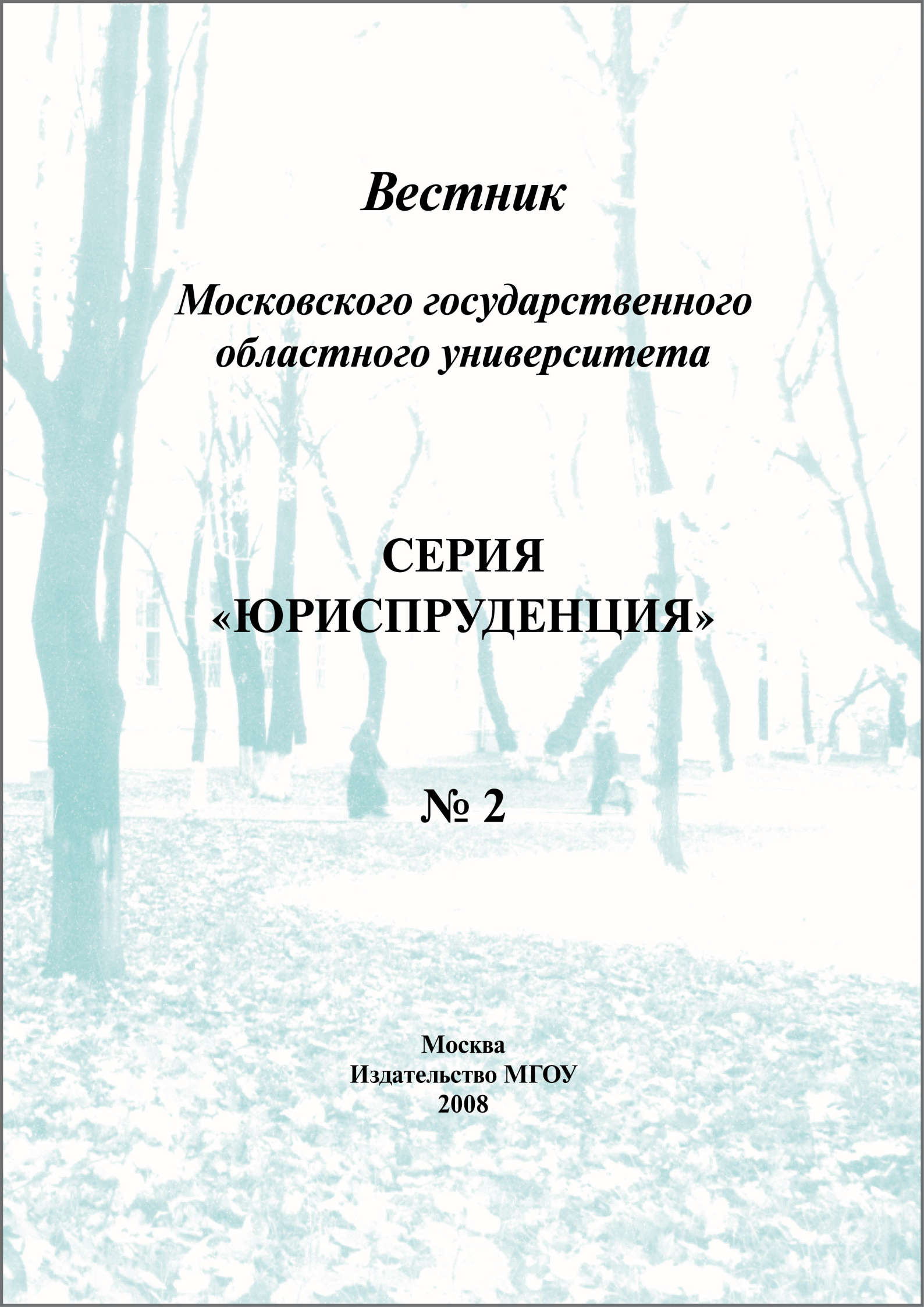


The background of the cover is a photograph of a park. In the foreground, there are several tall, thin trees with bare branches. In the middle ground, a white building with windows is visible through the trees. The ground is covered with fallen leaves. The overall tone is somewhat muted and academic.

Вестник

***Московского государственного
областного университета***

**СЕРИЯ
«ЮРИСПРУДЕНЦИЯ»**

№ 2

**Москва
Издательство МГОУ
2008**

Вестник

***Московского государственного
областного университета***

**СЕРИЯ
«ЮРИСПРУДЕНЦИЯ»**

№ 2

**Москва
Издательство МГОУ
2008**

**Вестник
Московского государственного
областного университета**

Научный журнал основан в 1998 году

Редакционно-издательский совет:

Пасечник В.В. – председатель, доктор педагогических наук, профессор
Дембицкий С.Г. – зам. председателя, первый проректор, проректор по учебной работе,
доктор экономических наук, профессор
Коницев А.С. – доктор химических наук, профессор
Лекант П.А. – доктор филологических наук, профессор
Макеев С.В. – директор издательства, кандидат философских наук, доцент
Пусько В.С. – доктор философских наук, профессор
Яламов Ю.И. – проректор по научной работе и международному сотрудничеству,
доктор физико-математических наук, профессор

Редакционная коллегия серии «Юриспруденция»:

Голышев В.Г. – кандидат юридических наук, доцент, ответственный редактор
Клычников В.М. – кандидат юридических наук, доцент
Марченко М.Н. – доктор юридических наук, профессор
Гриненко А.В. – доктор юридических наук, профессор
Подшибякин А.С. – доктор юридических наук, профессор

Вестник МГОУ. Серия «Юриспруденция». – № 2 – 2008. – М.: Изд-во МГОУ.
– 94 с.

Вестник МГОУ (все его серии) является рецензируемым и подписным изданием, предназначенным для публикации научных статей докторантов, а также аспирантов и соискателей (См.: Бюллетень ВАК № 4 за 2005 г., с. 5).

В «Вестнике» могут публиковаться статьи не только работников МГОУ, но и других научных и образовательных учреждений.

ISBN 978-5-7017-1268-1

© МГОУ, 2008

© Издательство МГОУ, 2008

ИСТОРИЯ И ТЕОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

Алафаев А.А.,

кандидат исторических наук, доцент

ПРОФЕССОР К.Д. КАВЕЛИН В СТУДЕНЧЕСКИЕ ГОДЫ (1834-1839)

Alafaev A. A.,

candidate of historical sciences, assistant of professor

Professor K.D. Kavelin in student years (1834-1839)

In this article it is discussed how the professor K.D. Kavelin learned and what questions disturbed him in the student years in the juridical department of Moscow University.

Политическую жизнь современной возрождающейся России можно определить тремя ведущими лозунгами: либерализм, капитализм, патриотизм. Напрашивается вопрос: кто же победил в историческом споре - социалист Н.Г. Чернышевский или либерал К.Д. Кавелин?

Октябрьская революция 1917 г., открывшая России социалистический путь развития, показала правоту родоначальников русского социализма А.И. Герцена и Н.Г. Чернышевского, идейных вождей революционно-демократического лагеря. Советскими исследователями были изданы многомиллионными тиражами их труды, полные собрания их сочинений, защищены десятки и сотни диссертаций.

Октябрьская революция 1993 г., вернувшая Россию на капиталистический путь развития, подтверждает правоту родоначальника русского либерализма, реабилитируя славное имя и реанимируя забытые идеи как К.Д. Кавелина, так и других либеральных идеологов. Переиздание его литературного наследия, не потерявшего до сих пор своей актуальности и научной ценности, является объективной необходимостью. Это - дело будущего. Книга о жизни и деятельности К.Д. Кавелина могла бы украсить популярную серию «Жизнь замечательных людей». Он достоин и заслуживает этого. В том, что профессор К.Д. Кавелин был либеральным, обаятельным и одаренным человеком, убеждались все, кто его близко знал, или изучал осененные светлым гением его «труды и дни». Как личность и человек, выросший и сформировавшийся в Москве, К.Д. Кавелин во многом (и визуально и духовно) был удивительно похож на А.И. Герцена. Об этом остались свидетельства современников. И хотя жизненные и политические пути двух бывших соратников и друзей разошлись, однако в эпоху 1861 г. они внесли свой вклад - и словом и делом - в

отмену рабства в России. В этом заключается их великая историческая заслуга перед русским народом.

Необходимо отметить, что работы К.Д. Кавелина впервые были переизданы только в 1989 г. Этот год по многим причинам стал знаковым в истории горбачевской перестройки. В сборник вошли статьи по философии, русской истории и культуре. Научная заслуга в появлении этой «первой ласточки» в советской историографии принадлежит современному российскому ученому В.К. Кантору, который в краткой вступительной статье справедливо отмечает, что К.Д. Кавелин – «виднейший представитель русской общественной мысли прошлого века, историк, философ, правовед, оставил заметный след в отечественной культуре. Его обширное наследие по сей день недооценено и мало пока изучено. Между тем многие современники воспринимали Кавелина как одну из ключевых фигур середины XIX столетия»¹.

Среди новейших исследований творческого наследия К.Д. Кавелина следует выделить фундаментальную монографию Р.А. Арсланова «К.Д. Кавелин: человек и мыслитель» (М., 2000). Несмотря на это, а также на специальные работы Ф.А. Петрова, В.И. Приленского, А.А. Алафаева, С.С. Секиринского и других историков, о выдающемся идеологе и вожде либерального крыла освободительного движения в пореформенной России профессоре К.Д. Кавелине, его заслугах в различных областях науки, культуры и образования широкий читатель, к сожалению, знает очень мало. Кавелиноведение только набирает силу. Сверхзадача авторского замысла – внести посильную лепту в изучение жизни и творчества русского мыслителя и замечательного человека К.Д. Кавелина. Данная статья, фрагментарно перекликающаяся с предыдущей авторской публикацией в журнале «Вестник МГОУ. Серия «Юриспруденция». 2007. № 1», ограничена хронологическими рамками жизнедеятельности К.Д. Кавелина в Московском университете, сначала в качестве студента, потом – магистранта и преподавателя гражданского права. Это определило структуру статьи, состоящей из двух частей. Ее публикация может стать назидательным примером для современной учащейся молодежи - студентов и аспирантов. Именно в московский период происходит формирование личности родоначальника и лидера либерализма, прогрессивного профессора, правоведа, патриота и пророка России. Студенческие годы, которым посвящена данная публикация, были самой светлой полосой многострадальной жизни К.Д. Кавелина.

В конце августа 1835 г. К. Кавелин, выдержав экзаменационные испытания, стал студентом историко-философского факультета Московского университета. Его честолюбие было удовлетворено вдвойне: он превосходно сдал экзамены, набрав «больше всех баллов»².

Но вскоре радостное впечатление от начавшихся занятий было омрачено: разочаровало преподавание профессором Оболенским греческого языка. Требовательный к себе и другим студент через два месяца перешел на юридический факультет, плененный блестящими лекциями молодых профессоров. Они, пройдя стажировку в лучших европейских вузах, недавно вернулись в «альма-матер» и успели завоевать умы и сердца учащейся молодежи. Решительный шаг К. Кавелина оказался удачным: на стезе юриспруденции он нашел свое призвание и новых кумиров.

Повзрослевший и преобразившийся юноша, под студенческим сюртуком которого билось сердце, томимое жаждой духовных познаний, был весь в бу-

дущем: впереди сияли манящие вершины науки. «И действительно, - писал первый биограф К.Д. Кавелина, - влияние Белинского и усидчивые занятия с осени 1834 года открыли перед ним новые, неведомые ему прежде, умственные горизонты, служа предвкушением того духовного наслаждения, которое молодой, талантливый ум должен был испытать в университете»⁴.

Совпало так, что в 1835 г., в год поступления К. Кавелина, произошел ряд важных событий в жизни старейшего в России высшего учебного заведения: летом был принят новый Университетский устав, который, ограничив академические свободы и университетскую автономию, впервые поднял на должный уровень научные требования к преподаванию учебных дисциплин; попечителем стал граф С.Г. Строганов, с чьим именем связан один из лучших периодов в истории Московского университета, названный доброй памятью – «Строгановским» (1835-1847). Кроме того, именно при нем появилась славная плеяда молодых профессоров-гегельянцев, получивших прекрасное образование в немецких университетах и оставшихся в анналах русского просвещения. Их профессиональный уровень был по-европейски высоким. Интеллектуальная энергия прогрессивных преподавателей, приобретших европейский лоск и демократические манеры, создавала на юридическом факультете самые благоприятные, почти тепличные условия для развития способностей студентов «дворянских гнезд». Их имена были на устах благодарных студентов. П.Г. Редкин читал энциклопедию законоведения, Д.Л. Крюков - римскую словесность, Н.И. Крылов - римское право, С.И. Баршев - уголовные и полицейские законы, А.И. Чивилев - политическую экономику и статистику. Не менее значимым явлением было и то, что вместе с К. Кавелиным в студенческие ряды влилась целая дружина хорошо образованных и одаренных юношей, будущих витязей и рыцарей юридического и политического раскрепощения России. Именно студенты 1830-х годов, придя на смену когорте декабристов, составят замечательное созвездие «людей сороковых годов», которые, воспитав своих учеников, встанут в фаланги шестидесятников, вождей и тружеников великого исторического дела – отмены крепостного права и нравственного обновления России.

Счастливый первокурсник бросился с головой в кипящую научными и литературными страстями студенческую жизнь, как в бушующее море. Поглощенный изучением юридических наук, он приходит, по собственному признанию, в «неописуемый восторг» от лекций проф. П.Г. Редкина, преподававшего энциклопедию законоведения и российские государственные законы. Профессор-гегельянец, кумир студентов, умело развивал у своих слушателей логическое мышление, прививал навыки научных приемов исследования, учил искусству доходить до сути вещей и делать глубокие и обобщающие умозаключения. Несомненно, проф. П.Г. Редкин оказал заметное влияние на формирование философских и юридических взглядов своего восторженного и любимого ученика.

Не менее эффективными и плодотворными были занятия профессора римского права Н.И. Крылова, который «как лектор, обладал редким, выдающимся талантом»⁵. Благодаря своему наставнику К.Д. Кавелин, овладев искусством строго научного анализа историко-правовых явлений, выбрал поприще ученого-цивилиста. Ненасытный к знаниям студент аккуратно посещает лекции, впитывая каждое слово, улавливая каждый оттенок мысли своих любимых профессоров. Он с большим интересом читает дополнительную литера-

туру по истории, юриспруденции, философии. Более того, усиленно изучает языки – французский, немецкий, английский, польский, арабский, продолжает брать уроки у К.А. Коссовича по латыни и греческому языку.

В итоге интенсивных занятий К. Кавелин блистательно заканчивает первый курс юридического факультета, поражая необыкновенными способностями, широкой эрудицией и глубокими знаниями своих экзаменаторов, особенно профессора словесности С.П. Шевырева и профессора всеобщей и русской истории М.П. Погодина. Последний, кстати, в 1867 г., т.е. через тридцать два года, с воодушевлением, припоминая детали, будет рассказывать профессору Казанского университета Д.А. Корсакову, родному племяннику нашего героя и первому кавелиноведу, о своих незабываемых впечатлениях в связи с великолепными ответами на экзамене студента К.Д. Кавелина.

На втором курсе К. Кавелин с возрастающим интересом слушает лекции профессора римской словесности Д.Л. Крюкова и профессора истории русского права Ф.Л. Мирошкина, у которого напишет прекрасную курсовую работу «Об иностранных колонистах в России».

Общительный и жизнерадостный студент, отстраняясь от скучного круга своих мелкопоместных родственников, погрязших в болоте обыденного сознания и обломовского бытия, заводит новые знакомства, в первую очередь с товарищами по университету – филологами, историками, юристами. Они сами тянутся к Константину Кавелину, чувствуя его одаренную, добрую и отзывчивую натуру. Это – Д.А. Валуев, братья В.А. и Н.А. Елагины (сыновья А.П. Елагиной от первого брака), П.В. Киреевский (сын А.П. Елагиной от второго брака), Д.Д. Шумахер, А.Н. Попов, П.С. Строганов (сын попечителя университета графа С.Г. Строганова), Л.Л. Левицкий, М.И. Стахович, А.Ф. Быков и др. Большинство из них прославят свое имя в научной, литературной или общественной деятельности. Более тесные и теплые отношения у К. Кавелина устанавливаются с теми, кто вход в литературно-философский салон А.П. Елагиной, ставший для лучшей части московской молодежи вторым университетом. Особенно он дружен с В.А. Елагиным, сверстником и однокурсником.

Кроме того, в шумной и мыслящей студенческой среде стихийно образуются свои компании и кружки, в которых не утихают юношеские споры о волнующих проблемах науки и искусства, французской и немецкой философии, зарубежной и русской литературы. Социальные и политические вопросы, относящиеся к тяжелой российской действительности, в условиях торжествующей реакции и усиливающейся николаевщины предпочитали не обсуждать, а если приходилось, то – в узком кругу своих единомышленников. К тому же наводившая мистический страх и ужас жандармерия не дремала, служа «верой и правдой» своему главному папе, которого либеральные вольнодумцы в душе считали восточным деспотом и новым «Навуходоносором». Россия была под контролем. Главными контролерами являлись «мундиры голубые». Все мыслящие люди, даже далеко не робкого десятка, пытались хоть как-то скрыться от их «всевидящего глаза», от их «всеслышащих ушей». Казалась, опустевшая без декабристов вольнолюбивая страна говорила шепотом. Но она продолжала мыслить. Говорить свободно и смело можно было в кругу единомышленников, близких друзей и надежных товарищей. Поэтому и создавались (возможно, на подсознательном уровне) различного рода литературно-философские и иные кружки. Известно, что любой охотник должен обладать двумя качествами:

смелостью и осторожностью. Это требование можно отнести и к так называемым охотникам поговорить. «Смелых» осудили, казнили или отправили в Сибирь. Остались «осторожные». Вертикаль власти могла в любое время вздернуть безумно храбрых и неосторожных мыслителей и деятелей на виселицу, как это было с пятью декабристами.

Декабризм, возникнув как политический феномен, всегда жил и останется жить в русском общественном сознании. Декабристы – лучшие сыны прогрессивной, демократической и гуманной России. Они – совесть нации. А лучшие из лучших – пятеро казненных. Власть попыталась их наказать, унижить и предать забвению. Однако получилось все наоборот. 13 июля 1826 г. их повешенные тела гордо возвысились над николаевской Россией – «страной рабов, страной господ». Их слава бессмертна. Они навеки остались в памяти народной. Их тела, повисшие в воздухе, как вопросительные знаки, воспринимались как немой укор и призыв к «немытой России». Они, уходя в вечность, словно ждали честного ответа на поставленный ими вопросительный знак. И каждый, кто видел и понимал, что «господа» загнали российский народ в рабство, как скот в стойло, должен был, хотя для себя, ответить на трагический вопрос: быть или не быть? Славные и незабываемые имена великомучеников и героев свободы жили в сознании студенчества и молодых патриотов, пробуждая одновременно благородное чувство мести и понятный инстинкт самосохранения. Молодая Россия (круг Н.В. Станкевича, В.Г. Белинского, А.И. Герцена, А.С. Хомякова, К.Д. Кавелина и др.) искала ответы на больные (как старые, так и новые) вопросы русской жизни, от решения которых зависело будущее огромной державы. Среди них наиболее актуальными, острыми и трудными были три проблемы. Они, как вулканы, периодически просыпаясь, волновали крепостническую, самодержавную и многонациональную империю. Это – вечные проблемы русской жизни: крестьянский, конституционный и национальный вопрос. Их возможное решение легко укладывалось и угадывалось в революционных лозунгах свободолюбивой Франции, открывшей для человечества новые пути политического развития: свобода, равенство и братство. Либерально настроенная молодежь, отвергая в принципе революционный путь, чреватый кровавой робеспьеровской диктатурой, искала философский ключ к иному, мирному, компромиссному решению коренных проблем раскрепощения России. Лидеры либеральной молодежи, образованные гуманисты и умеренные патриоты, искренне желали благоденствия и стабильности для своего Отечества.

В среде московского студенчества наибольший интерес и острые споры вызывала входящая в моду философия Гегеля, которую активно пропагандировали его непосредственные ученики и последователи – молодые профессора во главе с П.Г. Редкиным, Д.Л. Крюковым, Н.И. Крыловым. Благодаря прогрессивным университетским преподавателям, маститым и молодым, их плодотворной научной и литературной деятельности интеллектуальная жизнь Москвы в 30-40-х годах заметно оживилась. Студенческая молодежь, постепенно освобождаясь от прежнего плена утопических идей французских мыслителей-социалистов, все больше увлекалась покорением головокружительных вершин серьезной немецкой философии и постижением гегелевского «мирового разума». Консервативное университетское начальство благожелательно наблюдало за эволюцией научных интересов учащейся молодежи, пока

одним из них диалектика Гегеля не была понята и истолкована как «алгебра революции».

В студенческой среде были чрезвычайно популярными литературные кружки, представлявшие собой своеобразные клубы по интересам. К.Д. Кавелин и А.А. Григорьев являлись лидерами одного из таких студенческих кружков. В него входили будущие ученые, поэты и государственные деятели России: С.С. Иванов, А.В. Новосильцев, Я.П. Полонский, С.М. Соловьев, В.А. Черкасский, А.А. Фет и другие. Позднее поэт А.А. Фет оставил теплые воспоминания о своем друге А.А. Григорьеве, талантливом поэте и литературном критике. С ним его роднила, несмотря на противоположность характеров, глубокая любовь к поэзии. А.А. Фет отметил чрезвычайную начитанность и феноменальную память студента С.М. Соловьева, аккуратно посещавшего все лекции и умудрявшегося записывать их, его трудолюбие и доброту: подрабатывая частными уроками, он часто выручал из беды нуждавшегося поэта, давая денег взаймы. Конечно же, когда собиралась дружная гурьба редких оригиналов, эрудитов и острословов, то «стоял стон от разговоров, споров и взрывов смеха». Мемуарист не забудет и нашего героя, дав ему лапидарную характеристику: «С великим оживлением спорил, сверкая очками и темными глазками, кудрявый К.Д. Кавелин, которого кабинет в доме родителей являлся в свою очередь сборным пунктом нашего кружка».⁵

А.И. Герцен в своих воспоминаниях справедливо заметит, что такие «юные» столкновения, живой обмен мнений, горячие споры о прочитанном и пережитом в определенном смысле развивали студентов больше, чем лекции и практические занятия в аудиториях. Более того, передовые профессора Московского университета установили добрую традицию, приглашая одаренных слушателей по воскресеньям к себе домой (и эту славную традицию московских преподавателей будет успешно продолжать и К.Д. Кавелин, став профессором). Студенты охотно принимали такие приглашения. Им бесконечно нравились подобные встречи за чашкой чая у хлебосольных профессоров. Молодежь ощущала особый комфорт в их уютных кабинетах с богатой домашней библиотекой, привлекавшей внимание редкими фолиантами, интересными книгами и новинками. Такие непринужденные беседы в необычной обстановке превращались в своеобразные курсы и лабораторию интенсивного развития творческих способностей студенческой элиты. В условиях крепостнической и жандармской действительности николаевской России либеральные профессора на свой страх и риск обучали молодежь мыслить и анализировать, проповедуя идеи гуманизма, демократизма и просветительства. И не случайно эмигрант А.И. Герцен в «Былом и думах» с легкой мефистофельской улыбкой писал о них следующее: «профессора, способствовавшие своими лекциями развитию Лермонтова, Белинского, И. Тургенева, Кавелина, Пирогова, могут спокойно играть в бостон и еще спокойней лежать под землей»⁶. Здесь важно также отметить, что К.Д. Кавелин поставлен в один ряд с гениальными мыслителями и деятелями России.

В 1839 г. К. Кавелин на последнем, четвертом курсе под руководством проф. Н.И. Крылова пишет научную работу по объявленной на факультете теме «О римском владении». В конкурсе участвовал и его однокурсник А.Н. Попов, в будущем известный историк и общественный деятель. Работу К.Д. Кавелина признали лучшей. Наш герой награждается золотой медалью, став-

шей блистательным итогом и символической точкой на скрижалях золотых лет его студенчества.

Примечания

1. Кантор В.К. К.Д.Кавелин // Кавелин К.Д. Наш умственный строй. М., 1989. С.3; Его же. К.Д. Кавелин // Российский либерализм: идеи и люди / Под общ. ред. А.А.Кара-Мурзы. М., 2007. С. 175-181.
2. Петров Ф.А. К.Д. Кавелин в Московском университете. М., 1997. С. 132.
3. Корсаков Д.А. Константин Дмитриевич Кавелин. Материалы для биографии, из семейной переписки и воспоминаний // Вестник Европы. 1886. № 6. С. 448.
4. Симонов И.С. К.Д. Кавелин – учитель. СПб., 1910. С.4.
5. Фет А.А. Воспоминания. М., 1983. С. 139.
6. Герцен А.И. Былое и думы // Соч.: В 9 т. М., 1956. Т. 4. С. 124.

Честных Н. Н.
прокурор отдела прокуратуры
Московской области

КОНСТИТУЦИОННЫЙ ПРИНЦИП РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ И ПРОБЛЕМА ФУНКЦИОНАЛЬНОГО АНАЛИЗА МЕСТА ПРОКУРАТУРЫ В СИСТЕМЕ РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ

Chestnih N.N.

fail the Public Prosecutor of the Moscow area.

Constitutional principle of government division and functional analysis of procuracy place in the system of government division in up-to-date Russia

The article is dedicated to investigation of procuracy place in the system of Russian Authorities taking in account its functions implementation. The main issue is Russian procuracy general functions are matched with various functions of Executive Government.

Разделение властей на законодательную, исполнительную и судебную, провозглашенное конституциями подавляющего большинства государств мира, органически, имманентно присущее природе власти государства, формировалось в теории и на практике на протяжении длительного времени исторического развития общества. Принцип разделения властей является характерной чертой правового государства. Современная Россия восприняла его в качестве основы демократического правового государства с республиканской формой правления. Принцип разделения властей лежит в основе конституционного строя Российской Федерации и является гарантией взаимного контроля за законностью деятельности ветвей власти, одной из главных предпосылок обеспечения политической свободы, прав человека и гражданина.

Согласно статье 10 Конституции РФ, единая государственная власть в Российской Федерации осуществляется на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную. В литературе высказываются мнения о необходимости выделения других ветвей власти: контрольной, избирательной, учредительной, президентской и даже прокурорской. Не вдаваясь в подробное рассмотрение обозначенных точек зрения, отметим, что, на наш взгляд, они довольно спорны и зачастую не всегда обоснованны. Представляется, что провозглашенное Конституцией РФ функциональное разделение государственной власти на законодательную, исполнительную и судебную ветви является оптимальным принципом построения государственной власти. Любой вид государственной деятельности так или иначе оказывается в сфере компетенции одной из трех ветвей власти классической триады. Это означает, что любой орган государственной власти России функционально обязательно входит в одну из ветвей власти, установленных Конституцией РФ. Между тем, Основной закон

России упоминает ряд государственных органов – Президента РФ, Прокуратуру РФ, Уполномоченного по правам человека РФ, Центральный банк РФ, Счетную палату РФ - не определяя их места в системе разделения властей Российской Федерации.

Обозначение реального места и статуса любого органа государственной власти, в частности прокуратуры, в системе разделения властей Российской Федерации является не просто формальной необходимостью отнесения ее к какой-либо ветви власти. Решение данной проблемы представляется концептуальным в плане уяснения сущностного предназначения прокуратуры в современном российском государстве, определения необходимого объема и характера полномочий, которыми прокуратура должна быть наделена в рамках реализации стоящих перед ней целей и задач, нахождения путей совершенствования ее организации и деятельности в условиях стремительно изменяющихся общественных отношений.

Исследование обозначенной проблемы применительно к любому органу государственной власти возможно в различных аспектах, наиболее значимыми среди которых являются организационный и функциональный. Данная статья посвящена функциональному анализу деятельности прокуратуры с точки зрения теории разделения властей.

Статья 129 Конституции РФ определяет основные принципы организации системы прокуратуры, при этом относя определение вопросов полномочий и порядка деятельности прокуратуры к федеральному закону. В настоящее время таким законом является Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации»¹. В соответствии со статьей 1 этого Закона, прокуратура осуществляет следующие функции: 1) прокурорский надзор; 2) уголовное преследование; 3) координацию деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью; 4) участие в рассмотрении дел судами; 5) участие в правотворческой деятельности. Рассмотрим обозначенные направления деятельности прокуратуры подробнее.

В соответствии с ч. 1 ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», прокуратура определяется как «единая федеральная централизованная система органов, осуществляющих от имени Российской Федерации надзор за соблюдением Конституции Российской Федерации и исполнением законов, действующих на территории Российской Федерации». Из определения прямо вытекает, что прокурорский надзор является главной функцией прокуратуры. При этом в юридической литературе данная функция является наиболее дискуссионной в плане определения ее сущности как вида государственной деятельности.

Ряд авторов считает прокурорский надзор особой формой государственной деятельности². На наш взгляд, более правильно рассматривать прокурорский надзор как особую форму контрольной деятельности государства, соотносить понятия «государственный контроль» и «прокурорский надзор» как общее и частное³. При этом термин «контроль» следует понимать в широком смысле, т.е. как одну из форм государственного управления, включающего в себя, помимо контроля, законодательствование, исполнительно-распорядительную (административную) деятельность государства и правосудие. Между тем, в юридической литературе довольно часто при сопоставлении прокурорского надзора и государственного контроля вольно или невольно под контро-

лем подразумевается форма реализации государственного управления в узком смысле, которое по своему содержанию является административной деятельностью органов исполнительной власти, что приводит к ошибочным выводам относительно сущности прокурорского надзора⁴. Контроль пронизывает весь процесс государственного управления и присущ в той или иной степени органам всех ветвей государственной власти Российской Федерации, а не только исполнительным органам государства.

Государственный контроль представляет собой деятельность органов государственной власти, направленную на систематическое и всестороннее отслеживание и корректировку принятия и реализации актов государственного управления. Важнейшими формами этих актов выступают Конституция РФ и законы, а следовательно, одной из фундаментальных целей государственного контроля является обеспечение их соблюдения и исполнения в рамках государственного управления. Учитывая, что прокурорский надзор предназначен для обеспечения соблюдения Конституции РФ, исполнения законов, соблюдения прав и свобод человека и гражданина, закрепленных в этих нормативно-правовых актах, становится понятным, почему мы рассматриваем прокурорский надзор как форму осуществления государственного контроля. Важным аргументом в пользу такой точки зрения является результат сопоставления положений п. «а» ст. 71 Конституции РФ, относящего «контроль за соблюдением Конституции РФ и законов» к ведению Российской Федерации, и ст. 1 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», в соответствии с которой целью прокурорского надзора является именно обеспечение «соблюдения Конституции РФ и законов».

Учитывая, что контрольные функции присущи органам и законодательной, и исполнительной, и судебной ветвей власти, необходимо четко определить, к сфере контрольной компетенции какой из них наиболее близок прокурорский надзор по своей сущности.

Анализ норм Конституции РФ и федерального законодательства показывает, что деятельность подавляющего большинства субъектов правоотношений: государственных органов исполнительной власти, органов местного самоуправления, руководителей и органов управления коммерческих и некоммерческих организаций - является общей сферой прокурорского надзора и контроля органов всех ветвей власти. Следует, правда, отметить ряд особенностей. Так, парламентский контроль не распространяется на оперативно-розыскную и уголовно-процессуальную деятельность органов дознания и следствия, в отличие от судебного контроля, прокурорского надзора и ведомственного контроля органов дознания и следствия, входящих в исполнительную ветвь власти. Характерной чертой контроля исполнительных органов является то, что в его сферу входит деятельность физических лиц, что не свойственно контрольной деятельности российского парламента, судов, а также прокурорскому надзору. Особенностью судебного контроля (надзора)⁵ является то, что он распространяется на деятельность абсолютно всех государственных органов, в том числе Президента РФ и нижестоящих судов. Наконец, только органы прокуратуры и суды осуществляют надзор (контроль) за деятельностью законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов РФ. Таким образом, пределы прокурорского надзора во многом совпадают со сферой контрольной (надзорной) деятельности органов исполнительной и судебной власти

и намного шире пределов парламентского контроля в связи с тем, что оперативно-розыскная и уголовно-процессуальная деятельность органов дознания и следствия, составляющие важнейшую сферу прокурорского надзора, не входит в пределы парламентского контроля.

Предмет прокурорского надзора – законность (конституционность) деятельности поднадзорного субъекта и издаваемого им акта – аналогичен предмету судебного контроля (надзора). Применительно же к парламентскому контролю и контролю, осуществляемому органами исполнительной власти (административному контролю), необходимо подчеркнуть, что обеспечение законности является их важнейшей, но не единственной целью. Помимо законности в предмет этих видов контрольной деятельности государства входят также целесообразность, эффективность, политическая обоснованность, социальная справедливость и т.д., т.е. характеристики, находящиеся вне предмета прокурорского надзора.

Важнейшим критерием сопоставления прокурорского надзора и других видов государственного контроля является форма их осуществления. Судебный контроль (надзор) как один из видов осуществления правосудия реализуется исключительно в процессуальных формах. Парламентскому контролю, наоборот, процессуальная форма не присуща. В рассматриваемом аспекте прокурорский надзор имеет наибольшее сходство с контролем, осуществляемым органами исполнительной власти. Формы их осуществления идентичны: процессуальная – в административно-процессуальной и уголовно-процессуальной сферах и непроцессуальная – в остальных сферах.

Рассмотрев в сравнении границы и формы осуществления прокурорского надзора и государственного контроля трех конституционных ветвей власти, необходимо также провести сопоставление характера полномочий, осуществляемых в рамках этих видов государственной деятельности. Важной особенностью судебного и административного контроля является их императивно-властный характер. В процессе контрольной деятельности органы судебной и исполнительной ветвей власти принимают решения, обязательные для исполнения всеми субъектами правоотношений, к которым они направлены. Полномочия, осуществляемые в рамках прокурорского надзора так же, как и в рамках парламентского контроля, такими свойствами не обладают. Исключение составляют сферы прокурорского надзора за оперативно-розыскной и уголовно-процессуальной деятельностью органов дознания, а также деятельностью администраций органов и учреждений, исполняющих наказание и применяющих назначаемые судом меры принудительного характера, администраций мест содержания задержанных и заключенных под стражу.

Итак, прокурорский надзор по своим сущностным характеристикам имеет наибольшие сходства с судебным контролем (надзором) и контролем, осуществляемым исполнительными органами власти как единой системой. Справедливости ради необходимо подчеркнуть, что определенные аналогии прокурорского надзора прослеживаются и с парламентским контролем, но при этом надзор обладает особенностями, которые не могут быть свойственны последнему в рамках концепции разделения властей. Чрезвычайно важной отличительной особенностью прокурорского надзора и судебного контроля, которая их роднит, является идентичность предмета – законность деятельности поднадзорного (подконтрольного) субъекта правоотношений. Представляется, что

именно это обстоятельство во многом дает некоторым авторам основание считать прокурорский надзор разновидностью судебного контроля⁶. Но нельзя забывать, что судебный контроль является формой осуществления правосудия⁷, в соответствии с ч. 1 ст. 118 Конституции РФ являющимся исключительно прерогативой суда и осуществляющимся только в процессуальной форме, которая свойственна прокурорскому надзору только в уголовно-процессуальной и административно-процессуальной сферах. Все это позволяет сделать вывод, что прокурорский надзор как вид государственного контроля осуществляется преимущественно в рамках контрольной деятельности исполнительной ветви государства.

В соответствии с п. 55 ст. 5 Уголовно-процессуального кодекса РФ под уголовным преследованием понимается «процессуальная деятельность, осуществляемая стороной обвинения в целях изобличения подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления». Анализ положений УПК РФ позволяет прийти к выводу, что законодатель вложил в понятие «уголовное преследование» весь объем процессуальной деятельности органов, осуществляющих дознание, предварительное следствие, а также органов прокуратуры как в досудебной, так и в судебной стадии производства по уголовному делу. Более того, субъектами уголовного преследования оказались частный обвинитель, потерпевший и даже гражданский истец. Представляется, что такое расширительное понимание рассматриваемой функции государства применительно к уголовно-процессуальной деятельности обозначенных органов не совсем обоснованно. На наш взгляд, реализация функции уголовного преследования, осуществляемая органами дознания, предварительного следствия и прокуратурой, начинается с момента поступления в эти органы информации о совершенном преступлении, а заканчивается моментом направления прокурором уголовного дела в суд с обвинительным заключением или же моментом прекращения уголовного дела в досудебной стадии его рассмотрения. В суде же, как правильно отмечает С.А.Осипян, не может быть «преследователя», здесь прокурор реализует функцию государственного обвинения, которая не может быть отождествлена с функцией уголовного преследования⁸. Исходя из этого, под уголовным преследованием мы рассматриваем осуществление предварительного расследования преступлений органами дознания и следователями, а также процессуальное руководство прокурорами этой деятельности в пределах установленной законом компетенции в рамках досудебной стадии уголовного судопроизводства.

В Российской Федерации уголовное преследование, помимо органов прокуратуры, находится в компетенции исключительно органов исполнительной власти (органов внутренних дел, федеральной службы безопасности и др.). В царской и советской России, когда не признавалась концепция разделения властей, предварительное расследование по уголовным делам осуществлялось различными государственными органами, выполнявшими преимущественно исполнительные функции государства (полицией, следственными комиссиями ВЧК, следователями при органах юстиции, органами государственной безопасности, внутренних дел и т.д.). Даже судебные следователи, учрежденные в 1860-х гг., несмотря на название и нахождение при судах, не входили структурно в состав судов, будучи должностными лицами министерства юстиции, т.е. органа, осуществляющего исполнительно-распорядительные функции. Необходимо, правда, отметить, что в соответствии с Декретом СНК РСФСР от

24 ноября 1917 г. «О суде»⁹, предварительное следствие возлагалось на местных судей, но данные полномочия судьи осуществляли меньше года. За рубежом осуществление уголовного преследования является преимущественно прерогативой также исполнительных органов (полиции, органов безопасности, специальных следственных органов и др.). В некоторых странах уголовное преследование осуществляется органами судебной власти: судебными следователями, органами прокуратуры (в случае рассмотрения ее в качестве элемента судебной власти). Анализ уголовно-процессуального законодательства России позволяет также выявить определенные сходства между судебным следствием в рамках судебного разбирательства уголовного дела и предварительным расследованием преступлений: оба вида деятельности реализуются исключительно в рамках УПК РФ, осуществление их подразумевает проведение аналогичных следственных действий, избрание мер пресечения и т.д. Но при этом их нельзя отождествлять, несмотря на все их сходства. Фундаментальным отличием этих видов деятельности является то, что субъектом предварительного расследования является государственный орган как сторона обвинения, которая стремится изобличить подозреваемого, обвиняемого в совершении преступления, в то время как судебное следствие осуществляется судом, являющимся независимым и от стороны обвинения, и от стороны защиты, в целях проверки материалов, собранных в ходе предварительного расследования, а также сбора новых материалов по ходатайству сторон для решения вопроса о виновности или невиновности подсудимого. На наш взгляд, характерной чертой функции уголовного преследования является ее обвинительный уклон, который не может быть присущим деятельности судебных органов.

Итак, анализ действующего уголовно-процессуального законодательства, мировой и отечественный опыт реализации уголовного преследования органами государственной власти позволяют прийти к выводу, что наиболее обоснованным является отнесение этой функции к сфере деятельности исполнительной ветви власти государства.

Координация¹⁰ деятельности органов государственной власти осуществляется для обеспечения необходимого уровня сотрудничества органов, единства их совместных действий для облегчения реализации функций государства. Координационная функция не присуща органам законодательной и судебной власти. Во многом это объясняется тем, что в своей деятельности органы этих ветвей государственной власти абсолютно независимы друг от друга внутри систем как по горизонтали, так и по вертикали, в то время, как координация подразумевает определенную подчиненность и (или) подконтрольность координируемых субъектов координирующему их субъекту. Следует, правда, отметить, что в соответствии с ч. 2 ст. 80 Конституции РФ, Президент РФ обеспечивает согласованное функционирование и взаимодействие (т.е. координацию деятельности) всех, в том числе законодательных и судебных, органов государственной власти. Но осуществление данной функции Президентом РФ по общему руководству государством несколько не ограничивает независимость законодательных и судебных органов, а является необходимым условием обеспечения единства государственной власти в рамках концепции разделения властей.

Координация является важнейшей функцией государственного управления как формы практической реализации исполнительной власти. Эффектив-

ное государственное управление в той или иной сфере жизнедеятельности общества и государства возможно только при обеспечении согласованного функционирования органов исполнительной власти, отличающихся существенной специализацией деятельности. Анализ законодательства показывает, что в сфере борьбы с преступностью координацию деятельности органов исполнительной власти, помимо прокуратуры, осуществляют Президент РФ и Правительство РФ. Учитывая же, что все правоохранительные органы (органы внутренних дел, органы федеральной службы безопасности, органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ, органы таможенной службы и др.) входят в систему органов исполнительной власти государства, следует признать, что функция координации деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью, осуществляемая прокуратурой, по своей сущности очень близка к аналогичной деятельности Президента РФ и Правительства РФ, т.е. исполнительной власти, в этой сфере.

Функция участия прокуратуры в рассмотрении дел судами неразрывно связана с деятельностью судов. Сущность данной деятельности выражается в представлении прокуратурой интересов государства и общества в судебном разбирательстве дел различных категорий (уголовных, гражданских, арбитражных и дел об административных правонарушениях) в качестве стороны судебного процесса. При этом прокурор имеет такие же процессуальные права, как и оппонирующая ему сторона (подсудимый, гражданский ответчик, лицо, в отношении которого возбуждено дело об административном правонарушении и др.). Следует также отметить, что прокурор, являясь заинтересованной стороной по делу, обязан содействовать правосудию в вынесении судом законного, обоснованного и справедливого решения, реагируя на все возможные нарушения законности в рамках судебного процесса.

Таким образом, рассматриваемая функция имеет двоякий характер. С одной стороны, органы прокуратуры выступают в качестве стороны судебного процесса, заинтересованной в вынесении судом решения в ее пользу. Анализ российского законодательства показывает, что применительно к деятельности государства в аналогичной роли выступают только органы исполнительной власти¹¹. Это вполне объяснимо, так как, по нашему убеждению, законодательные и судебные органы государственной власти по своей сущности не могут быть сторонами в судебном процессе.

С другой стороны, прокурор содействует реализации судами функции правосудия, во многом обеспечивая законность и обоснованность выносимого судом решения. Здесь можно проследить связь с судебной властью.

Таким образом, функция участия в рассмотрении дел судами реализуется на стыке деятельности исполнительной и судебной власти, применительно к российскому законодательству больше тяготея в сторону компетенции исполнительной власти.

Функция участия в правотворческой деятельности не является определяющей в плане исследования места прокуратуры в системе разделения властей. В соответствии со ст. 9 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», прокурор при установлении в ходе осуществления своих полномочий необходимости совершенствования действующих нормативных правовых актов вправе вносить в законодательные органы и органы, обладающие правом законодательной инициативы, соответствующего и нижестоящего уровней предло-

жения об изменении, о дополнении, об отмене или о принятии законов и иных нормативных правовых актов. Более того, конституции и уставы многих субъектов Российской Федерации предусматривают право органов прокуратуры на законодательную инициативу на уровне субъектов Федерации. Но данное полномочие не является чем-то исключительным, присущим органам определенной ветви государственной власти. В соответствии с ч. 1 ст. 104 Конституции РФ, правом законодательной инициативы обладают Президент РФ, Совет Федерации РФ и его члены, депутаты Государственной Думы РФ, Правительство РФ, законодательные (представительные) органы субъектов РФ, а также Конституционный Суд РФ, Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ (по вопросам ведения этих судов), т.е. органы всех ветвей государственной власти. Правом же внесения в законодательные органы и органы, обладающие правом законодательной инициативы, соответствующего и нижестоящего уровней предложений об изменении, о дополнении, об отмене или о принятии законов и иных нормативных правовых актов обладают не только все органы государственной власти, но и органы местного самоуправления, коммерческие и некоммерческие организации, а также граждане, т.е. все субъекты правоотношений.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод, что основные функции, осуществляемые российской прокуратурой, так или иначе сопоставимы с различными видами деятельности системы государственных органов исполнительной власти, хотя при этом и имеют определенное сходство с функциями судебной власти.

Примечания

1. Российская газета. 1992, 18 февр. (с последующими изменениями и дополнениями).
2. См., напр.: Мельников Н.В. Конституционные основы организации и деятельности прокуратуры России. М., 2000. С.164; Костенко Н.И. Место прокуратуры в государственном механизме // Государство и право. 1995. №11. С.19 и др.
3. Подробнее об этом см.: Бахрах Д.Н. Административное право. М., 2001. С.267; Бобылев А.И., Горшкова Н.Г., Ивакин В.И. Исполнительная власть в России: теория и практика ее осуществления. М., 2003. С.215; Авакьян С.А., Барабашов Г.В. Советы и совершенствование деятельности местных контрольных органов // Вестник МГУ, Право. 1984. №1. С.4 и др.
4. См., напр.: Мельников Н.В. Указ. соч. С.78-79; Рохлин В.И. Прокурорский надзор и государственный контроль: история, развитие, понятие, соотношение. СПб., 2003. С.187-189 и др.
5. Здесь имеется в виду и конституционный надзор.
6. См.: Тарасов А.М. Президентский контроль: понятие и система. Учебное пособие. СПб., 2004. С.75.
7. См.: Судебная власть / Под. ред. И.Л.Петрухина. М., 2003. С.23.
8. См.: Осипян С.А. Российский федерализм и конституционно-правовой статус прокуратуры: концептуальные проблемы: конституционно-правовое исследование. М., 2005. С.481-483.
9. См.: Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы. В 6 томах. Т.V. Советское государство. М., 2003. С.46-48.
10. Здесь и далее подразумевается внешняя координация. Существует также внутренняя координация, представляющая собой объединение усилий структурных подразделений органа государственной власти, направленное на осуществление функций этого органа.
11. Справедливости ради следует отметить, что компетенция органов прокуратуры в суде, особенно в уголовном процессе, значительно шире полномочий органов исполнительной власти. Так, только от прокурора зависит возможность осуществления дознавателями и следователями исполнительных органов поддержания государственного обвинения по уголовным делам в суде, только прокурор может опротестовать противоречащий закону приговор суда по уголовным делам от имени государства и др.

ЧАСТНОЕ ПРАВО И ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВО

Прокопенко О.П.
кандидат юридических наук

ГРАЖДАНСКИЙ КОДЕКС РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И МЕХАНИЗМЫ ОХРАНЫ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА

Prokopenko Olga Pavlovna
candidate of jurisprudence sciences

In clause there are problems of definition of the right to inviolability of product from distortions are investigated; interpretation of concept Use of product. The conclusion about necessity of change of some positions of the Civil code of the Russian Federation is formulated.

Четвертая часть ГК РФ, о необходимости которой так долго говорили законодатели, наконец действует. Актуальность ее принятия обусловлена не только проблемами правоприменителей, но и отсутствием четких и единообразных механизмов охраны интересов правообладателей. Эти и многие другие аспекты требовали коренного изменения законодательства в сфере интеллектуальной собственности.

В Российской Федерации такая проблема могла быть решена принятием единого Кодекса об авторском праве и интеллектуальной собственности или введением в действие еще одной самостоятельной части ГК РФ¹.

Часть четвертая ГК РФ направлена на полную кодификацию законодательных норм в сфере интеллектуальной собственности. В ней содержатся общие положения, относящиеся ко всем результатам интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации.

Конечно, объективной новизной обладают нормы, регулирующие правоотношения в сфере прав на секреты производства (ноу-хау) и прав на фирменное наименование, которые до настоящего времени не подлежали законодательному регулированию.

Вместе с тем, ряд аспектов в авторском праве не решен и сегодня: хочется остановиться на дискуссионных моментах, возникающих при толковании норм ГК РФ, применительно, в частности, к праву на неприкосновенность произведения от искажений.

Полагаем, что объем прав, принадлежащих автору, должен сохраняться в неизменном виде только у данного субъекта. Вместе с тем, не отрицаем возможности внесения определенных изменений и дополнений наследниками в авторские произведения (зачастую автор, создавший произведение, делится творческими замыслами с близкими людьми, которые после его смерти могут стать наследниками), но все такие изменения (вне зависимости от назначения и цели) должны быть обозначены при издании произведения.

Ведь, по сути, право защиты репутации автора предусматривает лишь минимальную защиту, установленную еще ст. 6 bis Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (от 24.07.71 г., с изменениями от 28.09.79 г.), участницей которой является Российская Федерация. Но в то же время ст. 19 указанной конвенции не запрещает России установить более широкое и уточненное толкование этого права. Ранее в российском законодательстве было закреплено право на неприкосновенность произведения, которое объединяло два правомочия: право на защиту репутации автора и право на переработку. Хотя данное право и носило «пассивный» характер, тем не менее, оно могло применяться в безусловном порядке.

В ст. 1266 ГК РФ право на защиту репутации автора определяется как право препятствовать всякому извращению, искажению или иному изменению произведения или его части, включая его название или другому посягательству, способному нанести ущерб репутации автора. По мнению А.О. Мелузовой, такая формулировка точнее характеризует противоправное действие, от которого должно быть защищено любое произведение².

На наш взгляд, позиция законодателя сужена до противоправного действия, влекущего нарушение целостности авторского произведения. Для наследников, например, важным представляется не только недопущение искажения в произведении; главное – не допустить другими субъектами искажения общественной оценки автора, сформировавшейся при его жизни³.

Таким образом, при реализации данного права наследниками основным является «пролонгация воли наследодателя» в отношении права на неприкосновенность произведения. Соответственно, вопрос о возможности или невозможности совершения определенных действий наследниками в отношении неприкосновенности произведения должен корреспондироваться действиям (бездействиям) самого автора. В случае же, если при жизни автора произведение так и не было обнародовано, то наследники реализовать свои полномочия могут, но только в том случае, если реализация их не нанесет вреда репутации автора. Например, с согласия наследников могут вноситься изменения определенного рода в литературные и архитектурные произведения. М.А. Мирошникова считает⁴, что для внесения изменений в произведения согласия наследников не требуется, так как их разрешение не имеет юридического значения. Следует заметить, что такое утверждение не совсем обоснованно: несомненно, что принадлежащее наследникам право носит охранительный, даже, можно предположить, ограничительный, характер; внесение же изменений, пусть даже и редакционного характера, может нанести ущерб репутации автора. «Пролонгация воли автора - наследодателя» в том и заключается, что никто, кроме как наследники автора, в первую очередь, не заинтересован в сохранении целостности произведения литературы.

В ст. 1229 ГК РФ нет легального толкования понятия «использование произведения». Кроме того, в ст. 1229 ГК РФ обозначены лишь конкретные действия, составляющие собирательный образ понятия «использование произведения»⁵. По мнению В.О. Калятина, любое использование произведения (с точки зрения авторского права) должно быть направлено, в конечном итоге, на доведение его до сведения другого человека. Использовать произведение можно только путем создания условия для восприятия произведения другими людьми. Исходя из этого, в самом общем смысле использование произведения

в авторско-правовом смысле можно определить как совершение действий, в результате которых к произведению открывается доступ для неопределенного круга лиц⁶.

Мы считаем возможным согласиться с таким утверждением. Именно создание условий для восприятия произведения другими лицами определяет, в конечном итоге, цель: доведение его до сведения другого человека. Действительно, даже при обычном исполнении или публикации произведения возможно только надеяться, что произведение будет воспринято другим человеком. Автор не в силах направлять или препятствовать продолжению данного процесса.

Э.П. Гаврилов считает, что перечень форм и способов использования произведения, которые охватываются авторским правом на использование произведения, является исчерпывающим⁷. На наш взгляд, мнение Э.П. Гаврилова дискуссионное, требует дополнительной аргументации.

Концепция А.П. Сергеева⁸ свидетельствует, что перечислены лишь типичные случаи использования произведения. Данный перечень рассчитан на усредненный объект авторского права - произведение, отвечающий двум признакам. Таким образом, отсутствует дифференциация имущественных прав в отношении конкретных объектов.

Использование объектов интеллектуальной собственности осуществляется на основе лицензионных договоров (ст. ст. 1235-1239, 1286 ГК РФ). По сути, такой договор является способом передачи правообладателя приобретателю определенной совокупности прав на использование данного произведения в пределах и на условиях, согласованных сторонами.

Необходимо констатировать факт, в силу которого заключение такого договора для автора и иных правообладателей не всегда является особо выгодным: поскольку большинство лицензионных договоров носит типовой характер, то и нарушения, наблюдаемые в данных договорах, носят, во-первых, однотипный и, во-вторых, массовый характер. К сожалению, правообладатель объекта интеллектуальной собственности часто не в силах вникнуть в сложную юридическую конструкцию такого акта.

Вместе с тем, новых инструкций по разработке, характеристике и особенностях применения лицензионных договоров не разработано.

Необходимо остановиться на характеристике ст. 1302 ГК РФ «Обеспечение иска по делам о нарушении авторских прав».

В сфере полиграфии и книгоиздательства доля контрафактной продукции составляет 70 процентов. Как правило, это происходит за счет незаконного допечатывания тиражей или издания переведенных без разрешения правообладателей книг.

На территории России действует свыше 30000 предприятий, осуществляющих свою деятельность в сфере оборота интеллектуальной собственности, в том числе в сфере печатной продукции на территории Российской Федерации действует около 2500 издательств («Молодая Гвардия», «Просвещение», «Весь Мир», «Дрофа», «ИНФРА-М» и др.). Законодательные нормы позволяют практически каждому гражданину, с соблюдением определенных требований, открыть свое издательство, но какие произведения, какими тиражами, с чьего согласия печатают многие из таких издательств, остается загадкой даже для правоохранительных органов.

Наследница Вера Михайловна Зощенко обратилась в Российское авто-

рское общество с просьбой о помощи при разрешении следующего конфликта: издательство «Лимбус пресс» выпустило аудиокнигу с использованием произведений М.М. Зощенко. Но наследники, до указанного тиражирования, 19 октября 2003 г. расторгли договор в одностороннем порядке: из заявления наследницы: «...Лично! - это можно сделать по договору о передаче управления имущественными правами автора на коллективной основе при публичном исполнении литературных произведений с текстом или без»⁹.

Данное дело, как и сотни аналогичных дел, не разрешено, так как издательство прекратило свое существование.

Как должны производиться обеспечительные меры в сходных ситуациях, остается нерешенным. Необходимы, на наш взгляд, дополнительные, специфические способы обеспечения исковых требований о нарушении авторских прав.

На основании изложенных аргументов, авторская позиция по вопросам реализации эффективных механизмов охраны объектов авторского права сводится к следующему:

во-первых, следует в нормах ГК РФ закрепить основополагающие термины, отсутствие которых влечет неопределенность у правоприменителей;

во-вторых, необходимым является разработка инструкции, в которой должна содержаться форма и характерные особенности лицензионных договоров;

в-третьих, необходимо изменить редакцию ст. 1302 ГК РФ «Обеспечение иска по делам о нарушении авторских прав», включив в нее специальные обеспечительные меры, применяемые к конкретным объектам авторских прав.

Примечания

1. Это, конечно же, не все возможные пути законодательного изменения, но, возможно, боясь отсутствия действующих единых кодифицированных актов в данной сфере за рубежом, российский законодатель счел необходимым принять, а точнее, дополнить ГК РФ еще одной частью.
2. Мелузова А.О. Наследование авторских и смежных прав в Российской Федерации. Дисс. ... к.ю.н. – Москва, 2003. – С. 120.
3. Поэтому в целях установления максимальной защиты произведений наследодателя представляется целесообразным расширить применение норм по защите произведения от искажения, распространив данные нормы на любое искажение произведения, вне зависимости от того, наносит ли оно ущерб репутации автора или нет. Целесообразно также уточнить понятие «искажение произведения», определив, что именно может в него включаться: например, снабжение произведения иллюстрациями, послесловиями, комментариями и т.п.
4. Мирошникова М.А. Сингулярное правопреемство в авторских правах. - Санкт-Петербург: Издательство Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. - С. 84.
5. Единство экономической функции (функции обеспечения возможности участия соответствующего имущества в гражданском обороте) позволило институту авторского права конструировать субъективное право на использование произведения по образу и подобию права собственности.
6. Калятин В.О. Понятие использования произведения как основа формирования системы авторских правомочий // Право интеллектуальной собственности: Сб.науч.тр. / РАН. ИНИОН. Центр социальных науч.-информ. исслед. Отдел правоведения; Отв. ред. Афанасьева Е.Г. - М., 2004. - С. 22-24.
7. Гаврилов Э.П. Комментарий к Закону об авторских правах. - М.: фонд «Правовая культура», 1996. - С. 88.
8. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: Учебник - 2-ое издание перераб. и доп. М.: ТК Велби, 2004. - С. 181, 217.
9. Архив Российского авторского общества.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ МЕЖДУНАРОДНОГО АВТОМОБИЛЬНОГО ПЕРЕВОЗЧИКА ЗА УTRATУ ГРУЗА

Arapov A.S.

The liability of the international carrier by road for the loss of the goods

The cases of the violation of the covenant often occur during the process of the international carriage of goods by road. Due to the importance of this problem such points as bases of compensation in respect of total or partial loss of goods and the inequivalence of the Russian terms «убыток» (damage) and «ущерб» (loss) are reviewed in this article.

В 90-е годы XX века Россия вступила в период социально-экономических реформ, способствовавших развитию рыночных отношений и интеграции нашей страны в мировую экономическую систему. Данные процессы в стране не могли развиваться без радикальной перестройки всего транспортного комплекса и превращения транспорта в надежно работающую, безопасную систему. В настоящее время автомобильный транспорт – это один из важнейших элементов транспортного комплекса страны. По данным Ассоциации международных автомобильных перевозчиков, «в 2006 г. объем грузов, перевезенных автомобильным транспортом, уже составил около 36 млн. т»¹.

Международная автомобильная перевозка грузов является сложным процессом, в связи с чем нередко случаи неисполнения или ненадлежащего исполнения договорных обязательств участниками такой перевозки, что приводит к нарушению прав и интересов сторон в обязательстве. В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по договору одной из сторон виновная сторона может быть привлечена к гражданско-правовой ответственности. Основной целью привлечения к ответственности стороны, не исполнившей или ненадлежащим образом исполнившей свои обязательства по договору, является компенсация имущественных потерь, которые несет потерпевшая сторона.

Говоря о гражданско-правовой ответственности перевозчика, осуществляющего международные автомобильные перевозки грузов, необходимо учитывать, что она регулируется как нормами национального, так и международного права. Так, при осуществлении международной автомобильной перевозки грузов ответственность перевозчика регулируется, в том числе, Конвенцией о договоре международной дорожной перевозки грузов от 19 мая 1956 г.². Данная Конвенция применяется ко всякому договору дорожной перевозки грузов транспортным средством за вознаграждение, когда место принятия груза и место, предназначенное для доставки, указанные в договоре, расположены в двух разных странах, из которых хотя бы одна является участницей Конвенции, независимо от местожительства и национальности сторон. Необходимо учитывать, что языками Конвенции являются английский и французский,

тексты которых «имеют одинаковую юридическую силу, или как говорят, аутентичны»³. Русский язык не является языком Конвенции, в связи с чем при ее толковании и применении, в случае расхождения между текстами на русском и английском или французском языках, применяется текст на английском и (или) французском языке.

Указанная выше Конвенция регулирует, в том числе, ответственность сторон договора международной автомобильной перевозки груза. В частности, она устанавливает ответственность перевозчика за полную или частичную утрату груза, происшедшую с момента принятия груза к перевозке и до момента его доставки. Говоря о регламентации ответственности перевозчика, осуществляющего международные автомобильные перевозки грузов, необходимо отметить, что важную роль в этом вопросе играет размер возмещения нанесенного им ущерба. Обязанность перевозчика возместить ущерб, вызванный полной или частичной утратой груза, установлена статьей 23 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов. Однако необходимо различать такие понятия как «ущерб» и «убыток». В юридической литературе нет единого мнения касательно равнозначности данных понятий. С одной стороны, существует мнение, что понятие «ущерб» «следует считать равнозначным термину «убытки»⁴. Но, с другой – существует также мнение об отсутствии однозначного совпадения значений данных понятий. Примером может служить ситуация, когда «нарушение должником договорного обязательства не причинило ущерб имуществу кредитора, но лишило его возможности получить доходы, на которые он рассчитывал»⁵.

В юридической литературе «ущерб рассматривается как одна из составных частей убытков»⁶. На наш взгляд, под термином «ущерб» необходимо понимать реальные имущественные потери, которые несет потерпевшая сторона. К ущербу, например, не относятся неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Говоря о возмещении имущественных потерь, следует учесть, что в Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов установлено, что размер подлежащей возмещению суммы определяется на основании стоимости груза в месте и во время принятия его для перевозки. При этом словосочетание «подлежащей возмещению суммы» означает, что перевозчик не обязан восстанавливать первоначальное состояние груза (не предполагается возмещение ущерба в натуре), а должен возместить ущерб в денежном эквиваленте.

Основания для исчисления ущерба в денежном эквиваленте за полную или частичную утрату груза указаны в пунктах 1 и 2 статьи 23 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов.

Конвенцией установлено, что стоимость груза определяется на основании биржевой котировки, или, за отсутствием таковой – на основании текущей рыночной цены, или же, при отсутствии и той, и другой – на основании обычной стоимости товара такого же рода и качества. Таким образом, данной нормой установлен порядок определения стоимости груза. Отсюда следует, что при заявлении требований о возмещении ущерба, вызванного полной или частичной утратой груза, отправитель по договору международной автомобильной перевозки должен сначала определить стоимость груза на основании её биржевой

котировки. Если таковая отсутствует (что необходимо доказать), то стоимость груза определяется на основании текущей рыночной цены. Если же отсутствуют и та и другая, то стоимость груза определяется на основании обычной стоимости товара такого же рода и качества. Однако необходимо учитывать, что Конвенцией не предусмотрено определение стоимости груза на основании цены, указанной в счете (инвойсе) продавца или договоре международной автомобильной перевозки грузов. Указание цены груза в транспортной накладной также не является достаточным доказательством стоимости груза.

Иным образом решен данный вопрос в российском законодательстве. Так, в пункте 2 статьи 796 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что «стоимость груза определяется исходя из его цены, указанной в счете продавца или предусмотренной договором, а при отсутствии счета или указания цены в договоре исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары».

После определения стоимости груза необходимо определить предельный размер возмещения, который обязан возместить перевозчик за полную или частичную утрату груза. Предельный размер возмещения определен в пункте 3 статьи 23 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов.

В 1978 году был подписан Протокол к Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов⁷, которым был заменен предел ответственности перевозчика в случае полной или частичной утраты груза. В настоящее время в странах (в том числе и в Российской Федерации), не присоединившихся к указанному Протоколу 1978 года, действует норма Конвенции, устанавливающая размер возмещения, вызванного полной или частичной утратой груза, в сумме, не превышающей 25 франков за килограмм недостающего веса брутто. Под франком подразумевается золотой франк весом в 10/31 г золота 0,900 пробы.

В юридической литературе встречается мнение о том, что «предел ответственности перевозчика при несохранности груза - 25 золотых франков за 1 килограмм веса брутто»⁸. Полагаем, что данное утверждение является ошибочным по следующим основаниям.

Во-первых, для начала необходимо определить значение термина «несохранность груза». В Конвенции он отсутствует. В то же время мы встречаем данный термин в Гражданском кодексе Российской Федерации, в связи с чем его можно рассмотреть в рамках российского законодательства. Так, пунктом 1 статьи 796 Гражданского кодекса Российской Федерации установлено, что «перевозчик несет ответственность за несохранность груза или багажа, происшедшую после принятия его к перевозке и до выдачи грузополучателю, управомоченному им лицу или лицу, управомоченному на получение багажа, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение (порча) груза или багажа произошли вследствие обстоятельств, которые перевозчик не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело»⁹. Данная норма позволяет сделать вывод, что понятие «несохранность груза», согласно российскому законодательству, означает утрату, недостачу или повреждение (порчу груза). В то же время, пункт 3 статьи 23 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов регулирует вопрос предельного размера возмещения за полную или частичную утрату груза, а не за повреждение (порчу) груза.

Во-вторых, в указанной Конвенции установлен размер возмещения, вызванный полной или частичной утратой груза, который (размер) не должен

превышать 25 франков за килограмм недостающего веса брутто. Под франком подразумевается золотой франк весом в 10/31 г золота 0,900 пробы.

Порядок расчета предельного размера возмещения, установленного пунктом 3 статьи 23 Конвенции, вызывает затруднения как у российских, так и у иностранных физических и юридических лиц. Кроме того, вопрос о порядке определения предельного размера возмещения неоднозначен и в судебной практике. Так, арбитражные суды Российской Федерации в своей практике иногда применяют положения Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов в редакции Протокола от 5 июля 1978 года. В качестве примера можно привести постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 30 сентября 2003 г. № 7127/03, в котором указано: «В соответствии со статьей 23 Конвенции перевозчик обязан возместить ущерб, вызванный полной или частичной потерей груза, размер которого определяется на основании стоимости груза в месте и во время принятия его для перевозки. Стоимость груза определяется на основании биржевой котировки или, за отсутствием таковой, на основании текущей рыночной цены. При отсутствии и той и другой - на основании обычной стоимости товара такого же рода и качества, однако в любом случае размер возмещения не должен превышать 8,33 единицы специальных прав заимствования за 1 килограмм недостающего веса брутто (данное положение было введено дополнительным протоколом к Конвенции от 05.07.78)»¹⁰. Таким образом, в данном случае применена норма Протокола к Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов.

Однако Дзержинский районный суд г. Москвы в своем решении от 24 июня 1994 по гражданскому делу № 2-764/94 указал: «Комитет внутренних перевозок Европейского сообщества принял на специальном заседании 5.07.1978 года специальные права заимствования (SDR). Протокол принятия SDR подписан отдельными странами, присоединившимися к Конвенции КДПГ. Россия, присоединившись в 1983 году к Конвенции, не подписала протокол по SDR. Поэтому применять специальные права заимствования при расчете предела ответственности перевозчика суд считает невозможным.

Ссылка заместителя министра транспорта о том, что в целях единообразия сложившейся практики во всей Европе при применении ст. 23 Конвенции целесообразно решить вопрос применительно к Положениям упомянутого Протокола, суд признал неосновательной.

Суд не может при вынесении решения опираться на закон, не действующий на территории РФ.

Применение прецедентного права зарубежных стран в Российском законодательстве не предусмотрено.

Аналогичные разъяснения содержатся в письме Министерства финансов СССР от 25.02.85 года (лд. 153), где указано, что «если в Конвенции о договоре международной перевозки грузов автотранспортом будет согласовано изменение предела ответственности, выраженного в золотых франках, на SDR, то Главное управление «Совтрансавто» может использовать эту новую счетную единицу при заключении договоров перевозки с иностранными фирмами».

До настоящего времени никаких изменений в Конвенцию КДПГ внесено не было, следовательно, суд не вправе применять при расчете ущерба SDR»¹¹. То есть в данном случае норма Протокола к Конвенции о договоре международ-

ной дорожной перевозки грузов применена не была.

Изложенное выше свидетельствует об отсутствии единообразия в применении данной нормы Конвенции судами Российской Федерации.

Указанный выше Протокол к Конвенции был подготовлен в рамках Комитета по внутреннему транспорту ЕЭК ООН, в соответствии с которым был изменен пункт 3 статьи 23 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов, устанавливающий размер возмещения, который перевозчик обязан возместить в случае полной или частичной утраты груза и составляет сегодня 8,33 единицы специальных прав заимствования (SDR) за килограмм недостающего веса брутто.

К указанному Протоколу КДПГ, как было отмечено выше, Российская Федерация не присоединилась, и, таким образом, в большинстве случаев расчеты по возмещению ущерба с использованием SDR не могут применяться в отношении российских перевозчиков, осуществляющих международные автомобильные перевозки грузов. В то же время необходимо учитывать, что на двенадцатой сессии Рабочей группы по международным оборотным документам Комиссии ООН по праву международной торговли (Вена, 4-15 января 1982) делегацией Советского Союза было сделано заявление о том, что Советский Союз готов согласиться с использованием для выражения лимитов ответственности в международных конвенциях (транспорт и ответственность) счетной единицы SDR (специальные права заимствования), составленной Международным валютным фондом на базе «корзины» главных капиталистических валют. Данный факт свидетельствует, что Советский Союз был согласен с необходимостью замены франка, предусмотренного пунктом 3 статьи 23 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов, на валюту, предусмотренную Протоколом к данной Конвенции.

Возвращаясь к положениям Конвенции, следует иметь в виду, что возмещению также подлежат: провозные платежи, таможенные сборы и пошлины, а также прочие расходы, связанные с перевозкой груза, полностью – в случае утраты всего груза и в пропорции, соответствующей размеру ущерба, при частичной утрате. Иной ущерб возмещению не подлежит.

Указанный выше предел ответственности перевозчика за полную или частичную утрату груза может быть увеличен в случае, если отправитель, при условии уплаты обоснованной надбавки к провозным платежам, указал в накладной стоимость груза, превышающую предел, указанный в пункте 3 статьи 23 Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов. То есть, если отправитель желает увеличить предел ответственности перевозчика, указанный в пункте 3 статьи 23 Конвенции, он обязан выполнить два следующих условия:

- уплатить перевозчику обоснованную надбавку;
- указать в накладной стоимость груза.

Если же отправитель не выполняет хотя бы одно из вышеизложенных условий, то применяется установленный в указанной выше Конвенции предел ответственности перевозчика.

При уплате отправителем согласованной надбавки к провозным платежам он может установить сумму специального интереса в доставке на случай утраты, повреждения или недоставки груза в согласованный срок. Как правило, отправитель указывает такой специальный интерес в том случае, если утрата,

повреждение или просрочка в доставке груза могут нанести ему или получателю значительный ущерб. Если объявлен специальный интерес в доставке, то независимо от рассмотренных выше возмещений может быть потребовано возмещение доказанного дополнительного ущерба в пределах суммы объявленного интереса.

И лишь в том случае перевозчик не вправе ссылаться на положения главы IV Конвенции, которые исключают или ограничивают его ответственность или которые переносят бремя доказательства на другую сторону, если ущерб был причинен его умышленным неправомерным действием или таким ненадлежащим исполнением обязательств, которое согласно закону, применяемому судом, рассматривающим дело, приравнивается к умышленным неправомерным действиям.

В заключение необходимо отметить, что при условии соблюдения положений статьи 40 Конвенции всякое соглашение, которым допускается отступление от положений Конвенции, признается недействительным. В то же время недействительность такого соглашения не влечет за собой недействительность других условий договора.

Изложенное выше позволяет сделать вывод о том, что в Российской Федерации в настоящее время отсутствует единообразие в применении нормы права при решении вопроса об ответственности перевозчиков, осуществляющих международные автомобильные перевозки грузов, в случае полной или частичной утраты груза. Данная проблема частично могла бы быть решена в случае присоединения Российской Федерации к Протоколу к Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов, что позволило бы судам при принятии решений руководствоваться положениями данного Протокола при определении предельного размера возмещения в случае полной или частичной утраты груза.

Примечания

1. См.: Май - месяц полезных советов // Международные автомобильные перевозки. 2007. №3. С. 3.
2. Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ) 1956г. // <http://www.cmrka.ru/law list/KDPG-CMR.htm>
3. См.: Талаев А.Н. Право международных договоров. Общие вопросы. - М., 1980. С. 115.
4. См.: Егiazаров В.А. Транспортное право. М., 1999. С. 96.
5. См.: Брагинский М.И., Ветрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 514.
6. См.: Брагинский М.И., Ветрянский В.В. Договорное право: Общие положения. М., 1997. С. 515.
7. Протокол к Конвенции о договоре международной дорожной перевозки грузов // <http://www.cmrka.ru/law list/KDPG-CMR.htm>
8. См.: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М., 1998. С. 232.
9. См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая, вторая и третья. - М., 2003. С. 261.
10. См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 30 сентября 2003 г. № 7127/03.
11. См.: Решение Дзержинского районного суда г. Москвы от 24 июня 1994 по гражданскому делу № 2-764/94.

ПРАВОСУБЪЕКТНОСТЬ МАЛОГО ПРЕДПРИЯТИЯ: ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ

Taracheshnikov Evgeny

Small-scale enterprises as subject of law: Problem issues

An achievement of successful social and economic transformation in Russia assumes necessity of the mutual account of public and private interests. Furthermore, it demands the coordinated efforts of the state and businessmen in realization of national projects.

Small-scale enterprises' subject is being profoundly discussed in the legal and economic literature. However, questions of the legal status of small-scale businesses are definitely required more attention.

Достижение успеха социально-экономических преобразований в России предполагает необходимость взаимоучёта публичных и частных интересов и требует скоординированных усилий государства и предпринимателей в реализации национальных проектов.

Тема малого предпринимательства широко освещается в правовой и экономической литературе¹, но вопросам правового статуса малого предприятия уделяется недостаточно внимания.

Как показывает опыт индустриально развитых стран, малое предпринимательство выступает ключевым элементом современной социально ориентированной рыночной экономики, способствует развитию конкуренции, социальной занятости и стабильности в обществе, обеспечивает предпосылки для быстрого и устойчивого экономического роста². В то же время, с учётом незначительных размеров, ограниченности финансовых, имущественных, кадровых и информационных возможностей, малые предприятия не могут обойтись без государственной поддержки.

Принятый в 1995 году Закон о государственной поддержке малого предпринимательства содержал преимущественно декларативные предписания, его нормы противоречили нормам других федеральных законов, в том числе и кодифицированных актов бюджетного, налогового и трудового законодательства. В Законе отсутствовали связующие положения с нормами Гражданского кодекса РФ, а в ГК нет упоминания о малых предприятиях. Данные обстоятельства, безусловно, сдерживали участие малых предприятий в хозяйственной деятельности. На сегодняшний день ситуация практически не изменилась.

Следует обратить внимание на то, что законодательство практически не содержит критериев разграничения малых предприятий с другими субъектами малого предпринимательства. В то же время закон устанавливает критерии, наличие которых позволяет вести речь о целесообразности специального нормативно-правового регулирования вопросов организации и деятельности малых предприятий.

В первую очередь, речь идёт о принадлежности малого предприятия к коммерческим организациям. Как известно, ГК РФ (п. 1 ст. 23, п. 1 ст. 49, п. 1 ст. 50) относит к субъектам предпринимательской деятельности индивидуальных предпринимателей и коммерческие организации. В отношении некоммерческих организаций установлено правило, согласно которому они могут осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых они созданы (п. 3 ст. 50 ГК РФ).

Далее, малое предприятие имеет уставный капитал с особыми долями участия. Закон о государственной поддержке малого предпринимательства предусматривал, что в уставном капитале малых предприятий доля участия Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов не превышает 25 %, доля, принадлежащая одному или нескольким юридическим лицам, не являющимся субъектами малого предпринимательства, не превышает 25 %.

Вполне понятно, что к числу малых Закон не относил государственные и муниципальные предприятия, так как они находятся в 100% государственной или муниципальной собственности, являются унитарными. В то же время, как отмечается в специальной литературе, в отношении других хозяйствующих субъектов – товариществ, производственных и потребительских кооперативов, если они соответствуют иным критериям Закона для их отнесения к числу малых предприятий, эти организации следует признавать субъектами малого предпринимательства³.

Между тем малые предприятия, как это следует из нормы рассматриваемого Закона – особый вид корпоративных предприятий, поскольку их имущество разделено на доли участия, при этом законом определены ограничения размеров долей участия для лиц, не являющихся субъектами малого предпринимательства.

Наконец, Закон устанавливал критерий ограничения численности работников, занятых на малом предприятии.

Мы разделяем нашедший отражение в научной литературе подход, согласно которому целесообразно выделить малое предприятие в самостоятельную организационно-правовую форму и внести соответствующие изменения в ГК РФ.⁴ В свою очередь, в специальном законе о малых предприятиях следовало бы детализировать понятие данного субъекта предпринимательского права, а также указать, что меры государственной поддержки, предусмотренные в отношении малых предприятий, распространяются на индивидуальных предпринимателей, крестьянские (фермерские) хозяйства, сельскохозяйственные кооперативы, с учетом особенностей указанных субъектов малого предпринимательства.

С точки зрения действующего гражданского законодательства, малые предприятия могут совершать любые гражданско-правовые сделки и свободно распоряжаться принадлежащим им на праве собственности движимым и недвижимым имуществом; иными словами, их правоспособность носит общий характер. Вместе с тем, вывод о том, что малые предприятия обладают общей правоспособностью, представляется небесспорным. В обоснование своей позиции обратимся к положениям законодательных и подзаконных актов, не входящих в систему гражданского законодательства.

Во-первых, исходя из смысла ст. 346. 12 Налогового кодекса РФ, малые предприятия лишены права создавать обособленные подразделения – филиалы и представительства. В этом случае они не имеют права применять упрощённую систему налогообложения.

Во-вторых, в упомянутой статье Налогового кодекса перечислены виды деятельности, при осуществлении которых предприятие лишается возможности применять упрощённую систему налогообложения. Это, соответственно, такие виды деятельности как: кредитная, страховая, инвестиционная, игорный бизнес, деятельность, связанная с производством подакцизных товаров, и некоторые другие.

Иначе говоря, законодатель ограничивает предмет деятельности малых предприятий, что следует признать правильным. Мы полностью разделяем позицию Л.Т. Ибадовой, которая считает, что оказывать, к примеру, организациям или индивидуальным предпринимателям, занимающимся игорным бизнесом, «какую-либо государственную помощь нецелесообразно. При предоставлении государством помощи и льгот следует, в первую очередь, исходить из того, насколько та или иная деятельность приносит пользу обществу, соответствует интересам государства. Только при положительном ответе на этот вопрос может учитываться и то, кем она осуществляется»⁵.

Как мы отмечали выше, следует законодательно (на уровне ГК РФ) закрепить возможность создания малых предприятий в промышленности, строительстве, на транспорте, в сельском хозяйстве и в научно-технической сфере. Перечень же видов деятельности, которыми они заниматься не могут, было бы целесообразно привести не в Налоговом кодексе или подзаконном акте, а в специальном законе о малых предприятиях. В этом случае будет преодолена разрозненность нормативного регулирования важного вопроса, относящегося к содержанию правового статуса исследуемого субъекта.

Подход законодателя, по сути запрещающего малым предприятиям иметь обособленные подразделения – филиалы и представительства – встречает критику. В научной литературе высказывается суждение о том, что лишение малых предприятий такого права может привести к ряду негативных последствий⁶.

Соглашаясь с тем, что на сегодняшний день нецелесообразно исключать из числа малых предприятий те из них, которые имеют свои обособленные подразделения, полагаем, что юридические лица, имеющие дочерние организации, не должны относиться к малым предприятиям. Иной подход размывает, на наш взгляд, критерии отнесения субъекта предпринимательской деятельности к малым формам хозяйствования. В этой связи в законе о малых предприятиях следовало бы предусмотреть запрет для данного хозяйствующего субъекта создавать и иметь дочерние хозяйственные общества.

Отмеченные ограничения предполагают адекватную компенсацию, прежде всего в налоговой сфере. Следует обратить внимание на то, что в настоящее время Налоговый кодекс РФ, устанавливающий порядок взимания отдельных видов налогов, отменил предусмотренные ранее действовавшим налоговым законодательством налоговые льготы для субъектов малого предпринимательства в рамках общего режима налогообложения. Что касается двух специальных налоговых режимов, предусмотренных для субъектов малого предпринимательства (упрощённая система налогообложения, учёта и отчётности;

система налогообложения в виде единого налога на вменённый доход для отдельных видов деятельности), то, не останавливаясь на их характеристике⁷, отметим лишь, что, несмотря на некоторые отличия, касающиеся субъектного состава и порядка расчёта налоговых платежей, «в принципе единый налог на вменённый доход является разновидностью упрощённой системы»⁸. В пользу этого говорит то обстоятельство, что в обоих случаях предусматривается замена уплаты различных видов налога (на прибыль, НДС, налога на имущество, единого социального налога) уплатой единого налога.

Как показывает практика, несмотря на добровольный порядок перехода на эту систему налогообложения, широкого распространения у налогоплательщиков этот налоговый режим не приобрёл. Среди причин – жёсткие ограничения по численности работающих (до 15 человек), а также по совокупному размеру валовой выручки, лежащей в основе налогооблагаемой базы, высокая ставка налога.

Заметим, что до введения в действие главы 25 Налогового кодекса малые предприятия пользовались льготой по налогу на прибыль; полностью освобождались от уплаты налога на прибыль малые предприятия, осуществляющие деятельность по строительству, реконструкции и обновлению основных фондов, освоение новой техники и технологии; освобождались от данного налога в первые два года работы малые предприятия по производству и переработке сельскохозяйственной продукции, производству товаров народного потребления, а также малые внебюджетные предприятия.

Полагаем, что легализация предлагаемой нами модели малого предприятия, с учётом социально-экономической значимости осуществляемой ими деятельности, закономерно предопределяет постановку вопроса о снижении налоговой ставки на прибыль в течение определённого периода (не менее двух лет), необходимого для становления предприятия.

Малые предприятия для осуществления хозяйственной деятельности, решения вопросов своей ответственности должны обладать необходимым имуществом. Имущество малого предприятия принадлежит ему на праве собственности, что позволяет высказать мысль о более высокой степени самостоятельности данного хозяйствующего субъекта, по сравнению, например, с унитарными предприятиями.

Проблема, однако, состоит не в объёме вещных прав рассматриваемого субъекта, а в том, что в силу ограниченности финансовых средств (особенно на начальном этапе) у малых предприятий нередко отсутствует желаемый доступ к недвижимому имуществу. В этих условиях для малых предприятий приобретает особую значимость возможность арендовать на льготных условиях государственное и муниципальное имущество с правом последующего выкупа его в собственность.

В соответствии со ст. 217 ГК РФ имущество, находящееся в государственной или муниципальной собственности, может быть передано его собственником в собственность граждан и юридических лиц в порядке, предусмотренном законами о приватизации государственного и муниципального имущества. Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества», в отличие от ранее действовавшего законодательства, среди способов приватизации (ст. 13) не предусматривает такой способ, как выкуп арендованного государственного имущества. В

этой связи государство (органы, осуществляющие полномочия собственника от имени государства) не вправе вносить в заключаемые договоры аренды условия, предусматривающие право арендатора на выкуп арендованного государственного имущества. Такой подход, вызванный во многом бессистемной и массовой продажей крупнейших объектов государственной собственности по остаточной стоимости в 1990-х годах, а следовательно, вполне обоснованный в отношении крупных предприятий, вряд ли обоснован в отношении малого бизнеса. Во-первых, объём финансовых возможностей и профиль деятельности малых предприятий изначально не позволяет им выкупать стратегически значимые объекты государственной и муниципальной собственности. Речь может идти о таком имуществе, которое подлежит передаче в частные руки без ущерба государственных и общественных интересов.

Во-вторых, запрет выкупа, арендуемого малыми предприятиями государственного и муниципального имущества, в очередной раз показывает декларативность норм Закона о государственной поддержке малого предпринимательства, касающихся мер по обеспечению передачи субъектам малого предпринимательства не завершённых строительством и пустующих объектов, а равно нерентабельных и убыточных предприятий на льготных условиях.

Полагаем, что в отношении исследуемого субъекта, с учётом его специфики организации и деятельности, следовало бы предусмотреть возможность выкупа объектов государственного и муниципального имущества на льготных условиях и внести в этой связи соответствующие изменения в Закон о приватизации государственного и муниципального имущества.

Таким образом, проведённый анализ вопросов правосубъектности малого предприятия позволяет сформулировать следующие выводы.

1. Малое предприятие представляет собой особую разновидность хозяйственного общества, с установленными законом особыми долями участия в уставном капитале, численности работников и сфер осуществляемой деятельности.

2. Необходимо включить понятие малого предприятия в Гражданский кодекс РФ и принять специальный закон о малых предприятиях, в котором определить перечень видов деятельности, которыми малые предприятия заниматься не вправе. В Законе следует оговорить, что малые предприятия не могут иметь дочерние хозяйственные общества.

3. Данные ограничения должны быть компенсированы правами малого предприятия на получение налоговых и иных льгот при осуществлении хозяйственной деятельности.

Примечания

1. См., напр.: Бахмудов М.М. Система государственной поддержки малого предпринимательства в регионе. Автореф. дис. канд. экон наук. Махачкала, 2001; Ибадова Л.Т. Финансирование и кредитование малого бизнеса в России: правовые аспекты. М., 2006; Лапуста М.Г., Старостин Ю.Л. Малое предпринимательство. М., 1998; Пахолкова А.Ю. Правовое регулирование малого предпринимательства в Российской Федерации. Автореф. канд. юрид. наук. М., 2002; Правовое регулирование малого предпринимательства. Состояние и перспективы / Отв. ред. А.В. Орлов, М.А. Супатаев. М., 2003; и др.
2. Например, в нынешнем мировом лидере – США малый бизнес производит 40% валового национального продукта, создаёт более половины всех инноваций, в этом секторе экономики задействовано более 2/3 национальной рабочей силы. В Японии, входящей в тройку

- самых мощных экономик мира, 99% частных предприятий составляют малые и средние предприятия, на которых занято почти 80% всего трудоспособного населения. – См.: Экономико-правовые механизмы поддержки и развития субъектов малого предпринимательства в странах Америки и Азии /Под научной ред. Лялина В.Е., Лященко В.И., Павлова К.В. –Изд-во Кольского НЦ РАН, 2005. С. 86,166-167.
3. См.: Устюкова В.В. Малое предпринимательство в сельском хозяйстве //Правовые проблемы малого предпринимательства. М., 2001. С. 160.
 4. См.: Андреев В.К. О государственном регулировании малого предпринимательства //Малый бизнес на этапе обновления законодательства о предпринимательстве. М., 2004. С.36-38; Исаев И.А. Проблемы правосубъектности в малом предпринимательстве //Малый бизнес на этапе обновления законодательства о предпринимательстве. С. 116; Татарская О.В. Правовые проблемы малого предпринимательства в Российской Федерации. Дис. канд. юрид. наук. М., 2003. С. 80.
 5. См.: Ибадова Л.Т. Некоторые правовые проблемы понятия субъекта малого предпринимательства //Государство и право. 2005. № 9. С. 82.
 6. См.: Ибадова Л.Т. Финансирование и кредитование малого бизнеса в России: правовые проблемы. С. 34.
 7. Их анализ проводится в научной литературе, в том числе и в диссертационных исследованиях, посвящённых проблемам малого предпринимательства. – См., например: Зиновьев И.В. Специальные налоговые режимы в налоговом регулировании деятельности малых предприятий. М., 2003; Пахолкова А.Ю. Правовое регулирование малого предпринимательства в Российской Федерации. Дис. канд. юрид. наук. М., 2002. С. 194-214; и др.
 8. См.: Зиновьев И.В. Указ соч. С. 48.

УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

Зоделава З. В.

К ВОПРОСУ ОБ ИСТОРИЧЕСКОМ РАЗВИТИИ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РОССИИ О НЕВМЕНЯЕМОСТИ

Sodelava S. V.

Re historical development of criminal law of legal insanity in Russia

In the article the main development stages of the “legal insanity” concept in the Russian legislation are analysed and the legal thought development process of people with mental disorders quiltlessness is described.

Эффективная борьба с преступностью в современных условиях невозможна без учета иных фоновых явлений и социальных отклонений. Преступность существует не изолированно сама по себе, а на фоне других социальных отклонений и дисфункций, во взаимосвязи и взаимодействуя с ними. К числу таких относятся общественно опасные деяния невменяемых. Да, невменяемый не является преступником, а его общественно опасные деяния «не являются частью преступности», но они определенным образом связаны с преступностью. Прежде всего, с преступностью субъектов с психическими аномалиями, не исключающими вменяемости, вины и ответственности, а значит, требуют всестороннего изучения и правового урегулирования. От этого в немалой степени зависит борьба с преступностью и другими социальными отклонениями.

Невменяемость - сложная и многогранная проблема, которая занимает особое место в уголовном праве, так как невменяемость тесно связана с категориями «вменяемость», «ограниченная вменяемость», «ненаказуемость психически больных», «соучастие», а также с непоставлением содеянного в вину, исключением уголовной ответственности в отношении невменяемых лиц, возможностью назначения и применения принудительные мер медицинского характера к таким лицам. Невменяемость относится к числу до конца не изученных и во многом дискуссионных проблем; от ее решения зависит не только понимание взаимосвязанных с ней категорий, но и должное осмысление целого ряда уголовно-релевантных психических состояний, которые получили закрепление в Уголовном кодексе РФ 1996 г.¹

В связи с тем, что вопрос о невменяемости субъекта затрагивает права личности, исследуемая проблема имеет не только юридическую, но и социально-политическую значимость. Об этом свидетельствуют имевшие место в не-

давнем прошлом серьезные злоупотребления с диагнозом «вялопротекающая шизофрения» в отношении инакомыслящих. Такой диагноз часто позволял поместить таких лиц в специальные психиатрические «лечебницы». В условиях, когда идея правового государства стала ориентиром всей государственной политики, отношение законодателя к психически больным лицам, в том числе совершившим преступление и общественно опасное деяние, выходит за рамки сугубо профессионального и должно способствовать гуманизации общества.

В последние десятилетия в науке сложились различные подходы к невменяемости. Она трактуется как особое психическое отношение, невиновность и неотвеченность психически больного, признанная судом, недееспособность, неспособность лица осознавать совершаемые действия и руководить ими (такая позиция часто находит свое отражение в учебной литературе) и др.

Существование множества несовпадающих подходов к сущности, содержанию и критериям невменяемости, противоречивые суждения об этом сложном явлении привели к тому, что не только в общественном сознании, но и у юристов сложилось неверное, не соответствующее точному смыслу закона представление о нем.

Поскольку невменяемость - сложное, комплексное понятие, то оно должно быть изучено с различных позиций, и, прежде всего, необходимо исследовать историю развития этого явления.

В государствах Западной Европы законодательные положения, касающиеся невменяемости психически больных установились сравнительно поздно - лишь в XII-XIII в.в. По свидетельству некоторых французских авторов, во Франции еще в XIII в. освобождение от уголовной ответственности в связи с психическим заболеванием лица было явлением совершенно исключительным. «Для этого было необходимо, чтобы помешательство было тысячу раз очевидно, чтобы оно бросалось в глаза судьям»².

На самом раннем этапе развития правового сознания, в соответствии с религиозными взглядами общества, опасные действия психически больных воспринимались как «бесоодержимость». Прimitивно-мистическое отношение к патологическому поведению находит соответствующее закрепление и в нормативно-правовых актах Киевской Руси. Так, Указ князя Владимира о церковных судах предусматривал, что чародеи, колдуны и другие лица, нуждающиеся в изгнании бесов, подлежали епископальному и церковному суду. Стоглав 1551 г. также признавал действия «бесных» опасными и подлежащими преследованию³.

На следующем этапе развития правовой мысли появилась идея о невиновности лиц, страдающих психическими аномалиями. Норма о непоставлении в вину (невменении) содеянного впервые законодательно закреплена в 1669 г. «Новоуказными статьями о татевных, разбойных и убийственных делах», которые содержали положение о том, что «аще бесный убьет, неповинен есть смерти»⁴. На основании этого постановления тем не менее нельзя делать вывод о существовании в XVII в. понятия невменяемости. Как известно, понятие неразрывно связано с языковой единицей - словом. Что касается термина «невменяемость», он появляется в научной литературе не ранее XIX в.

В начале XVIII столетия русское законодательство признавало душевные болезни обстоятельствами, смягчающими либо исключаящими наказание. При Петре I умалишенные, совершившие преступление, подлежали более лег-

кому наказанию или освобождались от него. Артикул воинский 1715 г. (толкование к артикулу 195) предусматривал, «что наказание воровства обыкновенно умалывается, или весьма отставляется, ежели кто ... в лишении ума воровство учинит»⁵.

В 1801 г. Александр I издал Указ «О непредании суду поврежденных в уме людей и учинивших в сем состоянии смертоубийство». В данном Указе нашел отражение принцип исключения ответственности психически больных. Комментируя Указ, Д.Р. Лунц отмечает, что «это официальное указание, носившее силу закона, нельзя, однако рассматривать как законодательную формулу невменяемости...»⁶. Такого рода постановления следует считать казуальными, поскольку они касаются конкретных видов уголовно наказуемых деяний (воровство, убийство, самоубийство). Их локальная значимость проявляется в «узости» формулировок и в альтернативном характере соответствующих санкций («...умалывается или весьма отставляется»).

Понятие невменяемости впервые получило законодательное определение в 1810 г. во Франции в Кодексе Наполеона. В ст. 64 этого документа указывается: «нет ни преступления, ни проступка, если обвиняемый во время совершения действия находится в состоянии безумия (*démence*)». Эта норма ограничивается лишь медицинским критерием в виде одного только признака - безумие, что делает ее несовершенной.

Однако создание первой развернутой формулы невменяемости связывается не с официальным законодательством, а с прогрессивно-гуманистическим направлением в науке уголовного права. Эта формула разработана А.Н. Радищевым в его проекте уголовного законодательства на 10 лет раньше Кодекса Наполеона. Ее значение заключается в том, что в ней впервые вводится дифференцированный медицинский критерий, содержащий перечень различных форм психических расстройств, предусматривающий и различную этиологию заболеваний. «Признавая, что свободное соизволение нужно для произведения права, закон постановляет, что дитя или несовершеннолетний, лишенные ума или слабоумные, естественно, хотя б временно или пьянством или сильным страстей движением не могут соизволением своим произвести права»⁷. А.Н. Радищев впервые, говоря о недееспособности, которая охватывает (как более широкое понятие) и невменяемость, выделяет не только врожденные и приобретенные психические заболевания, но, что особенно важно, и временные расстройства психической деятельности.

Еще в период симптоматической эры в психиатрии выясняется различная этиология психических заболеваний, разнообразие клинических картин и форм течения. Достаточно просмотреть классификации психозов первой половины XIX в., чтобы увидеть, что так же, как и другие заболевания, они могут быть выражены в различной степени. Нарушения психической деятельности, выражающиеся в неправильном восприятии и осмыслении окружающего мира и в болезненно неправильном поведении, могут отличаться различной тяжестью не только у различных больных, но даже у одного больного в разные периоды времени.

К концу XVIII - началу XIX в.в. накопилось достаточно наблюдений, говоривших о том, что целый ряд заболеваний может вызывать различные по тяжести психические расстройства - от легких психических нарушений до состояний тяжелой психической инвалидности, выключающей больного из со-

циальной жизни и требующей постороннего ухода за ним. Так, например, И.Е. Дядьковский в своих «Частнотерапевтических лекциях», прочитанных им в 20-х г.г. XIX в.в., указывал на некоторые закономерности протекания болезненных нарушений в зависимости от характера течения болезни⁸.

Ставшее очевидным положение, что психические заболевания могут отличаться различной тяжестью, а поэтому вызываемые ими нарушения не всегда исключают способность больного отвечать за содеянное, имеет важнейшее уголовно-правовое значение. Эта существенная черта психических заболеваний получает свое выражение в формулах невменяемости в качестве второго - юридического (психологического) критерия. Исторически юридический критерий появляется в законодательных формулах невменяемости позднее - к середине XIX в. Таким образом, к этому времени складывается двучленная структура формулы невменяемости.

В начале XIX в. невменяемость рассматривается в литературе в отношении деяний, а не лиц, их совершивших. При этом проводится деление содеянного на вменяемые преступления и невменяемые деяния. Г. Солнцев, автор курса «Российское уголовное право» 1820 г., усматривает невменяемость при наличии определенных обстоятельств. В соответствии с представлением о преступлении как о свободном деянии, он относил к таким обстоятельствам, наряду с психической неполноценностью, законную оборону и несчастный случай. Дифференциация понятий невменяемость, невменяемость, невменение в уголовно-правовой науке того времени не проводится⁹.

Первая попытка создания перечня обстоятельств, исключающих вменение, была предпринята составителями проекта Уголовного уложения России, подготовленного в 1813 г. Проект относил к таким обстоятельствам следующие:

- деяние, учиненное в совершенном безумии или в сумасшествии;
- деяние, учиненное младенцем бессмысленным, которому не исполнилось 7 лет;
- отсутствие запрета в законе;
- несчастный или внезапный случай;
- законную и правомерную оборону.

Составители проекта не различали невменяемость и невменение. Безумие, сумасшествие, малолетство, казус, необходимая оборона рассматривались ими как доказательство невиновности¹⁰.

Дальнейшее развитие понятия невменяемости связано с принятием в 1845 г. «Уложения о наказаниях уголовных и исправительных». «Уложение», подобно проекту 1813 г., содержит перечень обстоятельств, устраняющих вменение. Согласно ст. 98, «причины, по коим содеянное не должно быть вменяемо в вину, суть:

- 1) совершенная невинность того деяния, коего случайным и непредвидимым последствием было сделанное зло;
- 2) малолетство в таком возрасте, когда подсудимый не мог еще иметь понятия о свойстве деяния;
- 3) безумие, сумасшествие и припадки болезни, приводящие в умоисступление или совершенное беспамятство;
- 4) ошибка случайная или вследствие обмана;
- 5) принуждение от превосходящей непреодолимой силы;

б) необходимость обороны»¹¹.

После принятия «Уложения о наказаниях уголовных и исправительных» трактовка невменяемости в литературе претерпевает изменения. В научный оборот вводятся новые понятия, как-то: причины, устраняющие вменяемость и состояние невменяемости.

Одновременно возникают схоластические конструкции невменяемости. В 1847 г. Г. Блосфельд - автор первого судебно-медицинского пособия для юристов, предложил различать невменяемость психологическую, моральную и юридическую. Первая разновидность связана с «естественным состоянием всех душевных сил», вторая - со способностью «слышать голос совести и повиноваться», третья - с возможностью «знать известное предписание или запрещение закона». Эти умозрительные построения отражают механическое представление о вменяемости как о соотношении правовых и моральных свойств «нормальной» личности.

Многие психиатры того времени стремились, исходя из психиатрических воззрений (симптоматического направления) и искренних гуманистических тенденций, ограничить формулу невменяемости одним лишь медицинским критерием. Так, 12 февраля 1883 г. Общество психиатров в Санкт-Петербурге, обсуждая проект нормы о невменяемости нового уголовного законодательства, подавляющим большинством голосов высказались против включения в соответствующую статью психологического критерия. Против ограничения формулы невменяемости одним лишь медицинским критерием резко возражал В.Х. Кандинский, оставшийся, однако, в меньшинстве. Его точку зрения разделяли лишь О.А. Чечот и Л.Ф. Рагозин¹².

Прогрессивно-гуманистические взгляды большинства русских психиатров, их оппозиционные настроения и законное недоверие к судебно-следственным властям царской России вызывали стремление к максимальному освобождению от репрессий при помощи проведения психиатрической экспертизы тех обвиняемых, у которых обнаруживались те или иные психические отклонения. Это и было главной причиной возражений против введения психологического критерия в формулу невменяемости. Из юристов того времени к этой группе психиатров присоединился лишь А.Ф. Кони. Однако в ответ на эти дискуссии Н.С. Таганцев выразил недовольство представителей официальной юстиции, он писал, что в трудах по психиатрии нередко проглядывает идея о том, что при настоящем строе карательная деятельность государства есть зло¹³.

Следующий этап эволюции понятия невменяемости связан с подготовкой и принятием в 1903 г. «Уголовного Уложения». Формула невменяемости, автором которой являлся Н.С. Таганцев, выглядит в нем следующим образом: «Не вменяется в вину деяние, учиненное лицом, которое по недостаточности умственных способностей, или по болезненному расстройству душевной деятельности, или по бессознательному состоянию не могло во время учинения деяния понимать свойства и значение совершаемого или руководить своими поступками». Редакционная комиссия проекта сумела отказаться от метафизических критериев «свободы воли», «свободы волеопределения», «нормальной определяемости мотивами», выработанных в свое время философской школой детерминизма. Н.С. Таганцев выработал и обосновал понятие вменяемости и невменяемости на почве детерминизма. Так, в своей работе он указывает, что «понятие о невменяемости есть разновидность понятия о дееспособности». В

таким качестве вменяемость выступает как деликтоспособность или «способность ко вменению»¹⁴.

События революции 1917 г. надолго «изымают» категорию невменяемости из текста уголовного законодательства. Такие центральные правовые понятия, как «вина» и «вменяемость» тщательно изгонялись из законодательства как пережиток прошлого, отрицательное наследие прежнего режима. Признаки субъекта преступления формируются в это время постепенно и сложно посредством издания отдельных декретов, предусматривавших уголовную ответственность за конкретные составы преступлений. Однако в некоторых крупных судебных процессах 1917-1918 г.г. все-таки обсуждался вопрос о вменяемости отдельных подсудимых, как это, например, имело место на процессе контрреволюционной монархической организации Пуришкевича¹⁵.

В 1918 г. Народный комиссариат юстиции утвердил инструкцию «Об освидетельствовании душевнобольных». Однако более поздние законодательные акты, в том числе и Циркуляр кассационного отдела ВЦИК 1918 г., который, по сути, являлся первой попыткой кодификации уголовного законодательства, не содержали норм о невменяемости¹⁶.

УК РСФСР 1922 г. и «Основные начала уголовного законодательства СССР» 1924 г. уже содержат соответствующую норму о невменяемости. Так, п. 17 УК РСФСР 1922 г. определил, что не подлежат наказанию лица, совершившие преступление в состоянии хронической душевной болезни или временного расстройства душевной деятельности, или вообще в таком состоянии, когда совершившие его не могли давать себе отчета в своих действиях, а равно и те, кто хотя и действовал в состоянии душевного равновесия, но моменту вынесения или приведения приговора в исполнение страдает душевной болезнью. К таковым лицам могут применяться меры социальной защиты¹⁷. Такое положение предоставляло необоснованную возможность широкого признания невменяемыми лиц, привлекаемых к уголовной ответственности вне зависимости от степени выраженности болезненного расстройства.

Более верное, на наш взгляд, соотношение критериев вменяемости было дано в ст. 11 УК РСФСР 1926 г., которая гласит: «Меры социальной защиты судебно-исправительного характера не могут быть применяемы в отношении лиц, совершивших преступления в состоянии хронической душевной болезни, или временного расстройства душевной деятельности, или в ином болезненном состоянии, если эти лица не могли отдавать отчета в своих действиях или руководить ими»¹⁸.

Однако во всех этих законодательных формулах отсутствует прямое указание на вменяемость или невменяемость, а понятие наказания выражено словами «меры социальной защиты». Понятие вменяемости и невменяемости здесь подменялись соображениями «целесообразности» применения репрессии. Тем не менее понятие невменяемости продолжало использоваться в науке и практической деятельности судебно-следственных органов.

Очередная попытка отрицания целесообразности использования понятия невменяемости была предпринята в 1926 г. В это время Всесоюзным совещанием по психиатрии и неврологии принимается Свободная резолюция по законодательству и криминальным вопросам. В этой резолюции понятие невменяемости полностью отрицалось и предлагалась замена этого термина понятием социальной опасности, опасного состояния, обусловленного нервно-психичес-

кими отклонениями у правонарушителей. Душевнобольной, по определению данной резолюции, освобождается от наказания только потому, что его исправление с помощью наказания невозможно, а психическое состояние лица в момент совершения преступления, которое определяется его невменяемостью, не играет никакой роли.

Один из сторонников идеи целесообразности в советском уголовном праве, Н. Паше-Озерский утверждал, что «защита государством трудящихся насквозь «пропитана» началом целесообразности. Если поэтому против правонарушителя, душевно вполне здорового, целесообразно исправительно-трудовое воздействие (например, лишение свободы), то совершенно нецелесообразно защищаться такой же мерой от правонарушителя душевно больного, так как единственно целесообразной мерой защиты от такого лица является медицинское воздействие». Подобной точки зрения в своей работе придерживается и С.И. Тихенко, рассматривая целесообразность в качестве основного критерия невменяемости¹⁹.

Отрицательного отношения к институту невменяемости придерживались авторы «Энциклопедии государства и права», изданной в 1930 г. Они указывали на то, что представители некоторых научных направлений обоснованно «отбрасывают понятие вменяемости и невменяемости». Отсюда положение «Основных начал уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик» 1924 г. о невменяемости они предлагали считать условным²⁰.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что в период становления и развития советского уголовного права категория невменяемости часто подменялась понятием наказуемости, не совпадающим с первым ни по содержанию, ни по объему. Категория невменяемости исключает из числа субъектов преступления лиц, неспособных к виновному поведению, а поступки невменяемых выводит за рамки преступных деяний. Понятие ненаказуемости также исключает применение наказания к этим лицам. В то же время уголовный закон фактически говорит о них как о преступниках, к которым целесообразно применять лишь меры социальной защиты медицинского характера.

Примечания

1. См.: Назаренко Г.В. Уголовно-релевантные психические состояния лиц, совершивших преступления и общественно опасные деяния. - М.: Ось-89, 2001. - С. 20.
2. Цит. по: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. В двух томах. Т. 1. - СПб., 1994. - С. 472.
3. См.: Российское законодательство X-XX в. В 9-ти томах / Под общ. ред. О.И. Чистякова. Т.2. Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. - М.: Юрид. лит., 1985. - С. 378.
4. См.: Тихомиров М.Н., Епифанов П.П. Соборное уложение 1649 года. - М.: Моск. ун-т, 1961. - С.173.
5. Российское законодательство X-XX в. Т.4. Законодательство периода становления абсолютизма. - С. 355.
6. Лунц Д.Р. Проблема невменяемости в теории и практике судебной психиатрии. - М.: Медицина, 1966. - С. 78.
7. Радищев А.Н. Проект для разделения уложения российского. Материалы и исследования. - М.: АН СССР, 1936. - С. 91.
8. См.: Лунц Д.Р. Проблема невменяемости в теории и практике судебной психиатрии. - М.: Медицина, 1966. - С. 34.
9. См.: Назаренко Г.В. Невменяемость в уголовном праве. - Орел, 1994. - С. 67.
10. Там же. - С. 68.
11. См.: Хрестоматия по уголовному праву: Учебное пособие в 2-х ч. Ч.1. Т.2. - Воронеж: ВИ

- МВД России, 2000. - С. 31.
12. См.: Назаренко Г.В. Указ. соч. - С. 110.
13. Таганцев Н.С. Указ. соч. - С.473.
14. См.: Там же.
15. См.: Лазарев А.М. Субъект преступления. - М., 1981. - С. 48.
16. См.: Протченко Б.А., Михеев Р.И. Состав общественно опасного деяния невменяемого и его уголовно-правовая квалификация. - М., 1982. - С. 108.
17. См.: Хрестоматия по уголовному праву: Учебное пособие в 2-х ч. Ч.1. Т.3. - С. 18.
18. См.: Лазарев А.М. Указ. соч. - С. 49.
19. Цип. по: Михеев Р.И. Невменяемый. Социально-правовой очерк. - Владивосток: ДГУ, 1992. - С.57.
20. См.: Энциклопедия государства и права. - М.: Комакадемия, 1930. - С. 164.

К ВОПРОСУ О ВИКТИМОЛОГИИ

Duboshin A. W.

Re Victimology

The author of the article gives detailed concept of victimology as a science and describes its subject of investigation. The hystorical development of the "victim" concept is analysed.

Социальная обстановка в России в процессе становления и развития государственной демократизации и общественной жизни претерпела значительные изменения. Безусловно, не все изменения можно охарактеризовать с положительной стороны. И в первую очередь это касается благополучия молодого поколения россиян.

Негативные тенденции выражаются в социальной незащищенности, снижении деторождения, в росте бездуховности, распаде родственных и семейных связей, обострении проблем трудоустройства, росте пьянства, наркомании, безнадзорности и бродяжничества, росте насилия со стороны старшего поколения. И они опаснее тем, что молодое поколение является будущим любой страны, от их личностных качеств зависит судьба всего общества.

Насилие в разных его проявлениях сопровождает человечество на протяжении всей его истории. Особенно значимы его проявления в «переходные периоды», когда общество несет потери, связанные с изменениями социально-политического устройства государства, с экологическими бедствиями, техногенными катастрофами.

Оно приносит жертвы не только техническому прогрессу, но и преступности. Так, за 2006 г. было совершено 2526305 преступлений, из них особо тяжких и тяжких - 1347237¹, а за 2007 г. – 2756398, из них тяжких и особо тяжких – 1080151². Преступные деяния все чаще становятся обыденностью, однако не перестают волновать общество, а наоборот – держат его в страхе: любой член социума может оказаться жертвой убийцы, насильника, грабителя, тем более, когда они совершаются в отношении подростков.

Проблема насилия проявляется все ярче, причем во всех сферах жизни и на всех ее уровнях. Именно насилие во всех его формах и проявлениях свидетельствует о росте противоправных деяний, которыми причиняется физический, моральный и (или) материальный вред множеству людей, которые и становятся жертвами преступных посягательств³. Не случайно проблема поведения несовершеннолетнего, который порой сам провоцирует совершение преступления против себя либо по различным причинам не может обеспечить свою личную безопасность, становится все актуальнее.

Тема насилия против детей возникла в XIX в., когда семья стала эксплуатировать их, отправляя на работу, лишая образования, нормальных условий развития и т.д.⁴ Несмотря на то, что человек, понесший в результате личных качеств либо складывающихся обстоятельств физический, моральный или

имущественный вред, всегда привлекал внимание, правовое положение жертвы преступления, ее интересы и потребности оставались за пределами внимания государства. Но эта проблема в отношении подростков нашла отражение в Конвенции ООН 1989 г. о правах ребенка, Всемирной декларации об обеспечении выживания, защиты и развития детей 1990 г.⁵

До середины XX века основным элементом профилактики преступлений был сам преступник. Однако изучение причин и условий, способствующих совершению преступления, и правоохранительная практика убедительно свидетельствуют о том, что в генезисе преступления во многих случаях не последнюю роль играют сами потерпевшие, чем и обусловлена правовая защита детства.

Наука, занимающаяся изучением жертв, получила название – виктимология. Предметом ее исследований стало все, что связано с жертвой – ее психологическими свойствами, особенностями нравственных черт, характеристиками социальной культуры, ее связью с преступной средой, ролью и степенью соучастия в преступлении⁶. Помимо вышеуказанного, виктимология вырабатывает меры защиты, помогающие предотвратить ситуации, в которых личность потенциальной жертвы (ее характерологические и физиологические особенности) и ее поведение может послужить поводом к преступлению. Всестороннее изучение жертв преступных посягательств позволяет разработать нетрадиционные и наиболее эффективные меры предупреждения преступности, направленные на предотвращение не только не одобряемого с позиций права и морали поведения, но и положительного либо случайного поведения потенциальной жертвы.

Насилие в разных его проявлениях сопровождает человечество на протяжении всей его истории. Учитывая многообразие жизни (работа, быт, досуг) и все, что с ней связано, каждого члена общества опасность может подстерегать со всех сторон. Поэтому человек может оказаться как жертвой преступления, техногенных катастроф, нарушения правил техники безопасности на производстве, так и случайного стечения обстоятельств некриминального характера, войн, эпидемий. Особенно опасны различного рода противостояния, когда в криминальные экономические и политические процессы втягиваются все жители страны, в том числе и подростки⁷. Именно такими категориями лиц, оказавшимися в различного рода неблагоприятных жизненных обстоятельствах, самими обстоятельствами и жизненными ситуациями занимается виктимология.

Виктимология в буквальном понимании означает «учение о жертве» (от лат. *viktima* – жертва и греч. *logos* – учение). Это родовое понятие, из которого могут выделяться другие, более конкретные:

– неправовая (казусная) виктимология - учение о жертве несчастного случая, включающая более конкретные направления - травматология, суицидология и др.;

– правовая (деликтная) виктимология - комплексное учение о жертве противоправного посягательства, объединяющее криминальную (криминологическую) виктимологию - многоотраслевое изучение проблемы жертвы от преступления с точки зрения возмещения вреда и с позиции «вклада» жертвы в совершенное преступление; уголовно-правовую и уголовно-процессуальную виктимологию, рассматривающие жертву как потерпевшего от преступления, ее роль в объективной стороне преступления и как участника уголовного про-

цесса. В отличие от уголовно-правовой и уголовно-процессуальной, объектом изучения виктимологии криминологической является любой человек, который понес моральный, физический или имущественный ущерб от преступления независимо от того, признан ли он в установленном законом порядке потерпевшим или нет.

В современных условиях активизации научно-технического развития, «размножения» форм собственности и видов экономической деятельности, коррупции, «компьютерных хищений» встает вопрос о защите от посягательств через компьютерную сеть⁸.

Проблема жертв преступлений начинает активно развиваться с конца XIX – начала XX в⁹. Первыми, кто затронул тему виктимологии, стали А.Фейербах, Ф.Джас. Однако установить ученого, которого можно было бы назвать первооткрывателем виктимологии в ее современном понимании, трудно и невозможно. Тем не менее, датой ее рождения принято считать 1941 г., связанный с появлением статьи американского ученого немецкого происхождения, Ганса фон Гентига «Замечания по интеракции между преступником и жертвой». В 1948 г. в монографии «Преступник и жертва. Исследования по социобиологии преступности», исследуя уголовные дела, автор пришел к выводу, что можно найти жертву, которая содействует, провоцирует или поддается¹⁰.

Г. фон Гентиг рассматривал различные типичные ситуации и отношения, связанные с поведением жертвы, выделял типы жертв (посягатель-жертва, латентная жертва; обладающие возможностью к сопротивлению и бесполезные для общества – старики, дети, женщины; «обезоруженные» - с нечистой совестью, совершившие преступление и потому не имеющие возможности сопротивляться вымогательству, шантажу, и «защищенные» - способные обезпечить свою безопасность).

Б. Мендельсон рассматривал виктимологию как самостоятельную научную дисциплину. В его докладе «Новая отрасль биопсихосоциальной науки - виктимология», прозвучавшем на конференции психиатров в 1947г., содержались многие основополагающие положения виктимологии. Он же и ввел понятие нового научного направления «виктимология».

Г.Элленбергер значительное место отводит «прирожденной» жертве и патологическим состояниям, сопровождающим виктимологические ситуации, случаи, когда лицо может стать либо жертвой, либо преступником последовательно или одновременно.

Но как научное направление учение о жертвах начинает формироваться после Второй мировой войны: выходят в свет труды А. Фаттаха «Виктимология: что это такое и каково ее будущее?», Х. Нагеля «О месте виктимологии в криминологии», «Начало виктимологии», Л.В. Франка «Виктимология и виктимность», «Потерпевшие от преступления и проблемы советской виктимологии», В.Я. Рыбальской «Виктимологические проблемы преступности несовершеннолетних» и т.д., проводятся международные конгрессы, конференции, симпозиумы по данной проблеме.

Виктимология тесно связана с правом, криминологией, психологией и психиатрией и включает изучение всех лиц, которым причинен вред, и безусловно – с уголовным правом, уголовным процессом, уголовно-исполнительным правом, криминалистикой, судебной медициной, судебной психиатрией и судебной психологией, и занимается изучением лишь жертв от криминальных посягательств.

Объектом изучения виктимологии является (в отличие от криминологии, где одним из элементов предмета является причинитель вреда - его взгляды, привычки, представления о себе и окружающих, своих обязанностях), сам потерпевший - его поведение и личностные особенности. Виктимология рассматривает потерпевшего, который становится таковым (и нередко) не по своей воле, а также преступления, в которых жертва и преступник являются соучастниками. В этой связи можно определить предметом изучения виктимологии:

- морально-психологические, социальные, правовые и иные характеристики жертв преступления, позволяющие понять, в силу каких эмоциональных, волевых, моральных качеств, социально-ролевых или других причин человек оказался потерпевшим от преступления;
- групповая уязвимость и массовая уязвимость, удельный вес потерпевших в общей массе населения;
- отношения, связывающие причинителя вреда и жертву (как длительные, так и мгновенно возникшие);
- посткриминальное поведение потерпевшего, имеющее значение для предупреждения новых преступлений;
- ситуации, которые предшествуют преступлению, а также ситуации, сопровождающие их.

Кроме того, Д.В.Ривман и В.С.Устинов в совместной работе выделяют и другие элементы предмета виктимологии¹¹:

- систему мероприятий профилактического характера, в которых учитываются и используются защитные возможности потенциальных и реальных жертв;
- пути, возможности, способы возмещения причиненного вреда (некоторые из которых рассматривает и В.Е.Квапшис¹²)¹³.

Современная криминогенная обстановка повсеместно усугубляется, сферы влияния криминальных структур все расширяются, поэтому необходимость выделения таких составляющих криминальной виктимологии, как виктимологии насильственной, экономической, корыстной, корыстно-насильственной, пенитенциарной, женской преступности и преступности несовершеннолетних (ювенальной виктимологии) для более эффективной профилактической работы не вызывает сомнений. Кроме того, целесообразно было бы выделить виктимологическую педагогику, исследующую методы, методику и тактику обучения детей и родителей навыкам безопасности (Д.В.Ривман, Ю.Дубягин, Д.Калугин, В.С. Устинов, Дж.Симсон и Г. Маккол, П.Стайтмэн)¹⁴.

Криминальную виктимологию (виктимологию в узком смысле) нельзя рассматривать отдельно от криминологии (учитывая ее принадлежность, происхождение и научно-прикладной характер) и социально-экономических наук (учитывая их причинно-следственные связи). Тем не менее, право на самостоятельность за ней остается. Все вышесказанное позволяет дать понятие виктимологии. Это одно из научных направлений криминологии, изучающее морально-психологические и социальные характеристики жертв преступных посягательств, благодаря которым они становятся таковыми, меры воздействия на потенциальных жертв с целью активизации их защитных возможностей, а также пути и способы возмещения вреда потерпевшим.

Во всех государствах и во все времена система правосудия ставила перед собой задачу раскрытия преступления и наказания виновных. Несмотря на то,

что человек, понесший в результате личных качеств либо складывающихся обстоятельств физический, моральный или имущественный вред, всегда привлекал внимание, правовое положение жертвы преступления, ее интересы и потребности оставались за пределами внимания государства. Но эта проблема волновала общество, что нашло отражение в своеобразных источниках (фольклоре, художественной литературе), где точно подмечается специфика взаимоотношений жертвы с причинителем вреда, основанная на наблюдении и обобщениях различных форм проявления жизни.

Уже в Законах Хаммурапи, Ману и XII таблиц содержатся различные аспекты «принципа Талиона», который интересен как адекватная санкция за причиненный вред, а также указание на ненадлежащие поведения потерпевшего.

В библейском сюжете о Каине и Авеле можно проследить тему жертвы: Авель, чувствуя за собой вину, не находит в себе сил к сопротивлению и все же идет за Каином в поле, где последний и убивает его.

Среди зарубежных авторов, наверное, главенствующее положение занимает Д.Дефо. Его произведения «Полковник Джек», «Капитан Синглетон», «Леди Роксана» повествуют о преступном мире Англии конца XVII – начала XVIII веков, анализируя причины происходящих в обществе негативных событий. И, естественно, он обращает внимание на роль несовершеннолетнего потерпевшего. Другой английский писатель, Т. Кинслей, в 20-е годы прошлого столетия опубликовал повесть «Убийство, рассматриваемое как искусство», которую многие исследователи называют трактатом о жертвах. Механизм зарождения и развития преступного деяния достаточно полно раскрыт в повести немецкого писателя Ф. Верфеля «Не убийца, а убитый виноват». В ней он попытался доказать, что существуют преступления, в которых больше виноват потерпевший¹⁵.

В русской литературе особое место занимают произведения Ф.М. Достоевского «Братья Карамазовы», «Преступление и наказание», в которых автор приводит различные виды жертв и варианты развития преступной ситуации в зависимости от поведения последних. Роль жертвы в генезисе преступления ярко отражена в «Убийстве» и «Драме на охоте» А.П. Чехова. В современной российской литературе доминируют произведения с криминальным сюжетом, где жертва играет не последнюю роль. Однако в любом романе, повести или отдельно взятом сюжете можно проследить тему жертвы, которая становится значимой только в случае закрепления в праве.

С конца XIX – начала XX в. тема жертвы звучит не только в литературе, но и все отчетливее – в юриспруденции. Первыми, кто затронул тему виктимологии, явились А. Фейербах («Документальное изложение знаменитых преступлений»), Ф.Джас («Убийство и его мотивы»). Однако установить ученого, которого можно было бы назвать первооткрывателем виктимологии в ее современном понимании, трудно и невозможно.

Подводя итог, необходимо отметить, что основной мировой тенденцией является абсолютный и относительный рост регистрируемой преступности. Вызывают опасения и формы совершения преступных посягательств – изощренные и разрушительные. Она несет огромное количество смертей, повреждений здоровья, материальные затраты на содержание правоохранительного аппарата, простои в производстве и многие другие.

Причем последствия преступных посягательств ощущают на себе ежегодно миллионы людей. Между тем, закрепление прав и свобод гражданина и человека в международных документах, Конституции России и Уголовном законе не реализуются на практике.

В первую очередь это связано с отсутствием отражения в правоприменительной деятельности статистики жертв преступных посягательств, что свидетельствует об игнорировании в практике правоохранительных органов защиты прав и интересов жертв преступлений. В этом и состоит одна из основных причин общего ощущения незащищенности, пассивности и нежелания граждан помогать правоохранительным органам.

Литература

1. По данным ГИЦ МВД РФ.
2. Общие сведения о состоянии преступности в России за 2003 г. // Щит и меч. 2003. 18 февраля.
3. См.: Там же. – С.18-22.
4. См.: Криминология: вчера, сегодня, завтра. / Труды Санкт-Петербургского криминологического клуба. – СПб, 2002. – С. 94.
5. См.: Основы ювенального права. Учебное пособие. В 3-х томах. Том II. / Под науч. ред. А.В. Заряева, Е.Д. Волоховой, С.Т.Гаврилова. 2-е изд., испр. и доп. – Воронеж, 2003. – С. 72, 124.
6. См.: Бафия Е. Проблемы криминологии. Диалектика криминогенной ситуации. – М., 1983. – С.104.
7. См.: Криминология – XX век / Под ред. В.П.Сальникова. – СПб, 2000. – С. 113.
8. См.: Горшенков Н.Г. Криминологический словарь. – Сыктывкар, 1995. – С.57.
9. См.: Щеголева А.Н. Основы виктимологии: Лекция. – Воронеж, 2002.
10. Цит. по: Ривман Д.В. Криминальная виктимология. – СПб., 2002. - С. 24.
11. См.: Ривман Д.В., Устинов В.С. Виктимология. – СПб., 2000.– С. 9.
12. См.: Квашиш В.Е. Основы виктимологии. – М.,1999. – С. 24.
13. См.: Там же. - С.9.
14. См.: Ривман Д.В., Устинов В.С. Указ раб.– С.11; Дубягин Ю. Следующая жертва – ты. Непридуманнные криминальные сюжеты и азбука безопасности. – М., 1995; Калугин Д. Как уберечься от воров и насильников: Малая домашняя энциклопедия. – Тверь, 1991; Симсон Дж., Маккол Г. 76 способов защитить Вашего ребенка от преступников. – СПб., 1995; Стайтмэн П. Безопасность Вашего ребенка. – СПб., 1995.
15. См.: Полубинский В.И. Виктимологические аспекты профилактики преступлений. – М., 1980. – С.7-8.

ДЕФОРМАЦИЯ СЕМЕЙНЫХ ОТНОШЕНИЙ КАК ИСТОЧНИК СЕМЕЙНОГО НАСИЛИЯ

Sitnikov S. N.

Family relationship deformation as the reason of family violence

In the article the criminological analysis of aggressive criminality on the basis of family relationships is given. The reasons, victims and consequences of family violence are described.

В последние годы все большее внимание и беспокойство общественности и правоохранительных органов вызывает насилие в семье, ставшее наиболее распространенной формой агрессии в современной России.

В своем Послании Федеральному собранию РФ от 27 апреля 2007 г. Президент РФ В.В. Путин, поддерживая инициативу об объявлении 2008 г. Годом семьи в России, рассчитывает, что его проведение позволит объединить усилия государства, общества, бизнеса вокруг важнейших вопросов укрепления авторитета и поддержки института семьи, базовых семейных ценностей. И это не случайно, потому что современный ритм жизни затрудняет полноценное доверительное общение, препятствует установлению положительных эмоциональных связей, изменяются ролевые взаимоотношения между членами семьи, а это оказывает влияние на продолжающийся кризис семейных отношений, и, как следствие, наблюдается рост насильственных деяний в семейной сфере.

Так, по результатам исследований, 30-40% тяжких насильственных преступлений совершается именно в семье. Жертвы семейно-бытовых конфликтов составляют наиболее многочисленную группу среди погибших и пострадавших от любых преступлений. Насилие в семье является распространенным явлением во всем мире, а на Четвертой Всемирной конференции ООН по положению женщин (Пекин, 1995 г.) оно признано «эпидемией» в большинстве стран, поэтому законодательные акты против семейного насилия приняли 89 стран мира. Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин ратифицирована 185 странами.

Однако многие государства нередко пренебрегают тем фактом, что насилие, например, в отношении женщин согласно международному праву является преступлением и стоит вне закона, и что государства обязаны оказывать помощь и предоставлять защиту жертвам такого насилия.

«Насилие не ограничивается рамками какой-то одной страны, оно присутствует в той или иной степени на всех континентах», – отмечает заместитель генерального секретаря ООН по экономическим и социальным вопросам Джозе Антонио Окампо.

«Формы так называемого домашнего насилия довольно широко распространены в мире, хотя, как правило, об этом предпочитают умалчивать. В 102 странах мира вообще не существует закона, предусматривающего наказание

за «домашнее» насилие, а супружеское насилие по гендерному признаку не является уголовно наказуемым как минимум в 52 странах мира», – подчеркивает советник генерального секретаря ООН по гендерным вопросам Рашель Майанджа.

С течением времени отношение общества и государства к жестокости в семье менялось. Раньше многие виды насилия в быту были фактически узаконены. Государство, исповедуя формальный принцип невмешательства в семейные дела, наделяло при этом мужчину широкими властными полномочиями по отношению к другим членам семьи. К примеру, в лондонской полиции в начале века считались с таким правилом: «Муж сварливой жены имеет право побить ее дома, при условии, что палка, которую он использует, не будет толще большого пальца его руки». В Америке в 1824 г. в некоторых штатах закон официально освободил мужей от ответственности при умеренном физическом наказании жены в случаях «крайней необходимости».

В Америке и Европе проблема насилия в семье получила негативную оценку со стороны общества в 70-е годы двадцатого века, когда идеи равноправия мужчин и женщин в браке и на работе получили широкое признание. В 70–80-х гг. возрастает общественная осведомленность о семейной жестокости, супружеское насилие признается недопустимым.

В советский период насилие в семье было «закрытым» вопросом. Им занимались только криминологи и другие специалисты при изучении преступлений, совершенных в семейно-бытовой сфере. На обсуждение этой проблемы на государственном уровне было наложено своего рода табу. Насилие в семье не могло стать социальной проблемой в стране, где в уголовно-правовой доктрине приоритетными объектами защиты были государственные интересы и государственная собственность.

Как правило, изучение насилия в семье сводилось только к рассмотрению физического насилия в соответствии со статьями Уголовного кодекса. О многогранности этого социального явления, проявляющегося в различных формах, лишь упоминалось в контексте взаимосвязи с физическим насилием.

Внутрисемейное преступное поведение в силу его значительной распространенности причиняет обществу ощутимый вред. При оценке показателей внутрисемейных насильственных преступлений следует иметь в виду значительный уровень латентности в связи с тем, что семья — относительно закрытый социальный институт.

Обострение проблемы внутрисемейного преступного насилия обусловлено такими процессами общественного развития, как усиление социальной напряженности, социальная дифференциация населения по имущественному признаку, политическая нестабильность, а также распад традиций в семейной сфере.

В начале XX в. сформировалось классическое направление в изучении феномена насилия в уголовном праве. У его истоков стояли Н.С. Таганцев, А.Н. Трайнин, И.Я. Фойницкий и др. Проблему насилия они рассматривали, прежде всего, с уголовно-правовых позиций, причем насилием называли только тяжкие преступления против личности, главным образом убийства. Чаще всего они трактовали проблему как субъективно-личностный феномен.

Поиск вне личностных критериев получил свое развитие позже, после установления в России Советской власти. Занимались этим М.Н. Гернет, М.М. Исаев, А.А. Пионтковский, Б.С. Утевский и некоторые другие.

К настоящему времени семья все чаще становится местом конфликтов, столкновений, разрешение которых нередко заканчивается нежелательными последствиями для членов семьи и особенно для детей. Это классический показатель, отражающий материальный, духовный уровень жизни страны, государства. Любые изменения, особенно затрагивающие основы жизнедеятельности общества (что имеет место у нас), неизбежно по своим последствиям с различной остротой откликаются во взаимоотношениях членов семьи. Лишь в незначительной части их острота, доходящая до уровня конфликта, «гасится» за счет культуры, воспитанности членов семьи, оставляя после себя психические, душевные травмы – надломы.

Насилие в семье – это не просто межличностный семейный конфликт, а обстановка, климат, определяющая нравственное состояние общества, его здоровья.

Формы его проявления в современной семье разнообразны: прямое физическое, психическое и моральное давление, предельное ограничение средств к существованию, сексуальное принуждение, игнорирование родительских обязанностей, соединенное с жестоким обращением с несовершеннолетним. При этом чаще всего дискриминации подвергаются женщины, дети, старики – их право на жизнь, честь, личную неприкосновенность, уровень жизни, необходимый для нормального жизненного существования и другие.

По данным социологических исследований, основными причинами возникновения насилия в семье являются социально-экономические и личностные проблемы: низкий материальный уровень жизни, безработица, неудовлетворительные жилищно-бытовые условия и, как следствие, семейные неурядицы, ревизия и утрата нравственных ориентиров, деградация личности, нередко сопровождаемые алкоголизмом, наркоманией.

Результат действия таких причин, при отсутствии активности в их купировании, общеизвестен. По данным МВД РФ, в России около 80 процентов преступлений против личности происходит на почве домашнего насилия. Примерно 14 000 женщин в РФ каждый год погибают от бытового насилия. По информации общественных организаций, каждый день 36 000 женщин становятся жертвами жестокого обращения или побоев со стороны своего мужа или родственников. Согласно официальной статистике, насилие в той или иной форме наблюдается в каждой четвертой семье. Надо иметь в виду, что в 75 процентах случаев дети в последующем воспроизводят отрицательный опыт внутрисемейных отношений.

Исследование криминологических проблем семейного насилия требует предварительного рассмотрения некоторых общих методологических положений. Они связаны, прежде всего, с анализом содержания и особенностями семейной сферы.

В научной литературе семья рассматривается как объединение людей, основанное на брачных, родственных, партнерских отношениях и связанных общностью быта, взаимной ответственностью. Семья включает в себя отношения между мужем и женой, родителями и детьми, другие отношения, приобретающие разнообразные формы партнерства, сожительства и т. п. Важно учитывать, что семья, как правило, локализована в пространстве, имеет единую экономическую основу, совместный быт, планирует будущее. И тем не менее, каждый член семьи — личность со своими переживаниями и интересами, на-

деждами и потребностями. Вполне понятно, если нет желания прийти к компромиссу, под действием внешних обстоятельств и эмоциональной несдержанности это может привести к опасным последствиям.

Как правило, насилие в семье характеризуется следующими чертами:

- если уже имело место физическое насилие, то обычно с каждым последующим разом возрастает частота его повторения и степень жестокости;
- насилие и оскорбительное поведение чередуются с обещаниями измениться и извинениями, приносимыми обидчиком;
- при попытке порвать отношения наблюдается эскалация опасности для жертвы;
- домашнее насилие происходит в любых слоях и категориях населения, независимо от классовых, расовых, культурных, религиозных, социо-экономических аспектов, а также возможно как в семьях гетеросексуалов, так и геев, и лесбиянок.

Таким образом, насилие в семье есть реальное действие или угроза физического, сексуального, психологического или экономического оскорбления и насилия со стороны одного лица по отношению к другому, с которым лицо имеет или имело интимные или иные значимые отношения.

По своей криминологической значимости российские семьи можно подразделить на здоровые, адаптированные и девиантные (в качестве базовой принята классификация, предложенная Д.А. Шестаковым¹).

Здоровая семья — это семья, не подверженная влиянию деструктивных экономических и социально-психологических процессов, члены которой находятся в состоянии полного физического, духовного и социального благосостояния. Среди такого рода семей формируются счастливые семьи.

Адаптированная семья — это семья, внутрисемейные отношения которой характеризуются согласованностью, взаимопониманием, стабильностью. В отличие от здоровой семьи она обладает меньшим комфортом, но ее законопослушные члены удовлетворяют основные потребности в соответствии с интересами, нравами, традициями, привычками других членов семьи, отсутствует взаимное отчуждение, отличается низкая степень конфликтности, напряженности межличностных отношений, благосостояние на достаточно высоком уровне.

Девиантная семья — это семья, нуждающаяся в повышенном социальном контроле. Ее разновидностями являются трансцендентная и неблагополучная семьи.

Трансцендентная семья — это семья, имеющая необходимый материальный достаток, но складывающиеся семейные отношения выходят за привычные традиционные рамки, в том числе внебрачные семьи, альтернативные семьи мигрантов, полигамные семьи (многоженство), бигамные (двубрачные) семьи и т. п.

Неблагополучные семьи, являющиеся для органов внутренних дел важнейшим объектом профилактики, социологи условно подразделяют на проблемные (или асоциальные семьи) и дезорганизованные.

Для качественной характеристики семьи целесообразно различать функциональную (наличие нарушений семейных функций) и структурную (отсутствие полной семьи) формы семейного неблагополучия.

Неблагополучие семьи выражается в невыполнении семьей своего назна-

чения по приспособлению ее членов к общественной жизни, обуславливающее их криминализацию, а также в способствовании семье появлению у ее членов намерения совершить преступление.

Проблемная семья (или асоциальная семья) — это семья, член (члены) которой находится в трудной жизненной ситуации в связи с инвалидностью, болезнью, конфликтами и жестоким обращением в семье, безработицей, а также другими обстоятельствами, нарушающими их жизнедеятельность, и которая не может самостоятельно справиться с проблемой. Напряженность внутрисемейных отношений, отсутствие взаимопонимания, дискомфортность совместного проживания выражаются в конфликтах, противоправным поведением во внутри- и внесемейной сфере.

Для дезорганизованной семьи характерны конфликты лишь внутри семьи, между ее членами.

Именно выходцами последних двух типов семей «выводится» в Санкт-Петербурге, по исследованиям К.К. Гасанова и В.С. Харламова², являются более 40% несовершеннолетних правонарушителей.

Проблемная семья (или асоциальная семья) подразделяется на кризисную и криминогенную семьи.

Кризисная семья — это семья, требующая срочной социальной помощи со стороны государства вследствие возникновения непредвиденных, непреодолимых собственными силами обстоятельств. К таким семьям можно отнести семьи погорельцев, семьи, оставшиеся в результате несчастного случая без родителей.

Криминогенная семья состоит из трех типов семей: конфликтной, десоциализирующей и преступной.

Конфликтная семья — это семья, наличие конфликтов в которой может способствовать совершению того или иного вида преступлений как внутри семьи, так и за ее пределами.

Десоциализирующая семья — это семья, тем или иным образом способствующая или не противодействующая совершению ее членом преступления. Именно данный тип семьи является ядром внутрисемейного насилия.

Разновидностями последнего типа являются «пассивная» и «неспособная» семья.

Пассивная семья — это семья, не проявляющая должной активности в противодействии антиобщественной направленности поведения своих членов. Неспособная семья — семья, не способная выправить наметившееся отклонение поведения ее членов от социальных норм.

Преступная семья — это семья, являющаяся преступной группой с привлечением родных в совместную противозаконную деятельность и целенаправленно вырабатывающая у них преступное поведение. Так, на экономическую преступность Санкт-Петербурга наибольшее влияние среди этнических преступных группировок (ЭПГ) оказывают: азербайджанские, армянские, дагестанские, чеченские ЭПГ, состоящие, в первую очередь, из близких родственников.

Семья обеспечивает своим членам экономическую, социальную и физическую безопасность. Она служит системой поддержки прав каждого ее члена. Для выполнения этих функций большое значение имеют также семейные и родственные связи, взаимодействие семейных групп. Семья выступает так-

же фундаментальным посредником между человеком, государством и другими социальными институтами. Полноценное выполнение семьей ее функций является необходимым условием сохранения исторической преемственности поколений, развития личности и общества в целом, общественной стабильности и прогресса. В ходе социальных перемен семья становится одним из основных институтов формирования новых ценностей и норм поведения.

Основной проблемой современных семейных отношений является согласование индивидуальных устремлений актуальных и потенциальных членов семьи в качестве необходимого условия семейной жизни. Неудача в таком согласовании все чаще является основной причиной низкого качества семейных отношений, разводов, появления неполных семей.

Проведенное в Санкт-Петербурге в 2003—2007 гг. исследование показало, что ежедневно в дежурных частях милиции Санкт-Петербурга фиксируется в среднем около 500 телефонных обращений граждан в связи с семейно-бытовыми конфликтами. До трети этих обращений бывают ложными; для виновных три из десяти вызовов на бытовой конфликт заканчиваются, как правило, привлечением к административной ответственности, один из десяти — к уголовной ответственности. Ежедневно в дежурных частях милиции Санкт-Петербурга регистрируется не менее двух заявлений о домашнем насилии и около 80 телефонограмм из медицинских учреждений об обращении туда пострадавших от конфликтов в сфере быта.

Наибольшее число фактов семейного насилия, как уголовно-наказуемых, так и административно-наказуемых, приходится на вечернее, с 19 до 23 часов, время — 42% преступлений, и ночное время, с 23 до 7 часов утра, — 34% преступлений.

Совершают преступления чаще всего в рабочие дни: понедельник—пятница — 48% преступлений; весной, чаще всего в мае — 17% преступлений. Можно утверждать, что большая часть преступлений данной категории совершается весной в будние дни в вечернее и ночное время.

Противоречия обостряются и перерастают из конфликтов в преступления чаще в тех в семьях, где есть не малолетние, а взрослые дети.

Большинство посягательств (около 60%) имеют место в отдельных квартирах и частных домах. Это свидетельствует об ослаблении социального контроля в изолированных помещениях. Виновными в их совершении в 54% случаев являлись мужья, в 16% — сожители, в 10% — взрослые дети. Причины этих конфликтов заключались зачастую в систематическом пьянстве мужа или сожителя (40%), унижающем отношении (36%), предосудительном поведении взрослых детей (9%), реже — из-за ревности (7%), неправильного отношения к воспитанию детей (3%).

Употребление алкоголя и наркотических веществ выступает в качестве способствующего обстоятельства при совершении таких преступлений. 49% внутрисемейных убийств было совершено во время совместного распития спиртного и 4% — в состоянии наркотического опьянения. Каждое второе внутрисемейное убийство совершалось во время ссоры, возникшей после совместного распития спиртных напитков. Нередко будущая жертва пьянствует, наносит оскорбления и избивает будущего преступника. Зачастую поведение преступника и потерпевшего в ходе разногласий и споров ничем не отличается, и лишь ситуация решает — кто из них «преступит», а кто «потерпит». Пьянство вы-

ступает в качестве способствующего обстоятельства в таких преступлениях. В одних семьях алкоголизм одного из членов является постоянной причиной ссор и в результате приводит к совершению преступления, в других — пьянство является стилем жизни, что способствует возникновению ссор. Под влиянием алкоголя семейные конфликты перерастают в преступления, так как под воздействием спиртного возникают психологические состояния, стимулирующие проявление ранее сформировавшихся отрицательных свойств личности, ослабляются социальные связи с семьей.

Чаще потерпевшими от таких преступлений выступают женщины (около 70%). Причем в большинстве случаев совершению преступлений в отношении женщин предшествовали конфликты, возникающие на почве невыполнения или ненадлежащего выполнения потерпевшими мелких бытовых услуг, просьб или поручений, из-за придирок и оскорблений виновного, безмотивных капризов. Лишь в 12% случаев внутрисемейное убийство готовилось заранее, имелся продуманный план его совершения.

Доля пожилых лиц в возрасте 50 лет и старше равна примерно 20% от общей численности населения в нашей стране, а удельный вес преступлений против них — на уровне 40% общего массива преступлений в отношении граждан всех возрастных категорий.

Характерно, что в отношении пожилых родственников чаще всего совершаются убийства, причинение тяжкого вреда здоровью, кражи. Сексуальные преступления чаще всего совершаются в отношении несовершеннолетних родственников.

Анализируя статистические данные о посягательствах, совершенных в семейной сфере, следует отметить, что в структуре семейных убийств преступления против супругов занимают центральное место. Убийство супруга (более 30% всех внутрисемейных убийств) — самая опасная форма преступного посягательства в отношении члена семьи.

Возраст жертв убийств, вызванных ревностью (данная категория посягательств охватывает 4% внутрисемейных убийств), составляет в большинстве своем от 30 до 50 лет. Нередко они не соблюдают супружескую верность, их брачный партнер обладает мнительным, несдержанным характером.

Жертвами убийства, связанного со стремлением освободиться от семейных забот (5% внутрисемейных убийств), являются зачастую тяжело больные люди, немощные старики, малолетние дети, беременные женщины. Родственник — убийца тяготится семейными обязанностями.

Жертвы корыстных посягательств (7% внутрисемейных убийств), в основном в возрасте старше 50 лет, обладают наследством, ценностями, дополнительной жилой площадью, что привлекает убийцу — родственника. Среди таких убийц достаточно много женщин, которые иногда приглашают киллера из числа любовников или других лиц.

Жертвы убийства, связанного с внутрисемейной борьбой за власть и лидерство (в 60% внутрисемейных конфликтов на одну женщину — убийцу приходится 3 мужчины — убийцы). В последние годы наметилась тенденция опережающего прироста женщин, совершивших тяжкие насильственные преступления, по сравнению с аналогичными показателями мужских посягательств.

В возрасте до 18 лет посягательства в отношении членов своей семьи совершили 2% преступников, с 18 до 30 лет — 30%, с 30 до 50 лет — 45%, свы-

ше 50 лет — 21%. Приведенные данные свидетельствуют, что внутрисемейные насильственные преступления совершают в основном лица зрелого возраста, активная часть населения.

Большинство осужденных (52%) состояли в юридически оформленном браке и прежде в другом не были, 24% — не состояли в браке, но прежде были, а 20% никогда в браке не состояли.

В характеристике личности важное значение имеет ее образовательный уровень, который, на наш взгляд, в определенной мере влияет на общую культуру, интеллектуальное и эстетическое развитие.

Из опрошенных осужденных высшее образование имели только 5%, среднее специальное — 22%, среднее общее — 34%, неполное среднее — 39%.

Для лиц с невысоким образовательным уровнем более всего характерны неразвитость культурной сферы и невоспитанность чувств, в силу чего они нередко склонны удовлетворять свои потребности и разрешать конфликты с применением физической силы. Лица с высоким уровнем образования и культуры находят выход из конфликтов иным, как правило, непреступным способом, в том числе путем развода.

Подавляющая часть правонарушителей, совершивших внутрисемейные насильственные преступления (63,%) до совершения преступления не работали и не учились. 18% были неквалифицированными рабочими, 12% работали в сфере материального производства, 5% были пенсионерами, 2% работали в сфере обслуживания.

Низкий уровень среднего ежемесячного дохода на каждого члена семьи (условно) имели 74% опрошенных осужденных.

Только 45% осужденных, совершивших данное преступление, выросли в полной семье. Без одного из родителей росли 47%, а 8% — без обоих родителей, и воспитывались у родственников либо в детском доме.

Систематизируя приведенные факты, можно сделать вывод, что внутрисемейные насильственные преступления совершаются чаще всего в семьях с низким социальным и материальным уровнем, в состоянии алкогольного опьянения; преступное поведение формируется на фоне деформаций в быту и образа жизни определенных слоев населения. Тунеядство, пьянство и наркомания, половая распущенность и проституция деформируют личность, личность становится более жестокой и агрессивной. Это характерно для маргинальных семей, у которых неустойчивая, неблагополучная среда обитания, убогий и искаженный досуг. Внутрисемейные насильственные преступления совершаются чаще всего между супругами в семьях с низким социальным и материальным уровнем, в состоянии алкогольного опьянения.

Таким образом, в результате проникновения насилия в жизнь семьи наблюдается деконструкция нравственных, гуманистических основ семейного воспитания, прогрессируют детская безнадзорность и беспризорничество, несовершеннолетние все активнее вовлекаются в потребление спиртных напитков, наркотиков, в проституцию и криминальную деятельность.

В такой обстановке совершенствование мер предупреждения насилия в семье становится важнейшей задачей государства.

Примечания

1. Шестаков Д.А. Семейная криминология.– М.: Юридический центр Пресс, 2003.–389с.
Шестаков Д.А. Внутрисемейные насильственные преступления: уголовно–правовой аспект //Правоведение.–2001.–№2.–С.163–172.
2. Гасанов К.К., Харламов В.С. Превенция насилия в семье //Юридический консультант.– 2004.– №2.– С.20–25.

Трибуна молодого учёного

Куан Цзэнцзюнь

ДОПУСТИМОСТЬ МЕЖДУНАРОДНОГО АРБИТРАЖНОГО РАЗБИРАТЕЛЬСТВА (АРБИТРАБИЛЬНОСТЬ КОММЕРЧЕСКИХ СПОРОВ) В КИТАЕ

Аннотация

Одним из наиболее существенных аспектов, определяющих практическое значение международного коммерческого арбитража в качестве средства защиты нарушенного права, а также его важность среди допускаемых законом методов разрешения споров, является регулирование национальным законодательством вопроса о том, какие споры могут быть предметом международного арбитражного разбирательства.

В настоящей статье рассматривается вопрос об арбитрабельности предмета спора в материковом Китае, Гонконге, Макао и Тайване Китая.

Kuang Zengjun

国际商事争议的可仲裁性问题，涉及到法律规定何种类型的争议可以通过仲裁解决，何种类型的争议专属于法院的范围。本文阐述了中国（内地、香港、澳门和台湾）的国际商事仲裁制度中的争议可仲裁性（仲裁范围）问题。

Одним из наиболее существенных аспектов, определяющих практическое значение международного коммерческого арбитража в качестве средства защиты нарушенного права, а также его важность среди допускаемых законом методов разрешения споров, является регулирование национальным законодательством вопроса о том, какие споры могут быть предметом международного арбитражного разбирательства¹. Правовые нормы, составляющие это регулирование, устанавливают пределы, в которых коммерческий арбитраж как альтернатива государственному суду может выполнять свои функции, порождая такие же правовые последствия, как и судебное разбирательство. В некоторых случаях для определения арбитрабельности необходимо ответить на вопрос о том, имеет ли суд право рассмотреть тот или иной спор, несмотря на наличие арбитражного соглашения, или даже на вопрос о пределах арбитражного соглашения в конкретном деле². Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже применяются в отношении споров, возникших из правоотношения, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства³. Это хорошая иллюстрация того, насколько тесно взаимосвязаны вопросы собственно арбитрабельности и вопросы действительности арбитражного соглашения⁴.

Во многих государствах в качестве общего правила устанавливается, что все споры, которые возникают между участниками гражданско-правового (имущественного) оборота, могут быть переданы на разрешение в арбитражном порядке. Вместе с тем некоторые споры, касающиеся отдельных видов отношений, закон прямо исключает из юрисдикции арбитража. То есть при регулировании вопроса о допустимости арбитражного разбирательства в законодательстве обычно применяется подход, выражающийся в том, что любой коммерческий спор может быть предметом арбитражного разбирательства, если иное прямо не вытекает из закона.

К примеру, российское законодательство основывается на принципе, согласно которому любой принцип между юридическими лицами в сфере частного права, подведомственный государственным судам, может быть по соглашению сторон передан на разрешение третейского суда, если только это прямо не запрещено законом⁵.

Следует отметить, что в российской науке и практике МКА вопрос об арбитрабельности споров, с учетом неоднозначной позиции государственных судов, является одним из наиболее актуальных и обсуждаемых⁶.

Китай сегодня представляет собой государство с двумя строями, тремя правовыми семьями и четырьмя правовыми системами⁷. Материковый Китай претворил в жизнь особый китайский социалистический строй и имеет соответствующую ему правовую систему⁸. При этом в Гонконге (Сянганский особый административный район КНР), Макао (Аомэньский особый административный район КНР) и Тайване, где построен современный капитализм, правовые системы различны⁹. Так, Гонконг имеет своеобразную систему общего права, а Макао и Тайвань – особую континентальную систему права. Тем не менее материковый Китай, Гонконг и Макао уже осуществили воссоединение, однако вопрос с Тайванем все еще не может найти своего оптимального разрешения. В силу сложившихся исторических и политических причин коммерческий арбитраж в каждом из четырех китайских регионов: материковом Китае, Гонконге, Макао и Тайване, — развивался по-разному, целесообразно отдельно рассмотреть эти особенности.

1. Допустимость международного арбитражного разбирательства в материковом Китае

В «Законе КНР об арбитраже» (ст. 2,3) положительно установлено, что арбитражем могут быть рассмотрены споры в отношении контрактов, споры относительно имущественных прав и интересов, возникшие между равноправными субъектами: гражданами, юридическими лицами и иными организациями. Одновременно отрицательной формой указано, что споры брака, усыновления, опеки не являются предметом арбитражного рассмотрения. Не могут быть рассмотрены арбитражем также и споры административного характера, которые по закону должны решаться государственными административными органами.

Вышеизложенное показывает, что существуют различия в сфере арбитража между Законом КНР об арбитраже и Типовым законом ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, так как споры относительно имущественных прав и интересов не приравниваются к спорам внедоговорного характера. Очевидно, что содержание понятия «споры внедоговорного характера» не совпадает с содержанием понятия «споры относительно имущественных прав и ин-

тересов». Первые, как известно, включают споры относительно как имущественных, так неимущественных прав и интересов. В новом Регламенте СІЕТАС¹⁰ также установлено, что данная арбитражная комиссия независимо и беспристрастно разрешает экономические и торговые споры, касающиеся договорных и внедоговорных отношений. В данную арбитражную комиссию могут передаваться нижеследующие споры: международные споры или споры, относящиеся к иностранному элементу; споры, относящиеся к Сянганскому особому административному району (Гонконг), Аомэньскому особому административному району (Макао) или к Тайваню; внутригосударственные споры. Можно сказать, что сфера арбитражного разбирательства в Регламенте данной арбитражной комиссии соответствует международным принципам и стандартам. Споры по вопросам интеллектуальной собственности, антимонопольного законодательства и банкротства обычно разбираются должностными лицами и компетентными государственными судами Китая и, следовательно, не подпадают под арбитражную юрисдикцию. Впрочем, после издания Закона об арбитраже даже те споры, которые никак не связаны с контрактами, могут быть переданы в арбитраж. Таким образом, некоторые семейные споры и вопросы о конкуренции могут быть рассмотрены арбитрами¹¹. Арбитры в материковом Китае имеют право на рассмотрение споров, прямо не запрещенных законом¹².

Неарбитрабельность того или иного предмета спора влечет за собой недействительность соответствующего арбитражного соглашения. Проблема арбитрабельности предстает также в качестве частного случая проблемы признания арбитражных соглашений применительно к различным категориям споров.

Невозможность передачи спора на рассмотрение арбитража (третейского суда) может вытекать также и из нормативных актов, непосредственно не касающихся регулирования вопросов арбитрабельности. Например, это имеет место в случаях, когда законом устанавливается исключительная компетенция каких-либо государственных органов разрешать определенные категории споров. В таких случаях для правильного применения соответствующих положений необходимо установить, какова цель такого регулирования, на достижение какого результата направлены нормы об исключительной юрисдикции и затрагивают ли они вопросы арбитрабельности споров, на которые распространяются правила об исключительной юрисдикции.

2. Допустимость международного арбитражного разбирательства в Гонконге

В Положении Гонконга об арбитраже не существует специального пункта или статьи о допустимости арбитражного разбирательства. Однако это не означает, что предмет арбитражного рассмотрения в Гонконге не ограничен. На основе данного Положения мы также можем анализировать вопросы о арбитрабельности споров в Гонконге.

1. В преамбуле Положения установлено, что оно разработано в целях гражданского права. Это означает, что арбитражем в Гонконге могут быть рассмотрены только такие споры гражданского характера, как арбитражем государств англо-американской правовой системы разрешаются частноправовые споры.

2. В Положении не сформулировано специального определения арбитражного соглашения, только установлено, что содержание равноправно со ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже¹³. Это озна-

чает, что допустимость арбитражного разбирательства в Гонконге идентична Типовому закону. Арбитражное соглашение по Типовому закону — это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носит ли оно договорный характер или нет.

3. При применении Типового закона в Положении Гонконга об арбитраже отрицается ограничение только международным «торговым» арбитражем, содержащееся в статье 1 Типового закона¹⁴. Таким образом сфера арбитража в Гонконге превышает объем содержания «торгового» Типового закона.

4. Вопросы обмана не могут быть рассмотрены арбитражем. В Положении установлено, что судья имеет право отменить арбитражное соглашение при условии, если одна сторона арбитража была жертвой обмана. Если арбитр сам выносит решение об отмене арбитражного соглашения, то сила такого решения соответствует по силе решению государственного суда¹⁵.

Сфера допустимости арбитражного разбирательства в Гонконге широкая. Кроме вопросов обмана, любые споры договорного и внедоговорного характера, торгового и неторгового характера там могут быть рассмотрены в арбитражном порядке.

3. Допустимость международного арбитражного разбирательства в Макао

Специальный порядок Макао о зарубежном коммерческом арбитраже почти полностью следовал Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, и поэтому нормы об арбитрабельности также почти полностью соответствуют нормам Типового закона. В Специальном порядке Макао о зарубежном арбитраже установлено, что данный закон применяется к международному торговому арбитражу. Термин «торговый» следует толковать широко, он охватывает вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, как договорных, так и внедоговорных. Отношения торгового характера включают следующие сделки: любые торговые сделки о поставке товаров или услуг или обмене товарами или услугами; соглашения о распределении; торговое представительство; факторные операции; лизинг; строительство промышленных объектов; предоставление консультативных услуг; инжиниринг; лицензирование; инвестирование; финансирование; банковские услуги; страхование; соглашения об эксплуатации или концессии; совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозка товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным и автомобильным дорогам.

В случае, если на практике возникают сомнения относительно содержания понятия арбитрабельности в отношении предмета спора, определяемой Специальным порядком Макао о зарубежном коммерческом арбитраже, следует руководствоваться приведенным разъяснением, даваемым Типовым законом.

4. Допустимость международного арбитражного разбирательства в Тайване

В предыдущем Положении Тайваня о коммерческом арбитраже не было норм об арбитрабельности. Однако название данного Положения

свидетельствует о том, что сфера арбитража ограничена областью коммерции. В Законе Тайваня об арбитраже существуют четкие обобщенные нормы об арбитрабельности. Переданные в арбитраж споры могут быть примирительно разрешены сторонами¹⁶. В соответствии с Законом Тайваня об арбитраже, только споры в отношении имущественных прав и интересов, распределенных сторонами по своему усмотрению, могут быть рассмотрены посредством арбитража. Споры в отношении личных прав не рассматриваются арбитражем.

Можно выделить два достоинства норм об арбитрабельности в Законе Тайваня об арбитраже. Во-первых, сфера допустимости арбитражного разбирательства относительно широка. Полностью выражается принцип свободного волеизъявления. Во-вторых, формулировка нормы арбитрабельности гибкая, охватывающая новые правоотношения, которые не могли быть предвидимы во время принятия закона.

Закон Тайваня об арбитраже предусматривает также, что ограничение арбитрабельности споров может вытекать и из иных законов, например, дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение в международный арбитраж.

Выводы

Изложенное позволяет сделать вывод, что в законодательстве «Большого Китая» не много норм, регулирующих вопросы арбитрабельности.

При возникновении проблем с толкованием законодательных положений, которые могут касаться вопроса о допустимости международного арбитражного разбирательства, целесообразно исходить из того, что арбитраж по коммерческим спорам не допускается только в тех случаях, когда закон прямо указывает на это.

Государственные суды в рассматриваемых правовых порядках не так ревностно, как в России, отстаивают право на свою исключительную компетенцию по разрешению некоторых категорий споров, которые считают публичными.

Представляется, что дальнейшее развитие арбитража и в Азиатско-Тихоокеанском регионе будет идти по пути тех западноевропейских правовых порядков, которые стремясь совершенствовать гражданское общество, смело допускают все новые категории споров до рассмотрения арбитражем¹⁷.

ПРИМЕЧАНИЯ

1. Комаров А.С. Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража в Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1. С. 14.
2. Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Constantine Partasides. Law and Practice of International Commercial Arbitration (4th edition). Sweet & Maxwell Ltd., London. 2004. (3-12: Arbitrability, in the sense in which it is used both in this book and generally, involves determining which types of dispute may be resolved by arbitration and which belong exclusively to the domain of the courts. Both the New York Convention and the Model Law are limited to disputes that are “capable of settlement by arbitration”.)
3. Статьи 2(1), 5(2)(а) Нью-Йоркской конвенции; статьи 34(2)(b)(i), 36(1)(b)(i) Типового закона.
4. Лобода А.И., Лобода Ю.В. Арбитрабельность споров и признание арбитражных соглашений в сфере международной морской перевозки грузов. Международный коммерческий арбитраж, 2006. № 1. С. 95.
5. Маковский А.Л. Карабельников Б.Р. Арбитрабельность споров: российский подход // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3. С. 16.
6. По этому вопросу также, в частности, см.: Ануров В.Н. Допустимость третейского согла-

- шения//Третейский суд. 2005. №3. С. 46-67; Лобода А.И., Лобода Ю.В. Арбитрабельность споров и признание арбитражных соглашений в сфере международной морской перевозки грузов// Международный коммерческий арбитраж, 2006. № 1. С. 95-105; Нестеренко А.В. Критерии арбитрабельности споров по законодательству Российской Федерации// Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4. С. 28-43; Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: проблемы, тенденции, перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 381-435.
7. Хуан Цзинь. Исследование о межрегиональных правовых вопросах в Китае. Пекин, 2001. С. 4.
 8. Шень Цзунлин. Исследование о сравнительном праве. Пекин, 1998. С. 420.
 9. 1 июля 1997 г. Китайская Народная Республика восстановила суверенитет над бывшей британской колонией Гонконг (Сянган), 20 декабря 1999 г. КНР восстановила суверенитет над бывшей португальской колонией Макао (Аомэнь). «Основной закон Сянганского особого административного района», принятый Всекитайским собранием народных представителей КНР 4 апреля 1990 г., и «Основной закон Аомэньского особого административного района», принятый ВСНП КНР 31 марта 1993 г., определяют статус особых административных районов. Основные законы ОАР гарантируют на 50 лет сохранение в ОАР капиталистического строя и образа жизни. Действующие в ОАР системы права сохраняются, за исключением актов, противоречащих Основным законам. В Гонконге, и Макао, и Тайване есть свои собственные высшие судебные органы независимые от материкового Китая, а именно: Верховный суд Сянганского ОАР, и Верховный суд Аомэньского ОАР, и Верховный суд Тайваня. Соответствующую информацию также см. в кн.: Политическая система и право КНР в процессе реформ 1978-2005/Под ред. Л. М. Гудошниковой.-М.: Русская панорама, 2007.
 10. Статья 2 и статья 3 Регламента Китайской международной экономическо-торговой арбитражной комиссии. Данный регламент вступил в силу с 1 мая 2005 г.
 11. TANG Houzhi & WANG Shengchang. PR of China in International Handbook on Commercial Arbitration/ed. J. Paulsson. Suppl.32 (December/2000)
 12. Сальпиус Ойген. Участие российских сторон в международном коммерческом арбитраже: практические советы // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 3. С. 47.
 13. Пункт 1 ст.2 Положения Гонконга об арбитраже.
 14. Пункт (2) статьи 34 С Положения Гонконга об арбитраже.
 15. Статья 26 (2) Положения Гонконга об арбитраже.
 16. Статья 1 Закона Тайваня об арбитраже.
 17. См., например, Blessing M. Arbitrating Antitrust and Merger Control Issues. Swiss Commercial Law Series. Vol. 14. Helbing Lichtenhahn. Geneve, 2003.

Куан Цзэнцзюнь

ПРИЗНАНИЕ И ИСПОЛНЕНИЕ ИНОСТРАННЫХ АРБИТРАЖНЫХ РЕШЕНИЙ В КИТАЕ

Аннотация

Одним из преимуществ международного коммерческого арбитража является наличие довольно разработанной системы признания и принудительного исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории иностранного государства и называемых обычно иностранными арбитражными решениями. В настоящей статье рассматривается порядок признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в материковом Китае, Гонконге, Макао и Тайване Китая. Отдельно анализируются нормативные акты, регулирующие эту процедуру, условия, при которых решения могут быть признаны и приведены в исполнение, а также юридические основания отказа в принудительном исполнении иностранных решений в каждом из четырех регионов «Большого Китая».

Kuang Zengjun

RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN ARBITRAL AWARDS IN CHINA

Международная коммерческая арбитражная система имеет наибольшее преимущество в качестве иностранной арбитражной системы принудительного исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории иностранного государства, называемых обычно иностранными арбитражными решениями². Наиболее очевидным преимуществом международного коммерческого арбитража является возможность принудительного исполнения арбитражных решений, в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, в настоящее время почти полтора десятка стран мира³.

Отличительной чертой современного мира является усиление целостности мирового хозяйства, его глобализация, которые обусловлены развитием экономических связей между государствами, либерализацией торговли, созданием современных средств коммуникации и информации¹. Это ведет к значительному увеличению количества гражданско-правовых договоров, которые заключаются между физическими и юридическими лицами различных стран. Все это объективно ведет к увеличению количества споров, возникающих между этими субъектами. В этих условиях международный коммерческий арбитраж остается эффективным инструментом разрешения споров. Одним из преимуществ международного коммерческого арбитража является наличие довольно разработанной системы признания принудительного исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории иностранного государства, называемых обычно иностранными арбитражными решениями². Наиболее очевидным преимуществом международного коммерческого арбитража является возможность принудительного исполнения арбитражных решений, в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, в настоящее время почти полтора десятка стран мира³.

Китай представляет собой государство с двумя строями, тремя правовыми семьями и четырьмя правовыми системами⁴. В каждом из четырех регионов

«Большого Китая»: материковом Китае, Гонконге, Макао и Тайване существуют свои правовые особенности признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, которые анализируются в данной работе.

I. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений в материковом Китае

1. Правовые нормативные акты.

Систему источников правовой регламентации международного коммерческого арбитража материкового Китая образуют международные договоры и национальное законодательство КНР. В материковом Китае вопросы признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений регулируют Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Извещение Верховного народного суда КНР «Об осуществлении присоединения КНР к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений», нормы статьи 269 Гражданского процессуального кодекса КНР (ГПК КНР).

2 декабря 1986 г. на 18-й сессии Постоянного комитета всекитайского собрания народных представителей (ПК ВСНП) КНР было принято решение ПК ВСНП КНР о присоединении КНР к Конвенции ООН «О признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» 1958 года. При присоединении к Конвенции 1958 года КНР сделала 2 оговорки: «оговорку о взаимности» и «коммерческую оговорку». Нью-Йоркская конвенция вступила в силу в КНР 22 апреля 1987 года. В целях эффективного применения Конвенции 1958 года на территории КНР, 10 апреля 1987 г. Верховный народный суд КНР издал Извещение «Об осуществлении присоединения КНР к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений». Это Извещение рассматривается в КНР как содержащее «руководящие начала» для народных судов КНР.

Присоединение к Нью-Йоркской конвенции 1958 года сыграло большую роль в совершенствовании китайского национального законодательства в отношении приведения в исполнение арбитражных решений. Это создало солидный правовой фундамент для дальнейшего развития международного коммерческого арбитража в КНР. Важным результатом этого присоединения стало также и достижение международной унификации соответствующего регулирования в КНР с законодательством иностранных государств, которые также воспользовались Нью-Йоркской конвенцией при реформировании или создании своих национальных законов о международном коммерческом арбитраже. Число стран, имеющих унифицированное законодательство, возрастает с каждым годом⁵ и в настоящее время превышает 140⁶.

В Законе КНР об арбитраже непосредственно не урегулированы вопросы, касающиеся признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. Однако в статье 269 ГПК КНР установлено, что признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения, в случае необходимости его признания и исполнения народным судом КНР, испрашивается путем подачи непосредственно самой стороной заявления в народный суд среднего звена по месту жительства (нахождения) должника или по месту нахождения его имущества; народный суд решает вопрос об этом в соответствии с международными договорами, заключенными КНР или в которых она участвует, либо на основе принципа взаимности⁷.

Критерием разделения арбитражных решений на внутренние и иностранные является местонахождение арбитражных органов: в материковом Китае или за его пределами. Как правило, существует три варианта признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в материковом Китае: 1) в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, в которой участвует КНР; 2) в соответствии с подписанными КНР двусторонними соглашениями; 3) в соответствии с принципом взаимности.

Поскольку, как указывалось, сегодня более 140 государств являются участниками Нью-Йоркской конвенции (а это — подавляющее большинство экономически активных стран), то большинство случаев признания и приведения в исполнение в материковом Китае иностранных арбитражных решений осуществляется в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией⁸.

28 августа 1995 г. Верховный народный суд КНР опубликовал извещение «О разрешении народными судами вопросов, связанных с зарубежным и иностранным арбитражем» (правовое разъяснение ВНС №[1995]18)⁹. В статье 2 данного извещения установлено, что сторона подает в народный суд среднего звена заявление о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного иностранным арбитражным органом. Если народный суд среднего звена считает, что такое признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения не соответствует заключенным КНР международным договорам или принципу взаимности, то этот суд обязан согласовать свое решение об отказе с народным судом высшего звена. В случае, когда народный суд высшего звена согласится с нижестоящим судом в законности и обоснованности отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения, уже этому суду необходимо обращаться Верховный народный суд КНР. И только после получения ответа Верховного народного суда может быть принято решение об отказе в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

Данный порядок внутреннего уведомления фактически отменил право на принятие местными судами «отказных решений». В то же время право принятия окончательного решения было возложено на Верховный народный суд КНР, который, а также суды высшего звена КНР, получили определенную возможность проверять то, насколько строго местные народные суды выполняют соответствующие процедуры. Этот порядок позволил эффективно контролировать и нормировать действия местных судов в отношении отказа в признании и приведении в исполнение решений международного коммерческого арбитража. Хотя данный порядок оказал относительно активное влияние на практику материкового Китая о признании и приведении в исполнение решений международного коммерческого арбитража, допущенные при этом юридические ошибки негативно сказались на действующем судебном порядке судопроизводства материкового Китая¹⁰.

2. Сфера признания и приведения в исполнение иностранного арбитражного решения.

При приведении в исполнение арбитражного решения в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией в материковом Китае необходимо обратить внимание на то, что при ратификации Конвенции КНР заявила об использовании обеих возможных оговорок: оговорки о взаимности и коммерческой оговорки. Таким образом, КНР признает и приводит в исполнение арбитражные реше-

ния, вынесенные исключительно на территории других государств-участников Нью-Йоркской конвенции, и только после даты ратификации Конвенции КНР. Что касается арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не являющихся участниками Конвенции, то их признание и приведение в исполнение в соответствии со статьей 269 ГПК КНР возможно лишь на условиях взаимности.

В соответствии с коммерческой оговоркой, КНР применяет данную Конвенцию только в отношении споров, возникающих по договорным и внедоговорным коммерческо-правовым отношениям по законодательству КНР¹¹. Таковыми отношениями являются отношения экономического характера, вытекающие из договора, деликта или правовых норм. Они включают, в частности, отношения по купле — продаже (поставке) товаров, аренде имущества, подряда, выполнения работ, передаче техники, совместному предпринимательству с китайским и иностранным капиталом либо участием, разведке и эксплуатации природных ресурсов, страхованию, кредитно-расчетным операциям, оказанию трудовых услуг, представительству и коммерческому посредничеству, предоставлению консультативных услуг, перевозке товаров и пассажиров по воздуху, морем, по железным и автомобильным дорогам, а также ответственности за качество товаров, экологическое загрязнение, морской аварии и споров о собственности, за исключением споров между иностранными инвесторами и правительством государства, принимающего инвестиции¹².

Стоит отметить, что, в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, предметом приведения в исполнение могут стать как коммерческие арбитражные решения, вынесенные постоянно действующими арбитражными судами, так и арбитражами *ad hoc*, однако в Законе об арбитраже и иных правовых актах КНР нечетко выражена позиция к арбитражу *ad hoc*. Вместе с тем КНР как государство-участник Нью-Йоркской конвенции приняло на себя обязанность признавать и приводить в исполнение коммерческие арбитражные решения, вынесенные на территории других государств-участников Нью-Йоркской конвенции, независимо от того, вынесены они постоянно действующими арбитражными органами или арбитражем *ad hoc*¹³.

Тем не менее, в настоящее время иностранное арбитражное решение, вынесенное на территории страны, не участвующей в Конвенции, также может быть признано и приведено в исполнение в материковом Китае.

3. Процедура признания и приведения в исполнение «конвенционного» решения в материковом Китае.

В соответствии с положениями статьи 4 Нью-Йоркской конвенции, стороне, испрашивающей в материковом Китае признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений, необходимо подавать в народный суд заявление с приложением оригинала арбитражного решения или его нотариально заверенной копии, оригинала арбитражного соглашения или нотариально заверенной копии данного соглашения. Если арбитражное решение или арбитражное соглашение составлено не на китайском языке, то истец должен предоставить перевод на китайский язык, удостоверенный переводчиком, дипломатическим или консульским работником.

Порядок приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, вынесенных в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, аналогичен порядку исполнения внутренних коммерческих решений, вынесенных материковым Китаем.

4. Срок подачи заявления о признании и приведении в исполнение «конвенционного» решения в компетентный суд.

Нормы статьи 219 ГПК КНР¹⁴ применяются в том числе и к признанию и приведению в исполнение на территории материкового Китая решений, вынесенных в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией. В соответствии с данными нормами, срок заявления о признании и приведении в исполнение на территории материкового Китая решений, вынесенных в соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, равно как и срок заявления о признании и приведении в исполнение на территории материкового Китая международных коммерческих решений, вынесенных в материковом Китае, составляет 1 год – для физических лиц, 6 месяцев – для юридических лиц и других субъектов. 21 октября 1998 г. Верховный народный суд КНР опубликовал постановление «О вопросах, касающихся взимания сбора и срока рассмотрения в отношении признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений» (правовое разъяснение [1998] № 28)¹⁵. Статья 4 данного Постановления устанавливает, что сторона, в соответствии со ст. 4 Нью-Йоркской конвенции, направляет запрос о признании и приведении в исполнение иностранного решения в Народный суд, который, получив подобный запрос, должен в течение двух месяцев со дня его получения принять решения. Если нет особых обстоятельств, то в течение шести месяцев после принятия такого решения оно должно быть окончательно исполнено. Если суд примет решение не признавать и не приводить в исполнение арбитражное решение, то он, как уже указывалось, должен действовать в соответствии с разъяснением «О разрешении народными судами вопросов, связанных с зарубежным и иностранным арбитражем» (правовое разъяснение ВНС № [1995] 18)¹⁶, то есть сообщить об этом Верховному народному суду КНР в течение 2 месяцев со дня получения запроса от стороны, испрашивающей признания и исполнения арбитражного решения.

Компетентной судебной инстанцией, рассматривающей запрос о признании и исполнении решения по отношению Нью-Йоркской конвенции, является народный суд КНР среднего звена по месту жительства или месту нахождения имущества ответчика — физического лица, либо по месту органа управления ответчика — юридического лица; если ответчик не имеет помещения или органа управления в материковом Китае, но его имущество находится в материковом Китае, то запрашивающая сторона может обратиться в народный суд среднего звена по месту нахождения имущества ответчика.

5. Условия признания и приведения в исполнение «конвенционного» решения.

В соответствии со ст. 5 Нью-Йоркской конвенции и вышеуказанным извещением Верховного народного суда КНР, компетентный суд материкового Китая, получив заявление стороны о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, должен рассмотреть заявление. Предмет рассмотрения ограничен в сфере предмета его рассмотрения на основе ст. 5 Нью-Йоркской конвенции. Во-первых, в соответствии с запросом и доказательствами ответчика суд рассматривает решения, в которых имеются обстоятельства, указанные в пункте 1 ст. 5 Конвенции. Если ответчик не подтвердит доказательствами эти обстоятельства, народный суд не будет инициативно рассматривать данные вопросы. Во-вторых, суд инициативно проверяет решения, в которых имеются обстоятельства, указанные в пункте 2 ст. 5 Конвенции. После рассмотрения,

если в «конвенционных» решениях не находятся обстоятельства, которые являются основаниями отказа в признании и приведении в исполнение «конвенционных» решений, народный суд материкового Китая должен признать решение и исполнить его в соответствии с ГПК КНР.

6. Что касается арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не являющихся участниками Нью-Йоркской конвенции, то, как указывалось, признание и приведение в исполнение таких решений базируется на принципе взаимности, что отражено в ст. 269 ГПК КНР. Однако в судебной практике материкового Китая случаи исполнения таких решений достаточно редки.

II. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений в Гонконге (Сянгане)

В 1977 году Нью-Йоркская конвенция была распространена на Гонконг. После восстановления суверенитета над Гонконгом 1 июля 1997 года правительство КНР также распространило территориальное применение Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений на Гонконг, с учетом заявления, которое КНР сделал первоначально после присоединения к Конвенции¹⁷.

На основе Положения Гонконга об арбитраже, иностранные арбитражные решения разделены на два вида: простые иностранные арбитражные решения и «конвенционные» арбитражные решения. По каждому из видов установлен отдельный процессуальный порядок признания и приведения в исполнение.

1. Признание и приведение в исполнение простых иностранных арбитражных решений в Гонконге.

1). Иностранные арбитражные решения.

В соответствии с Положением Гонконга об арбитраже, иностранные арбитражные решения подразделяются на:¹⁸

а) решения, признаваемые на основе арбитражного соглашения в соответствии с Женевским протоколом об арбитражных оговорках 1923 года;

б) решения, признаваемые на основе взаимности в соответствии с Женевской конвенцией о приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1927 года (между гражданами государств-участников данной Конвенции);

в) решения, признаваемые на основе уже существующей взаимности, вынесенные на применимой вышеуказанными Конвенциями территории.

(2) Правовая сила иностранных арбитражных решений:

а) принудительное исполнение. Принудительное исполнение иностранных арбитражных решений в Гонконге осуществляется двумя способами: принудительное исполнение путем подачи иска и принудительное исполнение формой, в соответствии со ст. 2GG Положения Гонконга об арбитраже;

б) в соответствии с Положением Гонконга об арбитраже, подлежащее исполнению иностранное арбитражное решение имеет правовую силу для сторон.

3). Существенные условия принудительного исполнения иностранных арбитражных решений.

Многие государства и регионы в целях более удобного исполнения иностранных арбитражных решений устанавливают в качестве оснований для отказа в их признании и приведении в исполнение только нарушения процессуаль-

ного характера, и лишь немногие государства и регионы, в их числе и Гонконг, выдвигают требования, относящиеся к существу спора.

Для того, чтобы иностранное арбитражное решение могло быть принудительно исполнено в Гонконге, оно должно соответствовать нижеследующим условиям:¹⁹

а) решение вынесено в соответствии с каким-либо арбитражным соглашением, и данное соглашение должно быть действующим, в соответствии с правом, подлежащим применению к арбитражному соглашению;

б) состав арбитражного суда соответствует арбитражному соглашению или иным образом согласован сторонами;

в) арбитражное решение соответствует праву, применимому к арбитражному разбирательству;

г) арбитражное решение является окончательным в месте его вынесения;

д) объект арбитражного решения может быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с законом Гонконга.

4). Для удовлетворения заявления о принудительном исполнении иностранных арбитражных решений заявитель должен выполнить следующие формальные условия, а именно представить:

— надлежаще заверенное подлинное арбитражное решение или копию такового, должным образом заверенную по закону того государства, где вынесено арбитражное решение;

— доказательства того, что решение является окончательным;

— доказательства того, что решение соответствует существенным требованиям пунктов «а», «б», «в» вышеуказанных существенных условий;

— надлежаще заверенный перевод документов, если они изложены на иностранном языке. Перевод может быть удостоверен дипломатическим или консульским работником государства, в котором находится истец, либо иным образом, согласно законодательству Гонконга;

— доказательства, предусмотренные Положением Верховного суда Гонконга в отношении требования к заявляющей стороне о принудительном исполнении решения, в соответствии с разделом III Положения Гонконга об арбитраже.

5). Правовые основания для отказа в принудительном исполнении иностранного арбитражного решения:

а) арбитражное решение отменено в государстве, где оно вынесено;

б) ответчик несвоевременно получил уведомление об арбитражном разбирательстве, в результате чего не мог представить свои объяснения по иску либо направить на слушания своего надлежащего уполномоченного представителя, либо был в какой-либо мере недееспособен;

в) решение вынесено не по всем заявленным вопросам, предусмотренным в арбитражном соглашении, либо в арбитражном решении разрешены вопросы, не охватываемые арбитражным соглашением.

Если в арбитражном решении разрешаются не все вопросы, предусмотренные в арбитражном соглашении, то суд может либо отложить исполнение данного арбитражного решения, либо потребовать от истца предоставить суду соответствующее обеспечение для принудительного исполнения арбитражного решения.

6). Иные обстоятельства оспаривания.

Если ответчик выразит сомнения в правильности арбитражного решения в отношении существа рассмотренных арбитражем требований, вышеуказанных в пунктах «а», «б», «в», то суд может отказаться исполнить данное решение либо отложить слушание дела на более поздний срок, в течение которого может по своему усмотрению отменить данное решение.

2. Признание и приведение в исполнение «конвенционного» решения.

1). «Конвенционное» решение.

В соответствии с разъяснением Положения Гонконга об арбитраже, конвенционным решением признается любое арбитражное решение на основе арбитражного соглашения, вынесенное на территории какого-либо государства или района (кроме Гонконга), являющегося участником Нью-Йоркской конвенции. Исходя из смысла вышеупомянутого Положения, признанное в Гонконге конвенционное решение указывает на то, что государство, где выносится арбитражное решение, является участником Нью-Йоркской конвенции.

2). Правовая сила «конвенционного» решения.

В соответствии с нормами ст. 41 Положения Гонконга об арбитраже правовая сила «конвенционного» решения равна правовой силе простого иностранного арбитражного решения:

а) принудительное исполнение. «Конвенционное» решение может быть на территории Гонконга принудительно исполнено двумя способами. Во-первых, посредством подачи иска; во-вторых, аналогично тому, как это установлено ст. 2GG Положения Гонконга об арбитраже;

б) в соответствии с Положением Гонконга об арбитраже, «конвенционное» решение, подлежащее исполнению, имеет обязательную силу для сторон.

3). Документы, предназначенные для принудительного исполнения «конвенционного» решения.

В соответствии с Положением Гонконга об арбитраже, истцу необходимо представить следующие документы:

— надлежащим образом заверенные арбитражное решение или копию такового;

— надлежащим образом заверенные арбитражное соглашение или копию такового;

— надлежаще заверенные переводы арбитражного решения и арбитражного соглашения (либо их заверенных копий), если эти документы изложены на иностранном языке. Перевод может быть удостоверен дипломатическим или консульским работником.

4). Юридические основания отказа в принудительном исполнении «конвенционного» решения.

В Положении Гонконга об арбитраже использованы нормы Нью-Йоркской конвенции об отказе в признании и приведении в исполнение «конвенционного» решения. В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией, суд может отказать в исполнении решения только при наличии одного из следующих оснований, которые должны быть доказаны стороной, против которой вынесено решение:

а) стороны арбитражного соглашения были, по применимому к ним закону, в какой-либо мере недееспособны;

б) арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено;

в) сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам не могла представить свои объяснения;

г) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или оговоркой, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением или оговоркой, то та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением или арбитражной оговоркой в договоре, может быть признана и приведена в исполнение;

д) состав арбитражной комиссии или арбитражное разбирательство не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж;

е) арбитражное решение не стало окончательным для сторон, или было отменено или приостановлено исполнением судом страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

Во-вторых, основания, на которых суд может отказать в исполнении решения в пределах своей компетенции:

а) объект спора не может быть предметом арбитража по закону Гонконга;

б) признание и приведение в исполнение конвенционного решения нарушает публичный порядок Гонконга.

5). Если «конвенционное» арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному для разрешения в арбитраже, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы сферы применения арбитражного соглашения, при условии, что если постановления по вопросам, подлежащим рассмотрению в арбитраже, могут быть отделены от тех, которые не подлежат арбитражу, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не подлежащим рассмотрению в арбитраже.

6). Перенос исполнения решения на более поздний срок.

Если в процессе рассмотрения дела о признании и приведении в исполнение «конвенционного» решения суд констатирует, что одна из сторон уже подала в суд государства по месту вынесения решения либо государства, право которого подлежит применению, иск об отмене или приостановлении исполнения решения, то суд полномочен отложить исполнение решения. По просьбе истца суд имеет право потребовать с ответчика предоставления соответствующего обеспечения.

III. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений в Макао (Аомэнь)

19 июля 2005 года КНР заявила, что положения Нью-Йоркской конвенции применяются в отношении Макао с учетом заявления, которое КНР сделала первоначально после присоединения к конвенции²⁰.

В Макао применяется критерий стандартов места вынесения арбитражных решений, на основании которых различают внутренние и иностранные арбитражные решения. Исходя из этого все решения, вынесенные в государс-

твах и регионах за пределами Макао, считаются иностранными решениями. Так как в настоящее время не существует прямых соглашений между Макао, Гонконгом, Тайванем и материковым Китаем, то арбитражные решения, вынесенные в перечисленных регионах, также рассматриваются в качестве иностранных арбитражных решений. Нормы о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в Макао закреплены в Гражданском процессуальном кодексе Макао (ГПК Макао) и включают в себя следующие положения:

1. Условия «подтверждения» решения.

Все арбитражные решения, вынесенные за пределами Макао, в том числе в материковом Китае, Гонконге и Тайване, должны быть рассмотрены в соответствии с процедурой, установленной ГПК Макао, и вступают в правовую силу на территории Макао только после их «подтверждения». Если применяемые в Макао международные конвенции и договоры о правовой помощи и другие специальные правовые акты устанавливают иной порядок, например, в них содержится упрощенная процедура рассмотрения или меньший перечень оснований для отказа в признании, или отсутствует процедура рассмотрения, то решение вступает в силу по умолчанию.

Процедура «подтверждения» применяется для того, чтобы иностранное арбитражное решение приобрело юридическую силу судебного действия, включая получение исполнительного листа. Если в судебной процедуре Макао арбитражное решение используется в качестве доказательства по делу, то процедуры рассмотрения и подтверждения не требуются.

Предметом рассмотрения могут быть не только окончательные арбитражные решения, но и постановления, приказы и решения о подтверждении юридического состояния сторон, которые вынесены в ходе арбитражного разбирательства.

Установлены следующие условия выдачи «подтверждения» (ст. 1200 ГПК Макао):

а) отсутствие сомнений в правильности документов, содержащих арбитражные решения, по которым должно быть сделано «подтверждение». Содержание таких документов должно быть ясно и понятно;

б) в соответствии с законом места вынесения арбитражного решения, данное решение является определенным;

в) в соответствии с законом места вынесения арбитражного решения, ответчик должен получить надлежащее уведомление, и в арбитражном разбирательстве должны надлежащим образом соблюдаться принципы состязательности и равноправия сторон;

г) содержание решения, ожидающего «подтверждения», не должно нарушать публичный порядок Макао.

Кроме вышеуказанных условий, по заявлению ответчика суд должен выяснить отсутствие следующих оснований для отказа:

а) по уже вынесенным решениям: проверить, не были ли они вынесены арбитром или кем-либо из членов арбитражного суда с незаконным использованием своего служебного положения, с получением незаконных выгод или за взятку;

б) в случае предоставления документов, о которых сторона не знала или которые не могли быть использованы в арбитражном процессе, но которые

были выгодны для другой стороны;

в) решение, подлежащее «подтверждению», противоречит раннее подтвержденному решению, обязательному для сторон;

г) если решение, ожидающее «подтверждения», направлено против населения Макао (имеет антинародный характер), а в соответствии с практикой применения коллизионных норм, должно использоваться материальное право Макао, при использовании которого результаты такого решения были бы выгодны для населения Макао.

Первые из трех вышеуказанных условий аналогичны условиям, содержащимся в пункте 1 ст. 653 ГПК Макао, на основании которых можно подавать апелляцию на решение государственного суда (пункт 1 ст. 1202).

Из-за применения права иностранного государства или Макао могут возникнуть благоприятные или неблагоприятные юридические последствия. Стороны могут использовать или отказаться от использования права. Поэтому, в соответствии с пунктом 2 ст. 1202 ГПК Макао, если сторона сама не заявляет о своих требованиях, то суд не будет инициативно рассматривать иностранное арбитражное решение. Вышеуказанное последнее условие не обязательно для «подтверждения» иностранного арбитражного решения.

Таким образом, ГПК Макао ясно определяет, что при «подтверждении» решения необходимо выполнить ряд условий, а также ограничивать доводы возражениями ответчика, и таким образом четко определять те факторы, которые суд Макао должен принимать во внимание. Этот порядок в большей степени формальный, но если речь идет о нарушении общественного порядка в Макао, о предоставлении ответчиком документов, которые могут повлиять на судебное решение, или когда, в соответствии с материальным правом Макао, может быть принято более благоприятное решение, то тогда рассмотрение проводится по существу.

2. Процедура «подтверждения» и компетентный суд.

Процедуры «подтверждения» и рассмотрения входят в компетенцию судов среднего звена Макао.

Истец должен подать иск вместе с приложением, в котором содержится арбитражное решение, ожидающее «подтверждения». Ответчик в течение 15 дней после получения вызова в суд, в соответствии со ст. 1202 ГПК Макао может подать отзыв, на который истец должен ответить в 10-дневный срок. После проведения необходимых мер по сбору доказательств дело передается в прокуратуру для рассмотрения. Прокуратура должна вынести постановление (предложение), затем суд среднего звена выносит решение. На это судебное решение можно подавать апелляцию в Верховный суд Макао.

3. Приведение в исполнение иностранных арбитражных решений в Макао.

Если международные конвенции или договоры о правовой помощи Макао не предусматривают иное, иностранные арбитражные решения после прохождения процедуры рассмотрения и получения «подтверждения» могут приводиться в исполнение посредством исполнительной процедуры. Таким образом иностранные арбитражные решения при приведении в исполнение в Макао после прохождения процедуры рассмотрения и получения «подтверждения» приравниваются к местным арбитражным решениям. В отличие от процедуры рассмотрения, соответствующая исполнительная процедура осуществляется судом первой инстанции (ст. 24).

IV. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений на Тайване

1. Иностранный арбитраж.

Тайванский Закон об арбитраже²¹ является единственным из нормативных актов 4-х регионов Китая, четко определяющим сферу действия иностранных арбитражных решений. По этому закону иностранными арбитражными решениями являются арбитражные решения, вынесенные за пределами Тайваня или на его территории, в соответствии с иностранным законодательством²². Это свидетельствует о том, что на Тайване существует четкий критерий для определения сферы применения иностранных и местных арбитражных решений — место вынесения решения и право, подлежащее применению.

2. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений.

В отношении признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений, на Тайване упор делается на признании. В соответствии с пунктом 1 ст. 47 Закона Тайваня об арбитраже, иностранные арбитражные решения после признания их судом должны приводиться в исполнение. Основываясь на этом положении, в Законе Тайваня об арбитраже при рассмотрении иностранных арбитражных решений акцент делается на форму и условия их признания или непризнания.

Положения о признании и исполнении иностранных арбитражных решений в Законе Тайваня об арбитраже, как и в Специальном порядке Макао о зарубежном коммерческом арбитраже (правовой акт Правительства Макао № 55/98/М от 13 ноября 1998 г.)²³, аналогичны положениям в Нью-Йоркской конвенции. Так, в частности:

а) статья 48 Закона Тайваня об арбитраже, содержащая требования предоставления документов, соответствует ст. 4 Нью-Йоркской конвенции.

В сравнении с Нью-Йоркской конвенцией, в Законе Тайваня об арбитраже установлены дополнительные требования в тех случаях, когда применяются арбитражные нормативные регламентации иностранных государств, иностранных арбитражных органов, международных организаций. В этих случаях заявитель должен предоставить полные тексты соответствующих документов. Однако в действительности такая практика вряд ли обоснована с точки зрения правовой науки. Так как иностранные арбитражные законодательства и арбитражные регламенты международных организации являются юридическими документами, суды должны рассматривать их в соответствии со своей компетенцией. Это общепринятый принцип в международном частном праве;

б) статья 49 Закона Тайваня об арбитраже, содержащая основания отказа от признания судами иностранных арбитражных решений, соответствует пункту 2 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции. Содержание данных статей полностью совпадает, только пункт 3 статьи 1 Нью-Йоркской конвенции об оговорке взаимности был перенесен в статью 49 Закона Тайваня об арбитраже;

в) статья 50 Закона Тайваня об арбитраже содержит основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, доказательства которых (оснований) ответчик должен представить. Она полностью соответствует пункту 1 статьи 5 Нью-Йоркской конвенции. В целях совпадения Закона Тайваня об арбитраже с ГПК Тайваня, на основе вышеуказанных оснований ответчик должен в течение 20 дней после получения уведомления подать встречный иск о признании;

г) нормы об отложении разрешения вопроса о приведении в исполнение арбитражного решения, содержащиеся в статье 51 Закона Тайваня об арбитраже, полностью соответствуют нормам статьи 6 Нью-Йоркской конвенции.

5. Выводы

На основе проведенного обзора попытаемся сформулировать краткие выводы по вопросам, связанным с признанием и приведением в исполнение иностранных арбитражных решений в Китае.

1. Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года оказала большое влияние на законодательство и судебную практику по делам о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в материковом Китае, Гонконге, Макао и Тайване. Хотя из-за политических вопросов правительство КНР не сможет в ближайшем будущем распространить территориальное применение Нью-Йоркской конвенции 1958 г. на территорию Тайваня.

2. Законодательство о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений в материковом Китае, Гонконге, Макао и Тайване в принципе соответствуют международным стандартам в этой области. Однако, если сравнивать четыре региона Китая, то можно констатировать, что в Гонконге существует наиболее высокий уровень законодательства по урегулированию этих вопросов. Материковый Китай должен в большей степени усовершенствовать свое законодательство, особенно в части правовых норм, регулирующих арбитраж *ad hoc*.

3. Сегодня основная проблема правоприменительных органов Китая — это научиться использовать то законодательство, которое имеется, то есть правильно его понимать и надлежащим образом его применять. Центром внимания должно стать создание стабильной и, соответственно, предсказуемой практики применения действующего правового регулирования в области международного арбитража, как национального, так и международного.

4. На практике некоторые трудности «формального» характера с исполнением арбитражных решений в КНР могут возникать. Например, хотя обязанность доказывания отсутствия надлежащего уведомления об арбитраже лежит на стороне, против которой вынесено решение, взыскателю самому целесообразно представлять доказательства надлежащего уведомления должника.

5. В любом случае, действующее законодательство всех регионов «Большого Китая» о признании и исполнении иностранных арбитражных решений обеспечивает достаточно высокий уровень защиты интересов участников международной торговли.

Российские эксперты по МКА отмечают, что у России и Китая во многом сходные проблемы в исполнении обязательств, предусмотренных Нью-Йоркской конвенцией: огромная территория, слабое знакомство судей с международным частным правом и МКА — в частности, возможность местных бизнесменов оказывать влияние на государственный суд. Тем не менее, Правительство и Верховный народный суд КНР нашли эффективные способы решения всех названных проблем, не нарушив при этом ни букву, ни дух Конвенции. Важно, что китайские судьи не предпринимают никаких попыток ревизии существа арбитражных решений, не делают никаких ссылок на публичный порядок²⁴.

Примечания

1. Хлестова И.О. Актуальные вопросы признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений в Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С.Комарова; МКАС при ТПП РФ. М., 2007. С. 475.
2. Международное частное право: Учебник / Л.П. Ануфриева, Г.К.Дмитриева и др. М., 2004. С.652. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С.Комарова; МКАС при ТПП РФ. М., 2007. С.475.
3. Текущий статус Конвенции см. на официальном сайте ЮНСИТРАЛ www.uncitral.com
4. Хуан Цзинь. Исследование о межрегиональных правовых вопросах в Китае. Пекин, 2001. С. 4. Шень Цзунлин. Исследование о сравнительном праве. Пекин, 1998. С. 420. Соответствующую информацию также см. в кн.: Политическая система и право КНР в процессе реформ 1978-2005 / Под ред. Л. М. Гудошникова. — М.: Русская панорама, 2007.
5. Комаров А.С. Роль МКАС в практике международного коммерческого арбитража в России // Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации № 10/2007.
6. http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
7. Перевод Д.А. Максимова. См.: Современное законодательство Китайской Народной Республики. Сборник нормативных актов / Составитель, редактор и автор предисловия Л. М. Гудошникова. М.:ИКД «Зерцало-М», 2004. С. 313. (Серия «Современное законодательство зарубежных стран»).
8. Се Шисун. Коммерческий арбитраж. Пекин, 2003. С. 339.
9. Сун Ляньбинь, Линь Ифэй. Сборник новых материалов о международном коммерческом арбитраже. Ухань, 2001. С.502.
10. Се Шисун. Коммерческий арбитраж. Пекин, 2003. С. 343.
11. Извещение Верховным народным судом КНР «Об осуществлении присоединения КНР к Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»
12. Чжао Сюэнь. Международный коммерческий арбитраж. Пекин, 2004. С.155.
13. Се Шисун. Коммерческий арбитраж. Пекин, 2003. С. 340.
14. Статья 219 ГПК КНР: Срок подачи ходатайства об исполнении составляет один год, если обеими сторонами или одной из сторон являются граждане, и шесть месяцев, если сторонами являются юридические лица, или иные организации. — перевод Д.А. Максимова. См.: Современное законодательство Китайской Народной Республики. Сборник нормативных актов / Составитель, редактор и автор предисловия Л. М. Гудошникова. М.:ИКД «Зерцало-М», 2004. С. 302. (Серия «Современное законодательство зарубежных стран»).
15. Сун Ляньбинь, Линь Ифэй. Сборник материалов о международном коммерческом арбитраже. Пекин, 2004. С. 490.
16. Там же. С. 502.
17. http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
18. Статья 35 Положения Гонконга об арбитраже.
19. Статья 37 Положения Гонконга об арбитраже.
20. См. www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
21. 24 июня 1998 г. на Тайване был опубликован Закон «Об арбитраже».
22. Статья 47 Закона Тайваня об арбитраже.
23. Сун Ляньбинь, Линь Ифэй. Сборник материалов о международном коммерческом арбитраже. Пекин, 2004. С. 268.
24. См., в частности, ред. аннотацию Карабельникова Б.Р. к статье Шена Сянманя «Иностранные арбитражные решения в Китае: признание и принудительное исполнение» // Международный коммерческий арбитраж. 2005, № 3, С. 61. (перевод Ю. Ловенецкой).

Юсифова А.С.

ПОНЯТИЕ ПРАВОСПОСОБНОСТИ И ЕЁ СООТНОШЕНИЕ С ДЕЕСПОСОБНОСТЬЮ

Usifova A.S.

Concept passive capacity and its parity with the active capacity

In the present publication the author leads the analysis of the category «passive capacity» in the sphere of civil law, parity of the given concept within the limits of objective and subjective rights. The author examines the conception of passive capacity in its parity with the category «active capacity» and the category «legal personality». The author offers and proves changes in the conceptual mechanism of civil law, guided on more readable statement of essence of the category «passive capacity».

Такая категория гражданского права как правоспособность, ее содержание, сущность и правовая природа с давних времен и по сей день представляет научный интерес для ученых-цивилистов.

В частности, по настоящее время среди ученых, занимающихся проблемой правоспособности, нет однозначного ответа на вопрос, относится ли категория «правоспособность» к субъективному или объективному праву.

Кроме того, есть мнение о том, что правоспособность является предпосылкой субъективного права.

Субъективное право принадлежит личности и целиком и полностью зависит от его воли и желания. Рождественский пишет: «Субъективное право есть юридическая власть субъекта над объектом»¹.

Объективное право, в свою очередь, есть совокупность юридических норм, выраженная в соответствующих актах государства. Соответственно при решении вопроса о правовой природе категории «правоспособность» необходимо четко определить, что первично в данных правоотношениях - субъект или объект.

В дореволюционной России в отношении правоспособности доминировала естественно-правовая доктрина, которая выделяла субъект, а именно человека, как первостепенный фактор в вопросах способности обладать теми или иными правами, наделяя человека «естественной» способностью обладать правами от рождения.

Так, Ю.С. Гамбаров писал, что правоспособность дана человеку в силу его рождения². Однако уже в XIX в., в энциклопедическом словаре Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона, можно встретить такое определение правоспособности: «Правоспособность – способность приобретать права или, как выражаются юристы, быть субъектом права, носителем прав и обязанностей..... Правоспособность есть качество, которым человек наделяется в силу норм права, а не обладает в силу того, что он, как носитель личности, должен обладать правами. Источником правоспособности являются нормы объективного права, т.е. предписания законодательной власти, государства»³.

Такая доктрина целиком и полностью господствовала и в Советской России.

Мицкевич А.В. определял правоспособность как основанную на законе социальную способность лица быть носителем субъективных прав и обязанностей⁴. Той же точки зрения придерживался и Красавчиков О.А.: «Правоспособность — это основанная на советском законе социальная способность лица быть носителем прав и обязанностей»⁵.

В данном аспекте правоспособность рассматривают большинство ученых-цивилистов и в настоящее время.

Шиминова М.Я. пишет: «Хотя правоспособность возникает в момент рождения, она представляет собой не биологическое, а социально-правовое свойство, т.е. возникает не в силу природы, а приобретается в силу закона и означает юридическую возможность иметь права и обязанности»⁶.

Суханов Е.А. говорит о том, что тот факт, что правоспособность признается за гражданами с рождения, не позволяет делать вывод о том, будто правоспособность — естественное свойство человека, подобно зрению, слуху и т. п. Хотя правоспособность и возникает в момент рождения, она приобретается не от природы, а в силу закона, т. е. представляет собой общественно-юридическое свойство, определенную юридическую возможность⁷.

Однако высказывание Абовой Т.Е. о том, что ни закон, ни иной акт не порождают, не могут порождать правоспособность как состояние гражданина как такового⁸ лишний раз подтверждает тот факт, что среди ученых-цивилистов до сих пор ведутся споры о сущности категории правоспособности.

На наш взгляд, категорию правоспособности, скорее всего, необходимо трактовать с точки зрения субъективного права.

Основным доводом сторонников принадлежности категории правоспособности объективному праву является положение о том, что лицо может быть участником правоотношений, т.е. носителем субъективных прав и обязанностей только на основании норм права.

Однако обратимся к ст. 17 ГК РФ, дающей определение правоспособности, в которой правоспособность определена как способность иметь гражданские права и нести обязанности. При этом ст. 8 ГК РФ к основаниям возникновения гражданских прав относит не только закон и правовые акты, а также действия граждан и юридических лиц, которые хотя и не предусмотрены законом или правовыми актами, но в силу общих начал и смысла гражданского законодательства порождают гражданские права и обязанности.

Таким образом, понятие «гражданские права» в определении правоспособности необходимо трактовать более расширительно, и правоспособность следует понимать как способность иметь любое право или обязанность, не установленную законом, а как минимум — не запрещенную данным законом.

Кроме того, еще одним доводом, на наш взгляд, является установление нормы о порядке возникновения правоспособности, которая определяется моментом рождения лица, а не моментом регистрации факта рождения, что, по сути, постулирует наличие правоспособности у еще юридически не зарегистрированного ребенка, а следовательно, де-юре не существующего.

Тем не менее, не стоит отрицать и тот факт, что на сегодняшний день закон не может полностью лишить человека правоспособности, однако, в определенных случаях, установленных законом, физическое лицо может быть ограничено в правоспособности, что, несомненно, подтверждает факт бесспорного наличия объективного фактора в отношениях правоспособности.

В этой связи хотелось бы обратиться к высказыванию Гамбарова Ю.С., который наиболее четко проследил взаимосвязь всех правовых явлений с точки зрения объективного и субъективного права. «Субъективное и объективное право суть соотносительные понятия, вовсе не стоящие друг к другу в отношении причины и следствия. Это, скорее всего, две стороны одного и того же явления, которые и при противопоставлении их друг к другу взаимно определяются и взаимно обуславливаются»⁹.

В настоящее время Лазарев В.В. придерживается той же позиции: «Нельзя не учитывать, что между объективным и субъективным правом существует тесная взаимосвязь, органическая зависимость и взаимодействие. Поэтому следует говорить о двух сторонах единого права – объективной и субъективной, вне взаимодействия которых не может существовать и воплощаться в жизнь возведенная в закон воля»¹⁰.

Участие в гражданских правоотношениях, помимо гражданской правоспособности, обычно предполагает и наличие гражданской дееспособности, т.е. способности своими действиями приобретать гражданские права и создавать для себя гражданские обязанности.

Дееспособность по сути можно рассматривать в качестве движущего фактора реализации правоспособности. Наиболее точно понятие дееспособности дал Корнеев С.М.: «Дееспособность есть предоставленная гражданину законом возможность реализации своей правоспособности собственными действиями»¹¹.

Соотношение понятий «право-» и «дееспособность» позволяет отметить две важные составляющие гражданского статуса - способность к обладанию правами и способность к принятию обязанностей и передаче прав посредством собственных действий. Первая возникает с момента рождения, вторая - с момента достижения возраста гражданского совершеннолетия. Промежуток времени между ними связан с физическим, нравственным и социальным созреванием, от которого зависит признание человека юридически способным к обладанию волей, посредством которой он может вступать в правовые отношения, изменять или прекращать их.

Рассмотрение соотношения понятий «правоспособность» и «дееспособность» лучше осуществлять в контексте с понятием «правосубъектность». И хотя данный термин в российском законодательстве отсутствует, однако же его используют все или почти все ученые-цивилисты, изучающие проблему субъекта права в гражданском законодательстве.

Некоторые из них, кроме всего прочего, предлагают ввести термин «правосубъектность» в понятийный аппарат гражданского законодательства¹².

Однако многие исследователи не видят целесообразности введения понятия «правосубъектность» в гражданское право.

Соотношение и взаимосвязь понятий «правосубъектность», «правоспособность» и «дееспособность» представлены в двух доктринах права, нашедших свое отражение в период промышленного капитализма.

Немецкая доктрина единодушно отождествляла понятия «правосубъектность» и «правоспособность», постулируя принцип того, что субъектом права является тот, кто может иметь права.

Французская доктрина в понятие «правосубъектность» вкладывала наличие в совокупности двух элементов – правоспособность и дееспособность.

В настоящее время ряд ученых-цивилистов все еще придерживается не-

мецкой доктрины, отождествляя понятия «правоспособность» и «правосубъектность», при этом отодвигая понятие «дееспособность» на второй план¹³.

Отрицательным моментом данной концепции является тот факт, что при отождествлении правосубъектности с правоспособностью для дееспособности вообще не останется какого-нибудь определенного места в общей системе правовых явлений.

Хотя С. Ф. Кечекьян определил место дееспособности в этой системе, высказав своеобразное мнение относительно того, что «понятие правоспособности включает в себя понятие дееспособности»¹⁴. Однако с таким мнением довольно сложно согласиться.

И все-таки большинство ученых придерживаются концепции, согласно которой понятие «правосубъектность» базируется на категориях «правоспособность» и «дееспособность»¹⁵. Эта концепция и стала в настоящее время главенствующей в рамках изучения курса юриспруденции.

Тем не менее, углубляясь в суть данной концепции, хотелось бы проанализировать ее состоятельность. Согласно данной концепции, человек признается субъектом права при наличии двух составляющих его правового статуса – правоспособности и дееспособности. Таким образом, субъект права – это лицо (физическое и юридическое), обладающие по закону способностью иметь и осуществлять непосредственно или через представителя права и юридические обязанности (т.е. правосубъектностью)¹⁶.

Следовательно, любое лицо в гражданском праве является его субъектом, при этом наличие такого факта как ограничение дееспособности или недееспособности лица не отнимает у данного лица возможности именоваться субъектом права, поскольку в данном случае дееспособность данного лица делегируется иным лицам, являющимися его законными представителями.

Однако же как быть в том случае, когда в определенный промежуток времени правоспособность лица, ограниченного либо лишенного дееспособности, по разным причинам не восполняется дееспособностью других лиц (например, от момента смерти родителей малолетнего до момента назначения к нему опекуна). Согласно данной доктрине отношения правоспособности и дееспособности к правосубъектности, в вышеприведенном случае малолетний в определенный промежуток времени должен быть лишен статуса субъекта права. Однако в соответствии с гражданским законодательством, этого не происходит. Таким образом, из вышеприведенного примера можно сделать вывод, что малолетний, оставаясь в определенный промежуток времени правоспособным, при этом являясь недееспособным, тем не менее, остается субъектом права.

Данное толкование целиком и полностью подходит и к личным неимущественным правам, которые не могут быть переданы иным лицам и соответственно должны осуществляться непосредственно лицом, имеющим право.

В этой связи автор данной работы целиком и полностью разделяет концепцию, которую А.В. Венедиктов выдвинул в рамках некоторого уточнения первоначального отождествления им категорий «правосубъектность» и «правоспособность». Изначально Венедиктов утверждал, что государство наделяет лиц правоспособностью, что то же самое – правосубъектностью, т.е. способностью иметь права и обязанности¹⁷. Впоследствии данное высказывание было им уточнено, что, по нашему мнению, является наиболее полным отражением соотношения понятия «правосубъектность», «правоспособность» и «дееспособность».

А.В. Венедиктов признает, что в одних отраслях права или даже институтах права правоспособность и правосубъектность совпадает, а в других отраслях права или институтах они не совпадают, и термин «правосубъектность» охватывает правоспособность и дееспособность в их неразрывном единстве¹⁸.

Таким образом, рассматривая соотношение правоспособности и дееспособности, следует сказать, что обе эти категории являются сутью способности. Правоспособность представляет собой способность к правам и обязанностям. Дееспособность означает способность к действиям, изменяющим права и обязанности. Дееспособность зависит от возраста и психического состояния лица, в то время как правоспособность не зависит от указанных обстоятельств.

Примечания

1. Рождественский А. Основы общей теории права М., 1912. С. 130.
2. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. Изд-во Зерцало. М., 2003. С. 423.
3. <http://slovari.yandex.ru/dict/brokminor/article/32/32906.html>
4. Мицкевич А. В. Некоторые вопросы учения о субъективных правах // Правоведение, 1958. № 1. С. 28.
5. Красавчиков О.А. Социальное содержание правоспособности советских граждан // Правоведение. 1960. № 1. С. 22.
6. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ части первой (постатейный) (под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского) (Подготовлен для публикации в системах КонсультантПлюс, 2006.
7. Суханов Е.А. Гражданское право в 2 т. Том I: Учебник (издание второе, переработанное и дополненное) (под ред. Е.А. Суханова) Москва, Волтерс Клувер, 2004. С. 72.
8. Абова Т.Е. Субъекты гражданского права, Институт государства и права Российской Академии наук, М., 2000, С. 7.
9. Гамбаров Ю.С. Гражданское право. Общая часть. Изд-во Зерцало-М, 2003. С. 463.
10. Общая теория государства и права. Под ред. Лазарева В.В. М.: Юрист, 1996. С. 141.
11. Гражданское право: В 2 Т. Том I: Учебник (издание второе, переработанное и дополненное) (под ред. Е.А. Суханова) Волтерс Клувер, М., 2004., С. 74.
12. Ручкина Г.Ф. Гражданская правосубъектность органов внутренних дел Российской Федерации (организационно-правовые аспекты). Дис. канд. юрид. наук:12.00.13.-М., 1997. С.15.
13. Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. М.:Госюриздат, 1950 г. С. 6; Толстой Ю.К. К теории правоотношения. Л., Из-во Ленинградского Ун-та., 1959, С. 9 – 11; Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М.: Издательство АН СССР, 1958, С. 84 – 85.
14. Кечекьян С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. М.: Издательство АН СССР, 1958. С.85.
15. Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 2. М., Юрид. лит. 1982. С. 141; Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. 6-е изд., перераб. и доп. Т. 1. М.: Проспект, 1997. С. 108 – 114.
16. Энциклопедический юридический словарь/Под. общ ред. В.Е. Крутских. – 2-е изд. –М.: ИНФРА-М, 1999. С. 307.
17. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.-Л. Издательство АН СССР, 1948 С. 615.
18. Венедиктов А.В. О субъектах социалистических правоотношений // Советское государство и право. 1955. № 6. С. 20.

Сенькин В.А.

НРАВСТВЕННЫЕ ОСНОВЫ ПРАВОЗАСТУПНИЧЕСТВА И СУДЕБНОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЬСТВА: ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

«Это такая же служба, как воинская повинность; ее можно исполнять двояко: как казенщину, формально, или с усердием, влагая душу в дело, употребляя все усилия, чтобы подействовать на ум и сердце судей. Я полагаю, что только тот, кто исполняет эту обязанность последним из двух способов, заслуживает, чтоб его уважали...»

В.Д. Спасович

Sen'kin V.A.

Moral bases of right interceding and judicial representation: historical aspect

This work is devoted to research an occurrence and development of lawyer institute in Russia, moral - ethical bases of the Russian lawyer community practice since the end of XIX – till the beginning of XX centuries and an estimation of opportunity from using this experience in modern conditions.

It is necessary to note, that purposes facing to the modern lawyers, are caused by requirements of the society in qualitative legal help. Satisfying them, the lawyer's community becomes the integral part of a civil society. Hence, it is possible to assert, that the development of the civil society is impossible without independent lawyer's community.

Today is rather urgent the question about moral shape of Russian lawyers. Unfortunately, there are certain problems, which decision can be found in studying the experience of the predecessors.

Происходящие в России с конца XX в. процессы демократизации политической и экономической системы страны, создание правового государства и гражданского общества¹ вызвали необходимость коренной реорганизации форм и методов деятельности правовых институтов, связанных с защитой прав и законных интересов граждан. Важнейшее место при этом занимает совершенствование российской адвокатуры - института, теснейшим образом связанного с отправлением правосудия.

Данная работа посвящена исследованию становления института адвокатуры в России, нравственно-этических основ деятельности российского адвокатского сообщества конца XIX – начала XX в.в. и оценке возможности использования этого опыта в современных условиях.

Цели и задачи, стоящие перед современными адвокатами и их объедине-

ниями, определяются необходимостью профессиональной защиты прав (интересов) физических и юридических лиц. Поэтому можно сказать, что цели и задачи перед адвокатурой ставят не сами адвокаты и не государство, а общество, его потребности: адвокатура, удовлетворяя запросы общества, обеспечивает его дальнейшее поступательное развитие. Следовательно, можно утверждать, что развитие самого гражданского общества невозможно без самостоятельной и независимой адвокатуры. Как писал еще в начале XX века российский адвокат и один из ведущих ученых в области гражданского процесса, Е.В.Васьковский, «...и в уголовном и в гражданском процессе правозаступник действует в качестве уполномоченного общества и в его интересах... Только признание адвокатов уполномоченными представителями общества, а не наемными пособниками частных лиц, дает адвокатуре право на существование, и только с этой точки зрения может быть доказана ее необходимость»².

Правозаступничество появилось почти одновременно с судом на низших ступенях культуры. С развитием цивилизации, усложнением общественных отношений все более явной становилась потребность в особой касте лиц, профессионально занимающихся ведением чужих (в т.ч. судебных) дел. Так возникла профессия адвоката. Параллельно шел процесс эволюции института представительства, потребность в котором росла по мере развития гражданского оборота. Его результатом стало образование особого класса лиц, специально занимающихся ведением процессов в качестве профессиональных поверенных (ходатаев по делам).

Вызванные к жизни одними потребностями общественной жизни, правозаступничество и судебное представительство в тоже время имеют различную юридическую сущность и социальное назначение.

Судебное представительство является одним из видов одноименного гражданского института, подобно маклерству, комиссионерству и агентированию. Поверенный служит интересам своего клиента, как бы замещая его в процессе. Адвокат (правозаступник) - только помощник (консультант) тяжущегося по правовым вопросам; это позволяет говорить об адвокате, как об относительно независимой фигуре в процессе, которая призвана служить, прежде всего, цели создания условий для осуществления правосудия, нежели отстаивания частных интересов своего клиента.

Однако необходимо отметить, что эти два института не являются противоположностью: наоборот, генезис данных явлений свидетельствует об их непрерывном сближении, взаимообусловленности.

Общеизвестно, что римское наследие явилось источником и оказало огромное влияние на развитие многих институтов европейского (в т.ч. и российского) законодательства. Поэтому представляется крайне интересным проследить становление и развитие данного явления в Древнем Риме.

О положении юриспруденции до издания Законов XII таблиц практически ничего неизвестно. Знатоками права того времени были жрецы (понтифы)³. Нет основания думать, что светские лица совершенно не имели возможности изучать право; но понтифы имели перед ними огромное преимущество, которое делало знание права фактически их монополией: во-первых, в древнейшее время связь религии с правом была огромна, во-вторых, еще с царского периода (753 – 508 гг. до н.э.) у них было обыкновение вести записи, в которые они заносили все то, что в их практике заслуживало внимания (*commentarii pon-*

tificum). С течением времени в этих записях накопился огромный материал решения вопросов религиозной и юридической практики. Этого важного преимущества были лишены все светские лица, т.к. понтифы не открывали свои записи посторонним⁴.

Однако постепенно духовные лица утрачивают монопольные права на занятие юриспруденцией. Первым шагом на этом пути явилось публичное издание Законов XII таблиц, а вторым - обнародование в 450г. Кнеем Флавием календаря и собрания исковых формул⁵, окончательно открывших дорогу всем желающим изучать право.

Ко времени второй половины Республики (III – I в.в. до н.э.) юриспруденция уже не составляла достояния небольшой группы патрицианских семейств: она становится доступна любому желающему. Кроме того, к этому времени следует отнести увеличение влияния юристов на процесс формирования и применения права.

Влияние юристов объясняется тем, что они пользовались высоким авторитетом в римском обществе. Несмотря на то, что они формально не были облечены никакой властью, тем не менее, мнения юрисконсультов по юридическим вопросам рассматривались как источник права⁶.

Из качеств, присущих юристам, следует выделить их высокий интеллектуальный уровень и нравственную чистоту. Выдающиеся юристы этого периода были образованными людьми, обнаруживавшими серьезный интерес к философии.

Относительно нравственной чистоты республиканских юристов мы фактически не имеем прямых сведений. Об их высоком нравственном уровне, по мнению Н.П. Боголепова, можно судить априори, ибо трудно допустить, чтобы даровитые и талантливые люди, но ничтожные в нравственном отношении, не имея никакой формальной власти, могли в течение десятилетий определять традицию правоприменения⁷.

Создание профессионального адвокатского сообщества в условиях России середины XIX в. представлялось весьма сложной задачей, поэтому законодатель обратился к опыту европейских государств, где данный институт уже существовал на протяжении нескольких столетий.

Следует отметить, что изначально становление и развитие институтов правозаступничества и судебного представительства в Европе пошло двумя путями. В одной группе государств (Франция, Англия, Бельгия) они сохранялись ко времени проведения в России судебной реформы 1864 г. в обособленном виде, во второй группе государств (Германия, Австрия) – слились в один институт⁸.

В первой группе государств адвокатура считалась свободной профессией: доступ к ней был открыт для всех. Адвокатская профессия была несовместима с исполнением обязанностей стряпчего, с участием в исполнительном и конкурсном производстве, с коммерческой и любой посреднической деятельностью в качестве маклеров, агентов, факторов и т.п. Стряпчие же могли заниматься всеми этими видами деятельности.

Избавленные от ремесленной работы ходатая по делам, адвокаты являлись только учеными знатоками права, занимавшимися наукой и ораторским искусством. «Не будучи представителями тяжущихся, - пишет Е.В. Васьковский, - не отождествляя себя с ними, не неся перед ними ответа за советы и

содержание своих речей на суде, не имея права выговаривать вознаграждение и требовать его судом, адвокаты прониклись взглядом на свою профессию как на общественное служение, требующее упорного труда, бескорыстия и самоотверженности»⁹.

Подобные ограничения отсутствовали у немецких и австрийских адвокатов, где у адвоката, по выражению проф. Пришля, «из-под тоги выглядывал портфель ходатая по делам», где он неминуемо становился практическим делом, маклером по юридической части, имеющем тем больше успеха в публике, чем больше сметливости, юркости и даже неразборчивости в средствах проявлял при устройстве материальных интересов своих клиентов¹⁰.

Необходимо отметить, что Россия, по мысли законодателя, должна была избрать первый путь развития адвокатуры, как создавший более высокий нравственно-этический тип адвоката. С другой стороны, российский опыт института ходатаев свидетельствовал о традиции соединения в одном лице функций правозаступника и судебного представителя, причем можно с уверенностью говорить о ее сохранении и после реформы 1864 г. «В основном, - пишет Е.В. Васьковский, - работа адвокатов заключалась в ведении тяжб, в выступлении перед судом и в подготовке документов по делам, хотя видные присяжные поверенные стремились проводить больше времени в суде. Именно ведение тяжб считалось основным в адвокатской практике, и адвокаты боролись за возможность выступать в суде. Менее удачливые адвокаты были вынуждены вести дела, связанные с наследством, и заниматься коммерческой стороной адвокатской практики»¹¹.

Путь становления адвокатуры в России был весьма тернист и продолжителен.

Старейший правовой памятник Древней Руси – Русская Правда – не содержит упоминания о судебном представительстве, хотя, по мнению В.Ю. Плетнева, возможно предположить, что, не будучи закреплен законодательно, он существовал в форме обычая¹².

Первое упоминание о судебном представительстве содержится в Псковской судной грамоте (1397 – 1467)¹³. В ней был определен круг лиц, которые могли иметь представителя (пособника) в процессе: женщины, дети, монахи и лица, которые в силу физических недостатков не могли самостоятельно отстаивать свои интересы. В более поздних правовых источниках – Судебнике 1550 г. и Соборном Уложении 1649 г. – упоминается о наемных поверенных, причем можно сделать вывод об их широком распространении¹⁴.

Интересно отношение ученых к дореформенному институту «ходатаев». Так, проф. Е.В. Васьковский не скрывает своего скептического отношения к нему: «История нашей древнейшей адвокатуры – в сущности, история ябедничества»¹⁵. Он пишет: «Отсутствие образовательного ценза и организации, письменный порядок судопроизводства, облеченный канцелярской тайной, привели к тому, что ведением судебных дел, которое состояло преимущественно в составлении состязательных бумаг, стали заниматься прогнанные со службы чиновники и иные лица столь же сомнительной нравственности. Преследуя свою выгоду и стремясь возможно больше запутывать и затягивать дела, они являлись главными виновниками процветания кляуз и ябедничества, характеризующих дореформенное правосудие»¹⁶.

Следует отметить, что все российские государи, вплоть до Николая I, не-

гativamente относились к возможности создания в России адвокатского сообщества западного образца. Так, Петр I считал ходатаев ябедниками, товарищами воров и душегубов, затягивающими дело и вводящими судью в заблуждение, а Екатерина II писала: «Адвокаты у меня не законодательствуют и никогда законодательствовать не будут, пока я жива, а после меня будут следовать моим началам»¹⁷.

К середине XIX в. общество созрело к либерализации: Россия – полуфеодальная страна с режимом неограниченной власти – получила самую прогрессивную форму организации судебной власти. Судебная реформа 1864 г. коренным образом преобразовала систему правосудия Российской империи: сердцевину реформы составили учреждение суда присяжных и создание свободной, отделенной от государства адвокатуры.

Законодатель прекрасно понимал, что в интересах правильного отправления правосудия право заниматься адвокатской деятельностью должно быть сосредоточено в руках узкого класса лиц, обладающих высоким интеллектуальным и нравственным потенциалом. С этой целью было решено создать сословие присяжных поверенных. Однако, сознавая отсутствие достаточного количества специалистов, достойных адвокатского звания, для удовлетворения потребности общества в юридической помощи, законодатель считал возможным до их формирования предоставить право ведения чужих дел в суде всем дееспособным гражданам за немногими изъятиями.

В связи с этим наряду с официальной присяжной адвокатурой продолжала свое существование т.н. «закулисная». Точка в данной порочной практике была поставлена в 1874 г. созданием института частных поверенных: отныне право заниматься ведением гражданских дел было предоставлено только присяжным и частным поверенным¹⁸.

Функции присяжных и частных поверенных совпадали. Разница состояла лишь в том, что в отличие от присяжных поверенных, имевших право выступать в любом суде Российской империи, частные поверенные могли выступать только в тех судах, которые выдали им такое разрешение.

Статус присяжных поверенных был определен в 1864г. в нормативном акте, носившем название «Учреждение судебных установлений»¹⁹.

К лицам, претендовавшим на приобретение статуса поверенного, предъявлялись следующие требования: подданство Российской империи, не состоять на государственной или общественной службе, кроме почетных и бесплатных должностей, и обладать возрастным, нравственным и образовательным цензом. Возрастной состоял в достижении 25 лет (ст. 355), образовательный слагался из высшего юридического образования и пятилетней практики (ст. 354), нравственный – почти такой же, как у судей. Разница состояла лишь в том, что судьями не назначались лица, которые были решением суда уволены со службы, приговорены к тюремному заключению или более строгому наказанию, а также обвинявшиеся в каком-либо преступлении или проступке (ст. 201). Препятствием для принятия в число присяжных поверенных служило уголовное преследование только за те преступления, которые карались лишением или ограничением прав состояния, если дело не окончилось полным оправданием (ст.355).

О других условиях «Учреждение судебных установлений» умалчивало. Однако вполне понятно, что в адвокатское сообщество не могли быть приняты

лица, которые по состоянию здоровья не способны к исполнению профессиональных обязанностей: слепые, глухонемые, умалишенные.

В основе запрета состоять на государственной или общественной службе лежало соображение о том, что от лиц, состоящих на службе, «как подчиненных различным начальствам, нельзя ожидать ни той независимости, которая признается необходимой для присяжного поверенного, ни той свободы располагать своим временем, без которой невозможно исполнять многочисленные обязанности, соединенные со званием присяжного поверенного» (объясн. к ст. 355)²⁰. Однако в то же время «Учреждение» допускало занятие присяжными поверенными почетных и бесплатных общественных должностей, при условии, что данные должности не будут наносить ущерба осуществлению их непосредственных обязанностей (п. 4 ст. 355).

Досуг присяжного поверенного законом не регламентировался, поэтому, по нашему мнению, допустимо предположить, что сама корпорация должна была следить за тем, чтобы поведение ее члена в частной жизни соответствовало статусу и достоинству носимого им звания.

Интересно, что, согласно ст. 380, совету присяжных поверенных (орган, уполномоченный на решение всех текущих вопросов работы сообщества) предоставлялось право отказа в звании присяжного поверенного лицу, которое хотя и удовлетворяло требованиям закона, но не имело нравственных качеств, необходимых для получения адвокатского статуса. Причем определения об отказе, основанные на негативной оценке нравственных качеств личности, обжалованию в суд не подлежали, что вполне соответствовало духу закона, согласно которому только безупречный во всех отношениях человек мог претендовать на приобретение адвокатского статуса.

Это может объясняться двумя мотивами: во-первых, законодатель, помня о сомнительной репутации дореформенных «ходатаев», хотел преградить в адвокатскую корпорацию путь лицам с «темным» прошлым и тем защитить высокий общественный авторитет корпорации, во-вторых - обеспечить права публики на качественную юридическую помощь, создав основу для более доверительных и надежных отношений между поверенным и клиентом.

Основополагающие стандарты адвокатской этики были закреплены в гл. 2 «О присяжных поверенных вообще» Учреждения судебных установлений.

Присяжным поверенным запрещалось покупать и иным образом приобретать права по тяжбам своих доверителей (ст. 400); они не могли выступать в суде, если этим наносился ущерб их близким родственникам (ст. 401); не имели права одновременно представлять интересы обеих сторон или во время процесса переходить на сторону процессуального оппонента (ст. 402); разглашать тайны доверителя (ст. 403). Следует отметить, что современное российское законодательство воспроизводит данные требования, что, с одной стороны, свидетельствует о преемственности развития отечественной адвокатуры, а с другой – создает надежные гарантии для заинтересованных лиц.

Весьма важным представляется порядок определения размера гонорара. Гонорар присяжных поверенных определялся по письменному соглашению между ними и клиентами (ст. 395). Существовала и законная такса, которой руководствовался суд, как при определении размера издержек, подлежащих взысканию с проигравшей стороны, так и при определении размера вознаграждения поверенному при отсутствии письменного соглашения (ст. 396). Основ-

ным принципом расчета размера гонорара по таксе была цена иска. Интересно, что размер гонорара уменьшался в случае проигрыша адвокатом дела в суде. Со временем сформировались и определенные традиции в определении размера гонорара. Так, например, в увечных делах гонорар определялся в размере не более 10% от цены иска.²¹

Несмотря на благородное предназначение института поверенных, в их профессиональной деятельности постепенно сложилась достаточно порочная практика, состоявшая в совокупности неблагоприятных поступков: случались обман клиентов, нарушение требований сохранения тайны доверителя, представление в суде подложных доказательств, дача взяток должностным лицам и т.д., что было связано, по мнению проф. Васьковского, с жесткой конкуренцией внутри адвокатского сообщества, заставлявшей адвокатов не только прибегать к различным уловкам с целью привлечения клиентов, но и браться за посторонние занятия, т.к. адвокатура не всегда была в состоянии доставлять необходимые средства для жизни²².

С проф. Васьковским соглашался и С.А. Андреевский, писавший: «Как досадно и обидно наблюдать все, что появилось вдруг на смену трудным, но поистине блестящим начинаниям нашей адвокатуры в последнее время. Все, от чего следовало бы очищать наше сословие, как от вредных плевел, мешающих его нравственному росту и авторитету, расплодилось с поразительной силой»²³.

Думаю, что это одна из важнейших проблем и на современном этапе развития адвокатуры. К сожалению, в современных условиях адвокат много времени должен уделять коммерческой и маркетинговой стороне своей профессиональной деятельности. Именно этим может объясняться желание одновременно вести большое число дел, именно этим обусловлена потребность в выигрыше каждого дела (вне зависимости от способов и средств достижения данной цели), именно этим обусловлен обычай неофициального общения с должностными лицами государственных органов...

Пути решения данной проблемы можно найти в опыте предшественников. Для повышения нравственно-этического уровня своих членов органам адвокатского сообщества допустимо предоставить более широкие полномочия в области контроля за их профессиональной деятельностью и поведением. С другой стороны, Россия идет по пути становления подлинных ценностей свободного демократического общества, где деловая репутация и уважительное отношение со стороны коллег и даже конкурентов – важнейшие составляющие успеха.

Необходимо отметить, что наиболее выдающиеся и преданные своему долгу дореволюционные и современные адвокаты всегда с нетерпимостью относились к нарушениям профессиональной этики. Е.А. Скрипилев по этому поводу пишет: «Адвокатская деятельность В.Д. Спасовича служила примером для лиц, посвятивших себя адвокатуре, содействовала выработке профессиональных принципов и черт адвокатуры»²⁴.

Смена политической власти в России в 1917 г. привела к изменению направления развития адвокатуры. «Эта интеллигентская сволочь...» - так писал В.И. Ленин об адвокатах²⁵.

Государство проводило дискриминационную политику, способствовавшую уничтожению адвокатуры как сословия. Так, адвокатам не предоставлялась бесплатная медицинская помощь; они были исключены из системы соци-

ального страхования, их дети не получали бесплатного образования, с них взимались высокие налоги, а плата за квартиру и телефон была выше средней²⁶.

К началу 30-х гг. точка зрения об отмирании государства и права была признана ошибочной, поэтому возникла необходимость создания условий для укрепления социалистической законности: стройная система права с развитыми процессуальными институтами заменила революционное правосознание. А.Я. Вышинский не считал адвокатуру устаревшим институтом, наоборот, видел в нем важный элемент функционирования советской системы. «Солдат социалистической армии, который помогает суду быстро и точно решать задачи советского правосудия в интересах масс и социалистического строительства» - таково назначение адвоката, по мнению Вышинского²⁷.

Все это обусловило тот идеологический подтекст, который был характерен при определении положения адвокатуры на протяжении всего советского периода. Адвокату в суде отводилась роль статиста, который следовал линии обвинителя и довольствовался лишь возможностью приведения доводов, способных смягчить вину доверителя.

Подобный порядок вещей сохранялся вплоть до последних лет существования советского государства. В 1979 г. был принят Закон об адвокатуре в СССР²⁸, а в 1980 г. – Положение об адвокатуре в РСФСР²⁹, действовавшее до 2002 г. Положение адвокатов стало более автономным, процессуальный статус и полномочия расширились.

К сожалению, человечность, нетерпимость к нарушению права не стали профессиональными качествами современного российского юриста; понятием о своем долге обладает не каждый³⁰. Но у нас перед глазами есть замечательные примеры: Спасович и Арсеньев, Александров и Андреевский, Пассовер и Плевако... - примеры адвокатов, которые своим служением обществу и правосудию заслужили уважение и признание. Действующее законодательство об адвокатуре и судопроизводстве в основном воспроизводит дореволюционные принципы и стандарты, в соответствии с которыми работали эти великие юристы. Одним из решений вопроса о нравственном уровне современных адвокатов, на мой взгляд, является изучение богатейшего опыта предшественников.

Разумеется, решение данной задачи невозможно без определения основ взаимоотношений адвоката и государства. Государство должно обеспечить независимость адвокатуры и доступность юридической помощи для всех нуждающихся, содействовать осуществлению мероприятий по повышению квалификации адвокатов, принимать меры к защите адвокатов от преследований, необоснованных ограничений их профессиональной деятельности.

Примечания

1. О проблемах становления в России гражданского общества и правового государства см. подробнее: Ирошников Д.В. Гражданское общество как важнейшее условие формирования правового государства. (Материалы научно-теоретической конференции студентов, аспирантов и преподавателей (студенческие работы). – М.: ООО «Центр-пресс», 2007. С.61-63.
2. Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. – М., 2003. С. 78-79.
3. Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. – М., 2007. С.23.
4. Боголепов Н.П. Учебник истории римского права. – М., 2004. С.117.
5. Данный календарь определял дни, в которые было допустимо подавать иск и осуществлять судебное разбирательство (прим.)
6. Боголепов Н.П. Учебник истории римского права. С. 294.

7. Боголепов Н.П. Там же. С. 296.
8. Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. С.79-81.
9. Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. С. 81
10. Цит. по: Васьковский Е.В. Там же.
11. Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – Спб., 1893. ч.2. С. 268.
12. Адвокатская деятельность / под ред. В.Н. Буробина. 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2005. С. 39.
13. История отечественного государства и права: Хрестоматия. – М.: Юр. колледж МГУ, 1996. С.22.
14. История отечественного государства и права: Хрестоматия. С. 39, 87.
15. Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – Спб., 1893. ч.1 С. 320.
16. Васьковский Е.В. Курс гражданского процесса. С. 82.
17. См. подробнее: Колмаков. Очерки и воспоминания // Русская старина. 1886. №12. С.535-536.
18. Квалификационные требования, предъявляемые к кандидатам в присяжные и частные поверенные, в основном совпадали. Данные требования будут описаны ниже (прим).
19. См.: Российское законодательство X - XX веков. Т. 8. Судебная реформа. - М., 1991. С.32-82.
20. См.: Товстолес Н.Н. Учреждение судебных установлений (Свод Законов Т. XVI Ч.1 издания 1914г.). С законодательными мотивами, разъяснениями Правительствующего Сената и Циркулярами Министерства Юстиции. – Спб., 1916 г.
21. См.: Каминка А.И. Очерки торгового права. – М., 2007. С. 357.
22. Васьковский Е.В. Будущее российской адвокатуры. – М., 2000. С. 12.
23. Андреевский С.А. Об уголовной защите. Избранные труды и речи /сост. И.В. Потапчук.– Тула, 2000.С. 308.
24. Скрипилев Е.А. Спасович В.Д. – король русской адвокатуры. – М., 1999. С. 37.
25. Ленин В.И. Полн. собр. соч. - Т.9. С.171. Отметим, что сам В.И. Ульянов после завершения образования некоторое время служил в адвокатуре (прим).
26. Тарнопольский А. Члены коллегии защитников и их правовое положение // Рабочий суд. 1925. №3. С. 9-11.
27. Вышинский А. Роль коллегии защитников в борьбе за революционную законность // Советское строительство. 1933. №5-6. С.12.
28. Ведомости ВС СССР. 1979. №49. Ст. 846.
29. Ведомости ВС СССР. 1980. №48. Ст. 1596.
30. Стецовский Ю.И., Мирзоев Г.Б. Профессиональный долг адвоката и его статус. – М., 2003. С.10.

СОДЕРЖАНИЕ

История и теория государства и права***Алафаев А.А.***

Профессор К.Д. Кавелин в студенческие годы (1834-1839)3

Честных Н.Н.

Конституционный принцип разделения властей и проблема функционального анализа места прокуратуры в системе разделения властей современной России10

Частное право и предпринимательство***Прокопенко О.П.***

Гражданский кодекс Российской Федерации и механизмы охраны объектов авторского права18

Арапов А.С.

Ответственность международного автомобильного перевозчика за утрату груза22

Тарачешников Е.В.

Правосубъектность малого предприятия: проблемные вопросы28

Укрепление законности и борьба с преступностью***Зоделава З.В.***

К вопросу об историческом развитии уголовного законодательства России о невменяемости34

Дубошин А.В.

К вопросу о виктимологии42

Ситников С.Н.

Деформация семейных отношений как источник семейного насилия48

Трибуна молодого учёного***Куан Цзэнцзюнь***

Допустимость международного арбитражного разбирательства (арбитрабельность коммерческих споров) в Китае57

Куан Цзэнцзюнь

Признание и исполнение иностранных арбитражных решений в Китае63

Юсифова А.С.

Понятие правоспособности и её соотношение с дееспособностью77

Сенькин В.А.

Нравственные основы правозаступничества и судебного представительства: исторический аспект82

Для публикации научных работ в выпусках серий «Вестника МГОУ» принимаются статьи на русском языке. При этом публикуются научные материалы преимущественно докторантов, аспирантов, соискателей, преподавателей вузов, докторов и кандидатов наук.

Требования к оформлению статей:

- документ MS Word (с расширением doc);
- файл в формате rtf;
- текстовый файл в DOS или Windows-кодировке (с расширением txt).

Файл должен содержать построчно:

на русском языке	НАЗВАНИЕ СТАТЬИ - прописными буквами Фамилия, имя, отчество (полностью) Полное наименование организации (в скобках - сокращенное), город (указывается если не следует из названия организации) Аннотация (1 абзац до 400 символов) под заголовком Аннотация
на английском языке	НАЗВАНИЕ СТАТЬИ - прописными буквами Имя, фамилия (полностью) Полное наименование организации, город Аннотация (1 абзац до 400 символов) под заголовком Abstract
на русском языке	Объем статьи – от 15000 до 20000 символов, включая пробелы Список использованной литературы под заголовком Литература

Формат страницы - A4, книжная ориентация. Шрифт - Arial, цвет шрифта - черный, размер не менее 14 пунктов, междустрочный интервал – полуторный.

Форматирование текста:

- **запрещены** любые действия над текстом («красные строки», центрирование, отступы, переносы в словах и т.д.), **кроме** выделения слов полужирным, подчеркивания и использования маркированных и нумерованных (первого уровня) списков;

- **наличие рисунков, формул и таблиц** допускается только в тех случаях, если описать процесс в текстовой форме невозможно. В этом случае каждый объект не должен превышать указанные размеры страницы, а шрифт в нем не менее 12 пунктов. Возможно использование только вертикальных таблиц и рисунков. Запрещены рисунки, имеющие залитые цветом области, все объекты должны быть черно-белыми без оттенков. **Все формулы** должны быть созданы с использованием компонента **Microsoft Equation** или в виде четких картинок

- **запрещено уплотнение интервалов;**

- **при нарушении требований** объекты удаляются из статьи.

Абзацы должны быть отделены друг от друга пустой строкой (дополнительным «Enter»).

Обращаем особое внимание на *точность библиографического оформления* статей. Для обеспечения удобства читателей библиографические примечания размещаются внизу каждой страницы в подстрочнике (нумерация сносок сплошная). Обращаем также внимание на *выверенность статей* в компьютерных наборах и *полное соответствие* файла на дискете и бумажного варианта!

Редакционная коллегия оставляет за собой право на редактирование статей, хотя, с точки зрения научного содержания, авторский вариант сохраняется. Статьи, не соответствующие указанным требованиям, решением редакционной коллегии серии не публикуются и не возвращаются (почтовой пересылкой).

В случае принятия статьи, условия публикации оговариваются с ответственным редактором.

Ответственный редактор серии «Юриспруденция» – кандидат юридических наук, доцент Голышев Вадим Григорьевич.

Адрес редколлегии серии «Юриспруденция» «Вестника МГОУ»: 105005, г. Москва, ул. Радио, д.10-а, МГОУ, кафедра гражданско-правовых дисциплин. Телефон (499) 265-11-35. Электронный адрес: ciwilist@rambler.ru

ВЕСТНИК
Московского государственного
областного университета

Серия
«Юриспруденция»

№ 2

Подписано в печать: 05.05.2008.

Формат бумаги 60х86 /₈. Бумага офсетная. Гарнитура «NewtonС».

Уч. — изд. л. 6,5. Усл.п.л. 6. Тираж 500 экз. Заказ № 32.

Издательство МГОУ
105005, г. Москва, Радио, д. 10а,
т. (499) 2564163, факс (499) 2654162.