 18-0/10/2-4077 (документ опубликован не был) // СПС «КонсультантПлюс».

О проведении федеральными государственными органами оценки коррупционных рисков: письмо Министерства труда и социальной защиты РФ от 25 декабря 2014 г. № 18-0/10/В-8980 (документ опубликован не был) // СПС «КонсультантПлюс».

О противодействии коррупции: Федеральный закон от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ (с изм. от 28 ноября 2015 г.) // Рос. газ. 2008. 30 дек.

О техническом регулировании: Федеральный закон от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ (с изм. от 28 ноября 2015 г.) // Рос. газ. 2002. 31 дек.

Об утверждении перечня должностей федеральной государственной службы, при замещении которых федеральные государственные служащие обязаны представлять сведения о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей: Указ Президента РФ от 18 мая 2009 г. № 557 (с изм. от 8 марта 2015 г.) // Рос. газ. 2009. 20 мая.

Осипенко О. В. Корпоративный контроль: экспертные проблемы эффективного управления дочерними компаниями. М., 2014.

Правовые акты: антикоррупционный анализ: науч.-практ. пособие / отв. ред. В. Н. Найдено, Ю. А. Тихомиров, Т. Я. Хабриева. М., 2010.

Публичные закупки: проблемы правоприменения: материалы Всерос. науч.-практ. конф. (6 июня 2014 г., МГУ им. М. В. Ломоносова). М., 2014.

Таева Н. Е. Направления совершенствования системы государственной и муниципальной службы в сфере оказания государственных и муниципальных услуг (нормативное регулирование) // Актуальные проблемы рос. права. 2014. № 6.

Управление государственной и муниципальной собственностью: право, экономика, недвижимость и природопользование / под ред. С. Е. Прокофьева, О. В. Паниной, С. Г. Еремина. М., 2014.

Участие институтов гражданского общества в борьбе с коррупцией: науч.-практ. пособие / отв. ред. Ю. А. Тихомиров. М., 2013.

Хлуденева Н. И. Дефекты правового регулирования охраны окружающей среды. М., 2014.

Bibliography

Abramova M. V. *Primenenie kadrovyykh tekhnologiy v celyax preduprezhdeniya korrupcionnykh riskov* // Ros. sledovatel'. 2013. № 5.

Andrusenko S. P. *Antikorrupcionnaya ehkspertiza v rossijskoj ugolovnoj yusticii* // Zhurn. ros. prava. 2013. № 4.

Asanin V. V. *Antikorrupcionnaya politika: kriminologicheskie aspekty: avtoref. dis. ... d-ra yurid. nauk.* М., 2009.

Baxtina M. S. *K voprosu o principax provedeniya antikorrupcionnoj ehkspertizy normativnykh pravovykh aktov i ix proektov* // Administrativnoe i municipal'noe pravo. 2015. № 1.

Gabov A. V., Dyuzhinov A. L. *Listing cennykh bumag na Londonskoj fondovoj birzhe (London Stock Exchange): pravovye aspekty* // Predprinimatel'skoe pravo. 2013. № 4.

Kazachenkova O. V. *Konfliktnyj potencial gosudarstvennoj sluzhby kak faktor vzniknoveniya korrupcionnykh riskov* // Administrativnoe i municipal'noe pravo. 2010. № 4.

Kondrat E. N. *Pravonarusheniya v finansovoj sfere Rossii. Ugrozy finansovoj bezopasnosti i puti protivodejstviya.* М., 2014.

Kostennikov M. V., Kurakin A. V., Kolchemanov D. N., Mar'yan A. V. *Administrativno-pravovye sredstva minimizacii korrupcionnykh riskov v sluzhebnoj deyatel'nosti gosudarstvennykh sluzhashchix zarubezhnykh stran* // Administrativnoe i municipal'noe pravo. 2010. № 5.

Kudashkin A. V. *Antikorrupcionnaya ehkspertiza: teoriya i praktika: nauch.-prakt. posobie.* М., 2012.

Metodicheskie rekomendacii po razrabotke i prinyatiyu organizatsiyami mer po preduprezhdeniyu i protivodejstviyu korrupcii 2013 g. // URL: <http://www.rosmintrud.ru/ministry/programms/gossluzhba/antikorr/5/0>.

O Nacional'nom plane protivodejstviya korrupcii na 2012–2013 gody i vnesenii izmenenij v nekotorye akty Prezidenta Rossijskoj Federacii po voprosam protivodejstviya korrupcii: Ukaz Prezidenta RF ot 13 marta 2012 g. № 297 (s izm. ot 19 marta 2013 g.) // SZ RF. 2012. St. 1391.

O protivodejstvii korrupcii: Federal'nyj zakon ot 25 dekabrya 2008 g. № 273-FZ (s izm. ot 28 noyabrya 2015 g.) // Ros. gaz. 2008. 30 dek.

O provedenii federal'nymi gosudarstvennymi organami ocenki korrupcionnyx riskov: pis'mo Ministerstva truda i social'noj zashhity RF ot 25 dekabrya 2014 g. № 18-0/10/V-8980 (dokument opublikovan ne byl) // SPS «Konsul'tantPlyus».

O provedenii ocenki korrupcionnyx riskov, vznikayushhix pri realizacii funkcij: pis'mo Ministerstva truda i social'noj zashhity RF ot 22 iyulya 2013 g. № 18-0/10/2-4077 (dokument opublikovan ne byl) // SPS «Konsul'tantPlyus».

O texnicheskom regulirovanii: Federal'nyj zakon ot 27 dekabrya 2002 g. № 184-FZ (s izm. ot 28 noyabrya 2015 g.) // Ros. gaz. 2002. 31 dek.

Ob utverzhdenii perechnya dolzhnostej federal'noj gosudarstvennoj sluzhby, pri zameshhenii kotoryx federal'nye gosudarstvennye sluzhashhie obyazany predstavlyat' svedeniya o svoix doxodax, ob imushhestve i obyazatel'stvax imushhestvennogo xaraktera, a takzhe svedeniya o doxodax, ob imushhestve i obyazatel'stvax imushhestvennogo xaraktera svoix suprug (supruga) i nesovershennoletnix detej: Ukaz Prezidenta RF ot 18 maya 2009 g. № 557 (s izm. ot 8 marta 2015 g.) // Ros. gaz. 2009. 20 maya.

Osipenko O. V. Korporativnyj kontrol': ehkspertnye problemy ehffektivnogo upravleniya dochernimi kompaniyami. M., 2014.

Pravovye akty: antikorrupcionnyj analiz: nauch.-prakt. posobie / otv. red. V. N. Najdenko, Yu. A. Tixomirov, T. Ya. Xabrieva. M., 2010.

Publichnye zakupki: problemy pravoprimeneniya: materialy Vseros. nauch.-prakt. konf. (6 iyunya 2014 g., MGU im. M. V. Lomonosova). M., 2014.

Taeva N. E. Napravleniya sovershenstvovaniya sistemy gosudarstvennoj i municipal'noj sluzhby v sfere okazaniya gosudarstvennyx i municipal'nyx uslug (normativnoe regulirovanie) // Aktual'nye problemy ros. prava. 2014. № 6.

Uchastie institutov grazhdanskogo obshhestva v bor'be s korrupciej: nauch.-prakt. posobie / otv. red. Yu. A. Tixomirov. M., 2013.

Upravlenie gosudarstvennoj i municipal'noj sobstvennost'yu: pravo, ehkonomika, nedvizhimost' i prirodopol'zovanie / pod red. S. E. Prokof'eva, O. V. Paninoj, S. G. Eremina. M., 2014.

Vinnickij A. V. Publichnaya sobstvennost'. M., 2013.

Xludeneva N. I. Defekty pravovogo regulirovaniya ohrany okruzhayushhej sredy. M., 2014.

О ПРОБЛЕМАХ РЕФОРМИРОВАНИЯ ПРАВОВОГО СТАТУСА РОССИЙСКОЙ ПРОКУРАТУРЫ

Шобухин Владимир Юрьевич

Кандидат юридических наук, доцент кафедры прокурорской деятельности
Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),
e-mail: vladimir.shobuhin@usla.ru

Рассматриваются актуальные вопросы, касающиеся статуса российской прокуратуры, предлагаются пути их решения. Автор указывает на неопределенность места прокуратуры РФ в государственном механизме, недостатки правового регулирования ее статуса.

Ключевые слова: Конституция РФ, статус прокуратуры, функции прокуратуры, система прокуратуры, полномочия прокуроров

ON SOME ISSUES OF IMPROVING THE PROCURACY'S LEGAL STATUS IN RUSSIA

Shobukhin Vladimir

Urals State Law University (Yekaterinburg),
e-mail: vladimir.shobuhin@usla.ru

The article dwells upon the urgent issues of a status of the Russian procuracy and proposes ways to address them. In particular, the author underlines an uncertain role of the RF procuracy in a governmental mechanism and a number of gaps in legal regulation of its status.

Key words: RF Constitution, procuracy's status, procuracy's functions, procuracy system, procurators' powers

В последние годы наметилась тенденция к динамичному преобразованию законодательства о прокуратуре. В 2014 г. изменены нормы о прокуратуре в Конституции РФ (название гл. 7 и содержание ст. 129). Совершенствуется Федеральный закон от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» (далее – Закон о прокуратуре). В феврале 2015 г. Конституционный Суд РФ принял постановление, в котором сделан вывод о необходимости законодательного урегулирования прокурорской проверки, являющейся основным средством выявления нарушений закона. В данных условиях представляется своевременным обращение к проблеме реформирования правового статуса российской прокуратуры.

Правовой статус прокуратуры – это правовое положение органов и организаций прокуратуры, наделенных совокупностью полномочий по обеспечению законности, отражающее их место и роль в обществе и государстве. В числе основных элементов, характеризующих правовой статус прокуратуры, выделим наиболее значимые: 1) правовые нормы, регулирующие деятельность органов и организаций прокуратуры; 2) место, роль, назначение прокуратуры в государственном механизме; 3) система прокурорских органов и организаций; 4) функции прокуратуры. Здесь же отметим

проблему правового регулирования полномочий прокурорских работников, которые являются важным элементом их правового статуса, а следовательно, и статуса прокуратуры в целом.

Одна из актуальных проблем реформирования статуса современной российской прокуратуры связана с установлением ее места в государственном механизме. Осложняет ситуацию конституционная неопределенность места прокуратуры в системе разделения государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную. Проблема по-прежнему актуальна, даже несмотря на то что в Конституцию Российской Федерации в 2014 г. были внесены изменения, напрямую касающиеся рассматриваемого вопроса: в частности гл. 7 Конституции РФ «Судебная власть» получила новое название – «Судебная власть и прокуратура».

Ранее для решения названной проблемы предлагалось включить прокуратуру в число органов судебной власти, что выглядело неубедительно, поскольку органы прокуратуры в судебную систему не входят и правосудие в соответствии со ст. 118 Конституции РФ не отправляют (правосудие – исключительная компетенция судов). В связи с этим рассматривать прокуратуру как элемент судебной власти лишь на том основании, что нормы о прокуратуре (ст. 129 Конституции РФ) помещены в главу под названием «Судебная власть», как минимум, было спорно и требовало дополнительной аргументации, в том числе опровержения приведенных конституционных норм, характеризующих судебную власть. Изменение наименования гл. 7, хотя и предусматривает конституционное решение указанной проблемы, но не снимает общий вопрос о месте прокуратуры в системе органов государственной власти и в системе «сдержек и противовесов».

Предназначением законодательной власти является законотворческий процесс. Прокуратура не издает законы и свои полномочия осуществляет не от имени Президента и Федерального Собрания РФ, которые участвуют в назначении на должность и освобождении от должности Генерального прокурора страны и его заместителей, а от имени Российской Федерации, как это закреплено в п. 1 ст. 1 Закона о прокуратуре. Обязанность Генерального прокурора ежегодно представлять палатам Федерального Собрания и Президенту РФ доклады о состоянии законности и правопорядка и о проделанной работе по их укреплению (п. 7 ст. 12 Закона о прокуратуре) есть, с одной стороны, проявление принципа гласности в деятельности прокуратуры, а с другой – элемент системы «сдержек и противовесов». Генеральный прокурор РФ и подчиненные ему прокуроры в рамках конституционного регулирования их статуса не наделены правом законодательной инициативы, в отличие, например, от Правительства и Верховного Суда РФ (ст. 104 Конституции РФ).

Проблематично относить прокуратуру и к органам исполнительной власти, поскольку за исполнением законов именно этими органами (от федерального до местного уровня) осуществляют надзор прокуроры.

Интересны высказывания о том, что каждую из трех фундаментальных ветвей власти следует дополнить инструментами контроля и сдерживания. В России эту роль должны выполнять органы прокуратуры, которые обязаны устанавливать и принимать меры по устранению любых нарушений законов, от кого бы они ни исходили¹. На независимость и обособленность прокуратуры от иных ветвей власти ука-

¹ Государственное право Российской Федерации: учеб. / под ред. О. Е. Кутафина. М., 1996. С. 305.

зывает В. И. Рохлин¹. В. Г. Бессарабов и В. Е. Чиркин рассматривают прокуратуру отдельно в системе государственного контроля². В. П. Рябцев верно отмечает, что российская прокуратура представляет собой уникальный инструмент, механизм обеспечения разделения и взаимодействия властей³, а Ю. И. Скуратов обращает внимание на то, что с позиций закона и только закона она влияет на все ветви власти, выполняет функции одного из элементов системы «сдержек и противовесов» и одновременно способствует взаимодействию ветвей власти, их согласованному функционированию⁴. Полагаем, что прокуратуру можно назвать элементом надзорно-контрольной власти⁵. Однако это требует внесения в Конституцию Российской Федерации законодательных дополнений и изменений, согласования предлагаемого решения с ее ст. 10 и 11.

Еще одна важная проблема касается правового регулирования статуса российской прокуратуры. Согласно ст. 71 Конституции РФ правовое регулирование организации и деятельности прокуратуры, регламентация ее статуса находятся в ведении Российской Федерации. Полномочия, организация и порядок деятельности прокуратуры РФ определяются федеральным законом (ч. 1 ст. 129 Конституции РФ). Возложение на прокуратуру функций, не предусмотренных федеральными законами, недопустимо (ст. 3 Закона о прокуратуре).

Вопросам организации и деятельности прокуратуры на конституционном уровне посвящена ст. 129 Конституции России (спорная с точки зрения характеристики конституционно-правового статуса прокуратуры в государственном механизме), где зафиксированы основные положения о прокуратуре. Однако, на наш взгляд, этого недостаточно. В Конституции страны следует предусмотреть отдельную главу о прокуратуре Российской Федерации, где наряду с уже урегулированными вопросами необходимо закрепить цели и задачи современной российской прокуратуры, ее основные функции, гарантии неприкосновенности и независимости прокурорских работников. Генеральному прокурору РФ и подчиненным ему прокурорам (на соответствующем уровне) надлежит предоставить право законодательной инициативы. Целесообразно на конституционном уровне разрешить проблему места прокуратуры в системе разделения государственной власти (ст. 10 Конституции РФ). Статус Закона о прокуратуре РФ, который, заметим, принят в 1992 г. как закон (а не федеральный закон), следует повысить до федерального конституционного закона, принятого в развитие указанных конституционных положений.

В Законе о прокуратуре определены цели, задачи, основные направления деятельности прокуратуры, принципы ее организации и функционирования, полномочия прокурорских работников, меры их правовой защиты и социальной поддержки, особенности условий и порядка прохождения службы в органах и организациях про-

¹ Рохлин В. И. Прокурорский надзор и государственный контроль: история, развитие, понятие, соотношение. СПб., 2003. С. 19.

² Бессарабов В. Г. Прокуратура в системе государственного контроля в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001; Чиркин В. Е. Контрольная власть // Государство и право. 1993. № 4. С. 16–17.

³ Рябцев В. П. Прокуратура в современной системе российской государственности // Проблемы совершенствования прокурорского надзора: сб. ст. / под общ. ред. В. Н. Андриянова. Иркутск, 2007. Вып. 3. С. 14.

⁴ Скуратов Ю. Концептуальные вопросы развития прокуратуры в период правовой реформы в Российской Федерации // Законность. 1997. № 3. С. 7.

⁵ Подробнее см.: Шобухин В. Ю. Конституционно-правовой статус прокуратуры: состояние, проблемы и перспективы развития // Прокуратура в системе обеспечения конституционной законности: энциклопедия: в 2 т. / под общ. ред. О. С. Капинус. М., 2015. Т. 2; Его же. Прокуратура России: проблемы, тенденции и закономерности развития (историко-правовой аспект): моногр. Екатеринбург, 2013. С. 81–92; Его же. Прокуратура – основа надзорно-контрольной власти в России // Государство и право. 2007. № 11. С. 89–94.

кураторы, регламентируется статус прокурорских работников. Однако в его действующей редакции есть некоторые пробелы и противоречия. Основными из них выступают неурегулированность статуса специализированных прокуратур, отсутствие специальной правовой регламентации полномочий прокуроров управлений и отделов, помощников прокуроров. В ст. 22, 27, 30, 33 Закона о прокуратуре указаны надзорные полномочия, но их описание слишком поверхностно. Статья 30 вообще носит отсылочный характер и закрепляет, что полномочия прокурора по надзору за исполнением законов органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие, устанавливаются уголовно-процессуальным законодательством и другими федеральными законами. Полномочия прокурора при участии в рассмотрении дел судами регулируются АПК РФ, ГПК РФ, УПК РФ. При этом нормы разд. IV Закона о прокуратуре, посвященные данной сфере прокурорской деятельности, до сих пор не приведены в соответствие с процессуальным законодательством. Механизм и проблемы реализации полномочий, как правило, отражаются в правовых документах (приказах, указаниях, инструкциях) Генерального прокурора РФ.

Следовательно, в Законе о прокуратуре нужно детализировать правовое регулирование прокурорского надзора за законностью деятельности органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, дознание и предварительное следствие, в частности установить категории прокурорских работников, уполномоченных осуществлять данный вид надзора, и закрепить их основные полномочия. Нормы разд. IV Закона о прокуратуре, характеризующие статус прокурора в судебном процессе, необходимо привести в соответствие с современным процессуальным законодательством. В разд. V Закона о прокуратуре целесообразно расширить правовую регламентацию морального облика прокурорского работника, указав конкретные морально-нравственные качества, которыми он должен обладать. Следует усилить гарантии материально-социального обеспечения прокурорского работника, зафиксировав конкретные меры правовой защиты и социальной поддержки.

Необходимо учесть выводы Конституционного Суда РФ, изложенные в постановлении от 17 февраля 2015 г. № 2-П по делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации». Суд, в частности, указал, что надлежит изменить правовое регулирование отношений, связанных с осуществлением органами прокуратуры надзора за исполнением законов, в том числе определить в законе предельные сроки проведения проверочных мероприятий и сроки исполнения проверяемыми организациями требований прокурора, вытекающих из его полномочий, о представлении необходимых документов, материалов, статистических и иных сведений. На обнаруженную Конституционным Судом РФ проблему мы обращали внимание и раньше¹. Так, по нашему мнению, целесообразно урегулировать процедуру «общенадзорной» проверки, закрепить основания и сроки ее проведения, гарантии защиты прав и законных интересов поднадзорных субъектов.

Таким образом, Закон о прокуратуре РФ содержит лишь общие положения об организации и деятельности прокуратуры и имеет множество отсылочных норм к иным правовым актам. Большая часть вопросов организации и деятельности про-

¹ Подробнее см.: Шобухин В. Ю. Статус российской прокуратуры. СПб., 2009. С. 99–100; Его же. Надзор за исполнением законов как одно из основных направлений деятельности прокуратуры // Изв. высших учеб. заведений. Правоведение. 2007. № 2. С. 87.

куратуры, ее статуса, статуса отдельных звеньев прокурорской системы, органов и организаций прокуратуры, прокурорских работников регламентируется ведомственными правовыми актами, в частности приказами Генерального прокурора РФ, что не всегда оправданно. Например, как публичное образование, имеющее свое внутреннее строение, прокурорская система порой подвергается спорным преобразованиям, когда упраздняются отдельные виды прокуратур, звенья прокурорской системы, зарекомендовавшие себя с положительной стороны. Следовательно, нормы Закона о прокуратуре нуждаются в оценке с точки зрения необходимости их конкретизации.

Итак, требуется детальная и системная правовая регламентация статуса прокуратуры, ее организации и деятельности, статуса прокурорских работников, причем на федеральном уровне. Никакой другой орган государственной власти не наделен такой компетенцией, какую имеет прокуратура. Объектом прокурорского внимания являются практически все сферы общественных отношений, урегулированные правом. В ходе прокурорско-надзорной деятельности складываются особые прокурорско-надзорные отношения – отношения между прокуратурой и поднадзорными органами, организациями, должностными лицами. Целесообразно разработать концепцию такой отрасли права, как прокурорское право, которое будет способствовать разрешению указанных выше проблем.

Библиография

Бессарабов В. Г. Прокуратура в системе государственного контроля в Российской Федерации: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2001.

Государственное право Российской Федерации: учеб. / под ред. О. Е. Кутафина. М., 1996.

Рохлин В. И. Прокурорский надзор и государственный контроль: история, развитие, понятие, соотношение. СПб., 2003.

Рябцев В. П. Прокуратура в современной системе российской государственности // Проблемы совершенствования прокурорского надзора: сб. ст. / под общ. ред. В. Н. Андриянова. Иркутск, 2007. Вып. 3.

Скуратов Ю. Концептуальные вопросы развития прокуратуры в период правовой реформы в Российской Федерации // Законность. 1997. № 3.

Чиркин В. Е. Контрольная власть // Государство и право. 1993. № 4.

Шобухин В. Ю. Конституционно-правовой статус прокуратуры: состояние, проблемы и перспективы развития // Прокуратура в системе обеспечения конституционной законности: энциклопедия: в 2 т. / под общ. ред. О. С. Капинус. М., 2015. Т. 2.

Шобухин В. Ю. Надзор за исполнением законов как одно из основных направлений деятельности прокуратуры // Изв. высших учеб. заведений. Правоведение. 2007. № 2.

Шобухин В. Ю. Прокуратура – основа надзорно-контрольной власти в России // Государство и право. 2007. № 11.

Шобухин В. Ю. Прокуратура России: проблемы, тенденции и закономерности развития (историко-правовой аспект): моногр. Екатеринбург, 2013.

Шобухин В. Ю. Статус российской прокуратуры. СПб., 2009.

Bibliography

Bessarabov V. G. Prokuratura v sisteme gosudarstvennogo kontrolya v Rossijskoj Federacii: dis. ... d-ra yurid. nauk. M., 2001.

Chirkin V. E. Kontrol'naya vlast' // Gosudarstvo i pravo. 1993. № 4.

Gosudarstvennoe pravo Rossijskoj Federacii: ucheb. / pod red. O. E. Kutafina. M., 1996.

Roxlin V. I. Prokurorskiy nadzor i gosudarstvennyj kontrol': istoriya, razvitie, ponyatie, sootnoshenie. SPb., 2003.



Ryabcev V. P. Prokuratura v sovremennoj sisteme Rossijskoj gosudarstvennosti // Problemy sovershenstvovaniya prokurorskogo nadzora: sb. st. / pod obshh. red. V. N. Andriyanova. Irkutsk, 2007. Vyp. 3.

Shobuxin V. Yu. Konstitucionno-pravovoj status prokuratury: sostoyanie, problemy i perspektivy razvitiya // Prokuratura v sisteme obespecheniya konstitucionnoj zakonnosti: ehnciklopediya: v 2 t. / pod obshh. red. O. S. Kapinus. M., 2015. T. 2.

Shobuxin V. Yu. Nadzor za ispolneniem zakonov kak odno iz osnovnyx napravlenij deyatel'nosti prokuratury // Izv. vysshix ucheb. zavedenij. Pravovedenie. 2007. № 2.

Shobuxin V. Yu. Prokuratura – osnova nadzorno-kontrol'noj vlasti v Rossii // Gosudarstvo i pravo. 2007. № 11.

Shobuxin V. Yu. Prokuratura Rossii: problemy, tendencii i zakonomernosti razvitiya (istoriko-pravovoj aspekt): monogr. Ekaterinburg, 2013.

Shobuxin V. Yu. Status Rossijskoj prokuratury. SPb., 2009.

Skuratov Yu. Konceptual'nye voprosy razvitiya prokuratury v period pravovoj reformy v Rossijskoj Federacii // Zakonnost'. 1997. № 3.

**ПРОБЕЛЫ И КОЛЛИЗИИ
В ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ПОЛНОМОЧИЙ
ПО НАЗНАЧЕНИЮ НА ДОЛЖНОСТИ
И ОСВОБОЖДЕНИЮ ОТ ДОЛЖНОСТЕЙ
РАБОТНИКОВ ОРГАНОВ И ОРГАНИЗАЦИЙ ПРОКУРАТУРЫ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ**

Черепанов Максим Мухтаржанович

Кандидат юридических наук, доцент кафедры прокурорской деятельности
Уральского государственного юридического университета (Екатеринбург),
e-mail: maxyatina@bk.ru

Проанализированы пробелы и коллизии в законодательном регулировании полномочий должностных лиц по назначению на должности и освобождению от них подчиненных работников органов и организаций прокуратуры Российской Федерации. В свете проводимой в России правовой реформы предложены пути решения указанных проблем.

Ключевые слова: прокуратура, работники органов и организаций прокуратуры, назначение на должность и освобождение от должности, правовые коллизии

**ON SOME GAPS AND CONFLICTS
IN LEGISLATIVE REGULATION
OF POWERS TO APPOINT AND REMOVE
THE PROCURATORIAL STAFF IN RUSSIA**

Cherepanov Maksim

Urals State Law University (Yekaterinburg),
e-mail: maxyatina@bk.ru

The article analyzes a number of gaps and conflicts in legislative regulation of officials' powers to appoint and remove subordinate workers of procuracy bodies and organizations in Russia. Under the current legal reform in Russia, the author proposes ways to solve the mentioned challenges.

Key words: procuracy, General Procurator of the Russian Federation, President of the Russian Federation, appointment and removal, conflict in laws

В условиях проводимой в Российской Федерации правовой реформы вызывает научный интерес вопрос о законодательном регулировании полномочий руководителей прокуратур всех видов (территориальных и специализированных) и звеньев и Президента Российской Федерации по назначению на должности подчиненных им работников. Изменения, внесенные в последнее время в ряд законов, коснулись и норм, регламентирующих указанные полномочия. Однако некоторые пробелы и противоречия в законодательном регулировании этой сферы остаются невосполненными и неустраненными.

Законом РФ о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ «О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации»¹ внесены поправки в ст. 129 Конституции Российской Федерации.

¹ URL: <http://www.pravo.gov.ru:8080/page.aspx?87245>.

В частности, в чч. 2–5 данной статьи были разграничены полномочия Президента и Генерального прокурора Российской Федерации по назначению на должности руководителей прокуратур различных видов и звеньев. Так, Президент: 1) представляет в Совет Федерации Федерального Собрания Российской Федерации кандидатуры на должности Генерального прокурора и его заместителей; 2) назначает на должности прокуроров субъектов Российской Федерации по представлению Генерального прокурора, согласованному с органами государственной власти субъектов Российской Федерации, и единолично освобождает их от должности; 3) назначает на должность и освобождает от должности иных прокуроров (кроме прокуроров городов, районов и приравненных к ним прокуроров специализированных прокуратур). Генеральный прокурор: 1) назначает на должность и освобождает от должности прокуроров городов и районов; 2) назначает на должность и освобождает от должности прокуроров специализированных прокуратур, приравненных к прокуратурам городов и районов.

Закон РФ от 17 января 1992 г. № 2202-І «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. от 5 октября 2015 г.) (далее – Закон о прокуратуре)¹ также разграничивает полномочия различных должностных лиц по назначению на должность подчиненных работников прокуратуры. В частности, речь идет о ст. 12, 12¹, 15¹, 16¹, которые относительно недавно были приведены в соответствие с положениями ст. 129 Конституции Российской Федерации.

Важно обратить внимание на логическое несовершенство Закона о прокуратуре, в котором полномочия руководителей различных прокуратур в рассматриваемой сфере разбросаны по разным статьям. Так, в Законе имеется еще одна, помимо указанных, статья, определяющая полномочия должностных лиц руководящего состава прокуратур по назначению на должности и освобождению от них подчиненных работников, – это ст. 40⁵, размещенная в разд. V «Служба в органах и организациях прокуратуры. Кадры органов и организаций прокуратуры». В отличие от нее, ст. 12, 12¹ и другие находятся в разд. II «Система и организация прокуратуры Российской Федерации». Еще ряд норм – нормы ст. 48 разд. VI «Особенности организации и обеспечения деятельности органов военной прокуратуры» – отдельно закрепляют полномочия руководителей органов военной прокуратуры и их структурных подразделений в интересующей нас сфере. При этом п. 4 ст. 48 Закона о прокуратуре в части, предоставляющей Генеральному прокурору право назначения на должность и освобождения от нее военных прокуроров округов, флотов и других приравненных к прокурорам субъектов Российской Федерации, военных прокуроров, противоречит ч. 4 ст. 129 Конституции и п. 3 ст. 15¹ Закона о прокуратуре, поскольку указанное право принадлежит Президенту.

Как представляется, ст. 129 Конституции также нельзя назвать совершенной. Так, не совсем ясно, в каком смысле законодатель употребляет в ней термин «прокурор». В силу ст. 54 Закона о прокуратуре прокурор – это руководитель соответствующей прокуратуры (прокурор субъекта, города, района и т. д.) либо прокурорский работник вообще (т. е. прокурор в широком смысле слова). Например, ректор Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации не считается прокурором, но является прокурорским работником, поскольку имеет классный чин. В связи с этим непонятно, относится ли он к числу «иных прокуроров» по смыслу ч. 4 ст. 129 Конституции и назначается на должность и освобождается от нее Президентом либо вы-

¹ Рос. газ. 1992. 18 февр.

ступает прокурорским работником и назначается на должность и освобождается от нее Генеральным прокурором на основании п. 3 ст. 17 и подп. «д» п. 1 ст. 40⁵ Закона о прокуратуре.

Если прокурора рассматривать как руководителя прокуратуры, то устранить указанный в предыдущем абзаце законодательный недочет можно путем внесения изменений в ч. 4 ст. 129 Конституции: вместо формулировки «иные прокуроры» использовать формулировку «прокуроры специализированных прокуратур, приравненные к прокурорам субъектов Российской Федерации», поскольку только они не названы в указанной статье наряду с Генеральным прокурором, прокурорами субъектов и прокурорами городов, районов и приравненными к ним прокурорами. Если под иными прокурорами понимаются прокурорские работники вообще, то в статье нужно закрепить формулировку «иные прокурорские работники». Кроме того, было бы нелишним в ст. 129 Конституции определить, в чьей компетенции (Генерального прокурора или Президента) будет назначение на должность и освобождение от нее работников органов и организаций прокуратуры, не являющихся прокурорскими работниками (федеральных государственных гражданских служащих).

Изложенные факты свидетельствуют о несовершенстве законодательства о прокуратуре в части регулирования полномочий различных должностных лиц по назначению на должности и освобождению от них работников органов и организаций прокуратуры Российской Федерации. Несмотря на простой на первый взгляд способ решения обозначенных проблем, выявленных законодательных пробелов (Закон о прокуратуре ниже по юридической силе, чем Конституция, поэтому его нормы при конкуренции с конституционными нормами проигрывают), необходимость привести нормы Закона о прокуратуре в соответствие друг с другом и с конституционными нормами никто не устранил. В частности, логично исключить ст. 40⁵ из Закона о прокуратуре, предварительно переместив ее содержание в самостоятельную статью разд. II этого же Закона (например, в ст. 13, которая утратила юридическую силу), устранив противоречия между ними и приведя новую статью в соответствие со ст. 129 Конституции РФ. В противном случае на практике может возникнуть путаница при назначении на должности и освобождении от них работников органов и организаций прокуратуры Российской Федерации, что приведет к повсеместному нарушению законодательства в указанной части.

За последние несколько лет было принято уже несколько новых редакций Закона о прокуратуре. В связи с этим, подводя итог, хочется выразить надежду, что в процессе проходящей в Российской Федерации правовой реформы в законодательство о прокуратуре будут внесены изменения и дополнения, направленные на устранение имеющихся в нем коллизий и восполнение пробелов в нормативном регулировании рассмотренных в статье вопросов.

Библиография

О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации: Закон РФ о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ // URL: <http://www.pravo.gov.ru:8080/page.aspx?87245>.

О прокуратуре Российской Федерации: Закон РФ от 17 января 1992 г. № 2202-1 // Рос. газ. 1992. 18 февр.



Bibliography

О прокуратуре Российской Федерации: Закон РФ от 17 января 1992 г. № 2202-1 // Рос. газ. 1992. 18 февр.

О Верховном Суде Российской Федерации и прокуратуре Российской Федерации: Закон РФ о поправке к Конституции Российской Федерации от 5 февраля 2014 г. № 2-ФКЗ // URL: <http://www.pravo.gov.ru:8080/page.aspx?87245>.



**ЭЛЕКТРОННОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ
К «РОССИЙСКОМУ ЮРИДИЧЕСКОМУ ЖУРНАЛУ»**

Главный редактор Издательского дома
Уральского государственного юридического университета
А. Н. Митин

Редакторы *Н. Н. Рассохина, Т. А. Шиловских*
Дизайн обложки *И. М. Митрофанова*
Компьютерная вёрстка *А. А. Холодилова*

Подписано к использованию 22.04.16.
Уч.-изд. л. 7,26.
Объем 3,97 МВ

Согласно п. 1 ч. 2 ст. 1, п. 1 ч. 4 ст. 11
Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 436-ФЗ
маркировке не подлежит

Издательский дом
Уральского государственного юридического университета.
620137, Екатеринбург, ул. Комсомольская, 23.
Тел.: 375-58-31, 374-32-35. E-mail: idom@list.ru