

ЮРИДИЧЕСКИЙ ВЕСТНИК КУБАНСКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА № 3 2021 г.

Учредитель:

ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»

Главный редактор:

Потапенко С.В., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Заместитель главного редактора:

Лупарев Е.Б., доктор юридических наук, профессор, академик ЕААН, КубГУ

Ответственный секретарь:

Швец А.В., кандидат юридических наук, КубГУ

Члены редакционного совета:

Адыгезалова Г.Э., доктор юридических наук, доцент, КубГУ

Анисимов А.П., доктор юридических наук, профессор, Волгоградский государственный университет

Буэно Ж.Г.Р., профессор гражданского права, Просветерианский университет Маккензи (Федеративная Республика Бразилия)

Гладышева О.В., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Гусев А.В., доктор юридических наук, доцент, Краснодарский университет МВД России

Дзидзов Р.М., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Добробаба М.Б., доктор юридических наук, доцент, Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина

Долгива-Клепацкая А., доктор юридических наук, профессор, Белостокский университет (Республика Польша)

Жеребцов А.Н., доктор юридических наук, доцент, Краснодарский университет МВД России

Жинкин С.А., доктор юридических наук, доцент, КубГУ

Камышанский В.П., доктор юридических наук, профессор, Кубанский государственный аграрный университета им.

И.Т. Трубилина

Киреева Е.Ю., доктор юридических наук, профессор, Российская академия народного хозяйства и государственной службы

при Президенте РФ

Коняхин В.П., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Копецкий М., доктор юридических наук, профессор, Карлов университет (Чешская Республика)

Костенко Р.В., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Лозовский Д.Н., доктор юридических наук, доцент, КубГУ

Мешко Г., доктор права, профессор, Мариборский университет (Республика Словения)

Нудненко Л.А., доктор юридических наук, Российская академия народного хозяйства и государственной службы при

Президенте РФ

Позднышов А.Н., доктор юридических наук, профессор, Ростовский экономический университет

Прапиецис И., доктор права, профессор, Вильнюсский университет (Литовская Республика)

Прохоров Л.А., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Прохорова М.Л., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Пиц А., доктор права, профессор, Белостокский университет (Республика Польша)

Попова Ю.А., доктор юридических наук, профессор, Северо-Кавказский филиал Российского государственного университета правосудия

Руденко А.В., доктор юридических наук, доцент, КубГУ

Рыженков А.А., доктор юридических наук, профессор, Калмыцкий государственный университет

Семенов В.А., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Слесарев В.Л., доктор юридических наук, профессор, Московская государственная юридическая академия им. О.Е. Кутафина

Соловей Ю.П., доктор юридических наук, профессор, Сибирский юридический университет

Срето Н., доктор права, профессор, Ассоциация международного уголовного права Республики Сербия (Республика Сербия)

Старилов Ю.Н., доктор юридических наук, профессор, Воронежский государственный университет

Фунта Р., доктор права, Высшая школа Данубиуса (Словацкая Республика)

Щенникова Л.В., доктор юридических наук, профессор, КубГУ

Шмейкал В., доктор права, доцент, Университет «Шкода авто» (Чешская Республика)

Издатель:

ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»

Редакция не несет ответственности за информацию, опубликованную в рекламных объявлениях

Редакция не всегда разделяет точку зрения авторов публикуемых материалов.

При использовании материалов ссылки на журнал «Юридический вестник Кубанского государственного университета» обязательны.

Зарегистрировано Федеральной службой по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций 20.04.2012 г.

Свидетельство о регистрации: ПИ №ФС 77-49493 ISSN: 2078-5836.

Digital object identifier (DOI): <http://doi.org/10.31429/20785836>.

Журнал включен в перечень рецензируемых научных изданий ВАК Миннауки России, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук со 2 декабря 2019 г.

Журнал публикует основные результаты научно-исследовательской и научно-практической деятельности по отрасли науки – Юридические науки (группа специальностей – 12.00.00 Юридические науки; научные специальности: 12.00.01 – Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве; 12.00.02 – Конституционное право; конституционный судебный процесс; муниципальное право; 12.00.03 – Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право; 12.00.08 – Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право; 12.00.09 – Уголовный процесс; 12.00.12 – Криминалистика; судебно-экспертная деятельность; оперативно-розыскная деятельность; 12.00.14 – Административное право; административный процесс; 12.00.15 – Гражданский процесс; арбитражный процесс

Сайт журнала: <http://urvkubsu.elpub.ru>

Адрес редакции: 350000 г. Краснодар, ул. Рашпилевская, 43, Тел.: 262-35-09, E-mail: fin@law.kubsu.ru

Отпечатано в издательско-полиграфическом центре КубГУ: 350040, г. Краснодар, ул. Ставропольская, 149

Подписано в печать

Усл. печ. л. 4,7. Тираж 100 экз. Заказ №

Входит в базу данных Российского индекса научного цитирования (РИНЦ)

Возрастное ограничение: для лиц, старше 16 лет

На обложке журнала использовано изображение с ресурса <https://crello.com>

© «Юридический вестник Кубанского государственного университета», 2021.

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА;
ИСТОРИЯ УЧЕНИЙ О ПРАВЕ И ГОСУДАРСТВЕ

**СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ ПРАВОВОГО ПОЗИТИВИЗМА
ДЖОНА ОСТИНА И РЕАЛИСТИЧЕСКОГО ДВИЖЕНИЯ
В АМЕРИКАНСКОЙ ЮРИСПРУДЕНЦИИ**

**A COMPARATIVE ANALYSIS OF LEGAL POSITIVISM
OF JOHN AUSTIN AND THE REALISTIC MOVEMENT
IN AMERICAN JURISPRUDENCE**

DOI: 10.31429/20785836-13-3-2-7

Адыгезалова Гюльназ Эльдаровна
доктор юридических наук, доцент
заведующий кафедрой теории и истории государства и права
ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»
ID ORCID: 0000-0003-3682-2121
Author ID: 57193223437
Researcher ID: O-8549-2015

Adygezalova Gyulnaz Eldarovna
Doctor of Law, Associate professor
Head of the of the Theory and History of State and Law Department
Kuban State University

Киенко Неонила Дмитриевна
ассистент, аспирант кафедры теории и истории государства и права
ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»
ID ORCID: 0000-0002-4691-2844

Kienko Neonila Dmitrievna
Assistant, Postgraduate Student of the Theory and History of State and Law Department
Kuban State University

Аннотация: В статье проводится сравнительный анализ идей представителя английского юридического позитивизма Джона Остина и концепций американского правового реализма, который необходим для оценки новых теоретико-правовых теорий и разработок и лежит в основе данного исследования, сопоставляющего прогрессивные идеи Остина с реалистическими идеями XX века. Главной задачей выступает рассмотрение в статье наиболее важных моментов сходства и различия между правовым реализмом и философией позитивного права Джона Остина с целью выявления их единства. Это исследование также помогает установить, повлияли ли идеи Остина на концепции правовых реалистов, учитывая тот факт, что формировались они в условиях англо-американской правовой семьи.

В результате проведенного исследования были достигнуты следующие результаты и сделаны следующие выводы.

В остинском позитивизме есть реалистические элементы, а в правовом реализме можно обнаружить позитивистские аспекты. Остин и реалисты разделяли эмпирическую ориентацию, обусловившую и другие сходства их идей. Хотя они по-разному определяли степень значимости концептуальной ясности и точности, их объединяло понимание важности данного аспекта для юридической теории и практики. Они разработали концепции права, которые схожи в ряде моментов, более того, их подходы к оценке права демонстрируют общую ориентацию на результат правового регулирования.

В то же время интеллектуальная и профессиональная настроенность Остина, философские и теоретические основы его учения, социальные, экономические и политические условия жизни общества, в котором формировались идеи английского ученого, существенно отличались от основ формирования правового реализма США. Эти различия отразились в многочисленных тенденциях реалистического движения, которые не имеют аналогов в юриспруденции Остина. Во-первых, реалисты подошли к определению права более прагматично, чем Остин. Во-вторых, реалисты разработали концепцию закона, в которой особое внимание уделялось решениям должностных лиц.

Правовые реалисты сформулировали многочисленные теории, отличающиеся разнообразием, которые Остин никоим образом не предвосхищал. Причины этих различий варьируются. С одной стороны, Остин и правовые реалисты ставили перед собой одни и те же задачи, приходили к необходимости поиска ответа на одни и те же ключевые вопросы юриспруденции, но давали разные ответы на эти вопросы. Несмотря на то, что Остин был позитивистом, склоняющимся к тому, что право – это те правила, которые исходят от суверена и должны строго соблюдаться и исполняться, он признавал существование правил, исходящих не от человека и не от государства. Однако, если Остин связывал право прежде всего с властью (человека или Бога), а не только с государством, то правовые реалисты делали акцент на связи права с обществом через государство. Понимание единства и различий между идеями Остина и правовых реалистов необходимо не только для объективной оценки правового реализма, но и для понимания значения юридического позитивизма в современной юридической науке.

Ключевые слова: право, юридический позитивизм, позитивное право, Дж. Остин, государство, юридический реализм, традиции юриспруденции, позитивное право, английское право, американское право, англо-американская правовая семья, социология права.

Annotation: This article makes a comparative analysis of John Austin's legal positivism and the concepts of American legal realism, which is necessary for evaluating new legal-theoretical theories and developments and is the basis of this study, which compares Austin's progressive ideas with the realistic ideas of the twentieth century. The main task of the article is to consider the most important points of similarity and difference between legal realism and the philosophy of positive law of John Austin in order to identify their unity. It also helps to determine whether Austin's ideas influenced the concepts of legal realists, given the fact that they were formed in the context of the Anglo-American legal family.

As a result of the study, the following results were achieved, and the following conclusions were made.

There are realistic elements in Austin positivism, and in legal realism there are positivist aspects. Austin and the realists shared an empirical orientation that led to other similarities in their ideas. Although they defined the importance of conceptual clarity and accuracy in different ways, they shared an understanding of the importance of this aspect for legal theory and practice. They have developed concepts of law that are similar in a number of aspects, moreover, their approaches to the assessment of law demonstrate a common focus on the result of legal regulation.

At the same time, the intellectual and professional orientation of Austin, the philosophical and theoretical foundations of his teaching, the social, economic and political conditions of the society in which the ideas of the English scientist were formed, significantly differed from the foundations of the formation of legal realism in the United States. These differences are reflected in numerous trends of the realist movement, which have no analogues in the jurisprudence of Austin. First, the realists approached the definition of law more pragmatically than Austin. Secondly, the realists developed a concept of the law, which paid special attention to the decisions of officials.

Legal realists have formulated numerous theories, differing in variety, which Austin in no way anticipated. The reasons for these differences vary. On the one hand, Austin and the legal realists set themselves the same tasks, came to the need to find answers to the same key questions of jurisprudence, but gave different answers to these questions. Despite the fact that Austin was a positivist who tended to believe that law is those rules that come from the sovereign and must be strictly observed and enforced, he recognized the existence of rules that do not come from the person and not from the state. However, while Austin associated law primarily with power (man or God), and not only with the state, legal realists emphasized the connection of law with society through the state. Understanding the unity and differences between the ideas of Austin and the legal realists is necessary not only for an objective assessment of legal realism, but also for understanding the significance of legal positivism in modern legal science.

Keywords: law, legal positivism, positive law, J. Austin, state, legal realism, traditions of jurisprudence, positive law, English law, American law, Anglo-American legal family, sociology of law.

Введение

Морис и Феликс Коэн писали, что «Здание юриспруденции – это многоквартирный дом» [8, с. 370]. Вот только в современной научной литературе и юридической практике немногие юристы пытаются раскрыть все элементы юриспруденции и выявить их взаимосвязь.

Для того, чтобы понять особенности традиций юриспруденции необходимо проведение сравнительного анализа юридических концепций, выявление общих исходных начал их формирования, а также общих целей, которые ставили перед собой правоведы при формулировании своих идей.

Джон Остин был самой влиятельной фигурой в английской юриспруденции в последней трети XIX века и на протяжении большей части XX века. При жизни он был «пророком без почестей». [17, с. 986] В 1832 г. он опубликовал свою единственную законченную работу по юриспруденции «Сфера юриспруденции определена» [4]. Она не получила большого внимания, хотя несколько журналов дали ей весьма положительные отзывы. Однако через несколько лет после смерти Остина «стало ясно, что его работа положила начало изучению юриспруденции в Англии, а его влияние на развитие в Англии этой темы было большим, чем влияние любого другого писателя». Идеи Джона Остина подвергались изучению и сопоставлению с другими теориями [6, с. 32-49; 13]. Представляется, что сопоставление и анализ взглядов Остина с идеями американских реалистов, имеет особое значение для современной юридической науки, которая стремится к повышению практической значимости, прикладной полезности правовых теорий.

Реалисты-правоведы не были столь влиятельны в Америке, как Остин в Англии. Кроме того, они вызвали бурю протеста, совершенно не похожую на реакцию на учение Остина [14, с. 29]. Тем не менее, реалистическое движение было самым значительным событием в американской юриспруденции в период между двумя мировыми войнами. Несмотря на споры, порожденные реалистами, они оказали существенное влияние на правовую мысль в этой стране. Джером Холл имел веские основания утверждать, что «большинство ученых-юристов в Соединенных Штатах с конца двадцатых годов XX в. были реалистами во многих отношениях; и полемика тридцатых годов не может скрывать этот факт» [9, с. 136-137].

Однозначно ответить на вопрос, кто же является правовым реалистом, мы не можем, так как конкретного стандарта для определения

данной категории просто не существует. Теоретики, которые относили себя к реалистам, довольно часто не соглашались друг с другом. На протяжении своей жизни они неоднократно меняли некоторые из своих идей. Однако, в их работах прослеживаются определенные тенденции.

На первый взгляд, можно сделать вывод, что Джон Остин имел мало общего с реалистами. Однако, хоть Остин и не имел прямого влияния на реалистов, ряд его идей, несомненно, был воспринят или заимствован ими.

Цель исследования состоит в проведении сравнительного анализа правового позитивизма Джона Остина и реализма американской юриспруденции.

Методы исследования

Методология исследования включает комплекс общенаучных методов, среди которых следует выделить метод сравнения, позволивший провести аналогию между идеями Дж. Остина и учениями реалистов в США, выявить общее между ними и различия; аналитический метод, при помощи которого был сделан ряд выводов об идеях реалистов и Дж. Остина, их значении в становлении и развитии соответствующих юридических течений и движений. Применяемые методы способствовали достижению поставленной цели и выявлению точек совпадения между позитивизмом Дж. Остина и реализмом американских юристов-ученых, подтверждающих наличие некоторого единства между ними.

Результаты исследования

Результаты исследования состоят в следующем.

В остинском позитивизме есть реалистические элементы, а также можно обнаружить позитивистские аспекты в правовом реализме. Остин и реалисты разделяли эмпирическую ориентацию, обусловившую определенные сходства их идей. Хотя они по-разному определяли степень важности концептуальной ясности и точности, они соглашались с тем, что это важно, разработав концепции права, которые во многом схожи. Их подходы к определению права и его роли в жизни общества демонстрируют общую ориентацию на результат. Это свидетельствует об общей ориентации на идеи прагматизма, что, вероятно, обусловлено тем, что и позитивизм Остина и правовой реализм США зародились в рамках общей англо-американской правовой семьи, в которой всегда особое место занимали судебная практика, прецедентное право, а правовая идеология состояла прежде всего в рационализации юридического процесса, что отмечается в работах, например,

Г.Э. Адыгезаловой [3, с. 5463–5470; 2, с. 1528–1533].

В то же время интеллектуальная и профессиональная ориентация Остина существенно отличалась от реалистической. Эти различия отразились в многочисленных направлениях и ответвлениях реалистического движения, которые не имеют аналогов в юриспруденции Остина. Во-первых, реалисты подошли к определению права более прагматично, чем Остин, что, вероятно, обусловлено особенностями развития американской правовой системы, которая претерпевала изменения в первой половине XX в., обусловленные политическими и экономическими причинами, требовавшие гибкости права. Во-вторых, реалисты разработали концепцию закона, в которой особое внимание уделялось решениям должностных лиц и вероятности санкций, что также обусловлено традицией американской юридической науки, сделавшей одной из центральных фигур для исследований судьбу и процесс принятия им решений [7, с. 271–276].

Правовые реалисты разработали многочисленные идеи, которые Остин никоим образом не предвосхитил, так как реалисты пытались ответить на вопросы, которые Остин перед собой вообще не ставил. Кроме того, на ряд общих вопросов реалисты и Остин давали разные ответы. Тем не менее, можно обнаружить не только различие между идеями Остина и реалистов, но и их единство.

Научная дискуссия

Прежде чем выявить сходство между идеями Джона Остина и правовых реалистов, необходимо обозначить явные различия в их правовых взглядах.

Во-первых, их интеллектуальные ориентиры, философские основы правовой теории были совершенно разными. Остин родился в 1790 г. и умер в 1859 г., он жил до широкого распространения идей дарвинизма и появления современных социальных наук. Остин был поклонником Гоббса и Локка, учеником Джереми Бентама и ярким утилитаристом [10]. Остин также был стойким мальтузианцем, твердо верил в истины «бесценной науки политической экономики», а к концу своей жизни стал непримиримым консерватором. Идеи английского ученого конца XVIII в. Томаса Роберта Мальтуса, оказавшие влияние и на Ч. Дарвина, отличались пессимизмом и ориентировали на поиск новых путей развития общества, так как в доиндустриальном обществе, по мнению ученого, увеличивающееся население неминуемо столкнется с недостатком ресурсов.

Реалисты-правоведы видели картину мира в ином свете, чем Остин, так как их правовые теории зародились уже гораздо позже, в XX в. в условиях активно развивающегося индустриального общества. Как заметил Уолтер Уиллер Кук, «на всех них в большей или меньшей степени повлияли новые веяния, которые сегодня возникают во всех областях интеллектуальной деятельности». Карл Н. Ллевеллин определил некоторые из этих течений, когда охарактеризовал реалистическое движение, как «составную часть с развитием объективного метода в психологии».

Взгляды правовых реалистов были направлены на то, чтобы извлечь выгоду из методологических проблем, над решением которых бились ученые долгие годы, чтобы найти новые подходы в социологии, экономике, политологии. Когда Джон Остин читал лекции по юриспруденции, такие научные направления, как бихевиоризм, прагматизм и инструментализм, а также социология и политология, еще не сформировались и не получили распространение [5]. Кроме того, правовые реалисты в целом были менее консервативны в политическом плане, чем Остин.

Несмотря на существование Остина и правовых реалистов в рамках англо-американской правовой семьи и наследие общего права, их отношение к прецедентному праву и знание прецедентного права были совершенно разными. О.Холмс однажды написал, что «проблема с Остином заключалась в том, что он недостаточно знал английское право». По мнению ученого, если даже Остин действительно много знал об английском праве, это не следует с очевидностью из его работ. В то же время практически все правовые реалисты занимались юридической практикой и демонстрировали глубокое знание конкретных дел и прецедентов. Фактически некоторые из них были мастерами в определенных областях прецедентного права. В любом случае, реалисты в большей степени интересовались прецедентным правом и были осведомлены о нем лучше, чем Остин.

Кроме того, Джон Остин и реалисты имели разные области профессиональной специализации. Остин, юрист-позитивист, был прежде всего философ права, его учение является более умозрительным и отличается большей оторванностью от юридической практики. Большинство же реалистов права были не только вовлечены в практическую юридическую деятельность, но и стремились своими идеями ее усовершенствовать и сделать более эффективной для общества и государства.

Некоторые реалисты интересовались философией права, а ряд их идей представляет собой ценный вклад в эту область исследований. Более того, с позиции определенной современной интерпретации философии права некоторые из правовых реалистов вполне могут быть названы реалистами права. В то же время такая характеристика определенно неприменима ко многим сторонникам «реалистической юриспруденции» и представителям движения реалистов. В этом смысле К. Ллевеллин правильно утверждал, что «реализм никогда не был философией», хотя он «постоянно рассматривался под этим углом».

Разработанные правовыми реалистами США концепции значительно отличались от взглядов Остина не только потому, что они возникли в разные периоды времени и в разных социальных, экономических, политических условиях, но и имели различную теоретическую основу. Остин считал, что главной задачей является определение природы или сущности закона. Таким образом, он неоднократно проводил различие между правом верным и ошибочным, «так называемым». Так называемое «верное право» состоит из общих приказов или императивов, которые Остин резко противопоставляет случайным или частным приказам. Примером последнего является такое судебное решение, как приказ о вынесении конкретному вору особого приговора. Остин утверждал, что такого рода акт «будет не законом или правилом, а случайным или конкретным приказом одного суверена или группы». Другими словами, особая природа и конкретная индивидуальная направленность судебных решений или приказов не позволяет им должным образом называться законом.

Остин подчеркнул, что предметом юриспруденции является позитивное право, или «строгое право», которое он описал как явные или неявные приказы суверена. Эта верховная и юридически неограниченная власть является основным источником всех правовых норм в независимом политическом обществе. Остин признавал, что подчиненные чиновники (например, судьи) создают законы, но он подчеркнул, что они делают это по воле монарха. Он утверждал, что суверена можно идентифицировать по двум характеристикам: привычному послушанию со стороны большей части населения и привычному неподчинению приказам любого другого «человеческого начальника» [1].

Правовые реалисты, по сути, пытались создать иную юридическую картину мира, отказавшись следовать Остину в его попытках дать определение права. Некоторые реалисты

настолько разочаровались в безрезультатной дискуссии о природе закона, что не стали участвовать в ней, переключившись на цели, функции, задачи права, на его практическую полезность. Остин и правовые реалисты разошлись не только в самом подходе при определении закона, но и в том, для чего необходимо искать и формулировать само это определение. Подход реалистов был гораздо более прагматичным или инструменталистским, чем подход Остина. Они рассматривали определения как инструменты или средства для достижения цели. Если определение и спор о нем не помогают в достижении цели, тогда в нем нет смысла. Феликс Коэн ясно выразил эту точку зрения, когда написал, что «немало бесплодных споров возникло из-за попыток показать, что определение закона истинно или ложно».

Большинство сторонников реалистической юриспруденции были убеждены в бесполезности понимания права как совокупности простых правил или принципов. Вместо этого они подчеркивали важность принятия конкретных официальных решений, влекущих юридические последствия [11, с. 267-315; 12, с. 278-301].

Несмотря на то, что реалисты редко отрицали возможность или важность точных обобщений на основе уже принятых многочисленных решений, они утверждали, что обоснованность этих обобщений должна проверяться на дальнейших фактических решениях или принудительных правилах. «Реалисты, конечно, сразу же спросят, – заметил Уолтер Уиллер Кук, – будут ли широкие обобщения определять закон в том виде, в каком он содержится в решениях. С их точки зрения, это серьезное испытание на обоснованность любого обобщения» [15].

Другие реалисты выдвинули более широкую концепцию права, утверждая, что закон – это «не просто то, что делает судья, но и то, что официально делает любой государственный чиновник». То, что на самом деле делает должностное лицо, может значительно отличаться от того, что оно обязано делать. Фактически, одни чиновники могут «делать одно, другие – другое, а суды, подчас, – третье». Проще говоря, правовой системе может не хватать единства, предполагаемого теорией суверенитета Остина.

Фактором, который, вероятно, способствовал этому различию между Остином и реалистами, являются различные политические и правовые системы, в которых они жили и работали. Остин подчинялся унитарной системе, в которой поведение чиновников было более предсказуемым, чем в различных юрисдикциях американской федеральной системы. Он также

жил до появления целого ряда исполнительных и административных органов, характеризующих современное государство. Трудно представить, например, что он пишет, что «чаще всего административные меры для непрофессионала являются последним выражением закона по делу. В такой ситуации для него полезно принять это во внимание, поскольку это закон дела». В любом случае реалисты практически игнорировали идею суверенитета, которая играла центральную роль в концепции позитивного права Остина. Таким образом, необходимо отметить, что исследование общего и особенного в идеях представителя английского юридического

позитивизма Джона Остина и движения правовых реалистов, которые сформировались в рамках одной англо-американской правовой семьи, значимо для современной юридической науки, которая в современных условиях все больше взаимодействует с другими социальными науками [16, с. 383-406], использует методологический инструментарий и результаты исследований других наук, ставит главной задачей реализацию правом своей функции по сбалансированию интересов в обществе и государстве и обеспечению стабильного и последовательного развития.

Список использованной литературы:

1. Остин Дж. Определение области юриспруденции // Антология мировой правовой мысли. Москва, 1999. Т. 3.
2. Adygezalova G.E. Sociological jurisprudence and legal realism as a basis for the development of judicial law-making // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. № 9 (5). С. 1528–1533.
3. Adygezalova G.E. Case law school as a way of law rationalization // Man in India. 2016. № 96 (12). С. 5463–5470.
4. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined, W. Rumble (ed.). 1995.
5. Austin J. Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law. Two vol. 1879. R. Campbell (ed.). Bristol. 2002.
6. Bix B.H. On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy // Ed. by Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. С. 99–105.
7. Blake W. Umpires as Legal Realists // Ps-Political Science & Politics. 2012. №45 (2). С. 271-276.
8. Cohen M. Cohen F., Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy. New-York: Prentice Hall. 1951.
9. Hall J. Studies in jurisprudence and criminal theory. New-York. 1958. С. 136-137.
10. Hamburger L.J. Troubled Lives: John and Sarah Austin. 1985.
11. Leiter B. Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence // Texas Law Review. 1997. №76 (2). С. 267-315.
12. Leiter B. Legal realism and legal positivism reconsidered // Ethics. 2001. №111 (2). С. 278-301.
13. Paulson S.L. The Very Idea of Positivism. – Report at the XXV World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy in Frankfurt am Main // Izvestiya vysshikh educational institutions. Jurisprudence. SPb, 2011. № 4 (297). С. 32-49.
14. Rumble W. American legal realism. New-York. 1968.
15. Schauer F., Positivism Before Hart // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646.
16. Scheppele K.I. Legal Theory and Social-Theory // Review Of Sociology. 1994. № 20. С. 383-406.
17. Wilfrid E. Rumble T., The legal positivism of John Austin and the realist's movement in American jurisprudence. Michigan: Michihan law review. 1981. С. 1-3.

References:

1. Austin J. Determination of the field of jurisprudence // Anthology of world legal thought. Moscow, 1999. T. 3.
2. Adygezalova G.E. Sociological jurisprudence and legal realism as a basis for the development of judicial law-making // Journal of Advanced Research in Law and Economics. 2018. № 9 (5). Pp. 1528–1533.
3. Adygezalova G.E. Case law school as a way of law rationalization // Man in India. 2016. № 96 (12). Pp. 5463–5470.
4. Austin J. The Province of Jurisprudence Determined, W. Rumble (ed.). 1995.
5. Austin J. Lectures on Jurisprudence, or The Philosophy of Positive Law. Two vol. 1879. R. Campbell (ed.). Bristol. 2002.
6. Bix B.H. On Philosophy in American Law: Analytical Legal Philosophy // Ed. by Francis J. Mootz III. Cambridge University Press, 2009. Pp. 99–105.
7. Blake W. Umpires as Legal Realists // Ps-Political Science & Politics. 2012. №45 (2). С. 271-276.
8. Cohen M. Cohen F., Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy. New-York: Prentice Hall. 1951.
9. Hall J. Studies in jurisprudence and criminal theory. New-York. 1958. Pp. 136-137.
10. Hamburger L.J. Troubled Lives: John and Sarah Austin. 1985.
11. Leiter B. Rethinking legal realism: Toward a naturalized jurisprudence // Texas Law Review. 1997. №76 (2). Pp. 267-315.
12. Leiter B. Legal realism and legal positivism reconsidered // Ethics. 2001. №111 (2). Pp. 278-301.
13. Paulson S.L. The Very Idea of Positivism. – Report at the XXV World Congress of the International Association for the Philosophy of Law and Social Philosophy in Frankfurt am Main // Izvestiya vysshikh educational institutions. Jurisprudence. SPb, 2011. № 4 (297). Pp. 32-49.
14. Rumble W. American legal realism. New-York. 1968.
15. Schauer F., Positivism Before Hart // URL: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1512646.
16. Scheppele K.I. Legal Theory and Social-Theory // Review Of Sociology. 1994. № 20. Pp. 383-406.
17. Wilfrid E. Rumble T., The legal positivism of John Austin and the realist's movement in American jurisprudence. Michigan: Michihan law review. 1981. Pp. 1-3.

ТЕОРЕТИКО-МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ ПОСТРОЕНИЯ РОССИЙСКОЙ СИСТЕМЫ ПРАВА

THEORETICAL AND METHODOLOGICAL PROBLEMS OF BUILDING THE RUSSIAN LEGAL SYSTEM

DOI: 10.31429/20785836-13-3-8-14

Михель Дина Евгеньевна

кандидат юридических наук

старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права

ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»

ID ORCID: 0000-0001-9116-5748

Mikhel Dina Evgen'evna

Senior Lecturer of the Theory and History of State and Law Department

Kuban State University

Аннотация: Актуальность интереса к проблематике системного анализа и методологии системного познания права обусловлена изменением и расширением объема правового массива и увеличением числа сложно организованных объектов, подлежащих анализу как самостоятельных системных объектов и в составе систем. Применение системного подхода к исследованию таких объектов и к анализу права в целом позволяет рассматривать правовые явления в составе систем, что способствует пониманию права как «многофакторной правовой реальности», и исследовать правовую материю во взаимосвязи с другими аналогичными праву явлениями и особенностями его среды (социально-политической, экономической, духовной и культурной) как целостного динамичного явления с учетом влияния на него внешних факторов [22, с. 94].

Как абстрактная форма обозрения права система права служит целостному восприятию права на основе определения его элементов, их функциональных свойств и установления связей между ними [23, с. 1-16]. Цель настоящего исследования состоит в том, чтобы, используя системный подход, системно-структурный и системно-функциональные методы познания, определить не только структурные элементы системы права, их свойства и функции как самостоятельных правовых явлений, но и их роль и значение в единой системе права и характер связей между ними.

В ходе проведенного исследования были достигнуты следующие результаты и сделаны следующие выводы:

1. Исследование системы права и ее отдельных элементов через призму системы обеспечивает не только понимание внутренних свойств и связей права с другими структурными элементами системы, но и более глубокое познание сущности правовых явлений в составе системы права в целом и ее системообразующих факторов.

2. Магистральным направлением современного правового развития российской системы права является специализация правовых норм предмет и метод правового регулирования которых не совпадают, а относятся к различным типам правового регулирования. Такое несоответствие типу правового регулирования отдельных правовых общностей отечественной системы права вызывает теоретико-методологические проблемы при построении системы права и определении правового режима и структурной принадлежности смешанных правовых общностей.

3. Сложившееся в юридической науке определение правовой природы норм права в пределах строгого отраслевого деления нуждается в переосмыслении и корректировке. В частности в основу систематизации правовых норм, содержание которых отличается сочетанием различных по характеру правового регулирования предмета и метода, должны быть положены не только общепризнанные правовой доктриной критерии классификации, но иные системообразующие факторы и критерии классификации, определяемые спецификой отношений в различных сферах общественной жизни и формами их институционализации.

4. Правовая природа смешанных правовых образований системы права обусловлена взаимопроникновением частноправовых и публично-правовых начал в систему правового регулирования и определяют особенности типа и режима правового регулирования таких структурных элементов системы права.

Ключевые слова: система права, системный подход, систематизация права, системообразующие критерии, факторы и элементы, правовая специализация, институционализация, отрасль права, отраслевое деление, смешанные правовые образования, интеграция комплексных правовых общностей, взаимопроникновение норм частного и публичного права.

Annotation: The relevance of interest in the problems of system analysis and the methodology of systemic knowledge of law is due to the change and expansion of the volume of the right array and the increase in the number of complexly organized objects to be analyzed as independent system objects as part of systems. Applying a systems approach to the study of such objects and to the analysis of law in general, it allows us to consider legal phenomena as part of systems, which contributes to the understanding of law as a “multifactorial legal reality”, and to study legal matter interlinked with other phenomena similar to law and features of its environment (socio-political, economic, spiritual and cultural) as an integral dynamic phenomenon, taking into account the influence of external factors on it [22, Pp. 94].

As an abstract form of review of law, the system of law serves the holistic perception of law on the basis of determining its elements, their functional properties and establishing links between them [23, Pp. 1- 6]. The purpose of this study is to use a systematic approach, system-structural and system-functional methods of cognition, to determine not only the structural elements of the legal system, their properties and functions as independent legal phenomena, but also their role and significance in a unified system of law and the nature of the links between them.

In the course of the study, the following results were achieved and the following conclusions were drawn:

1. The study of the system of law and its individual elements through the prism of the system provides not only an understanding of the internal properties and connections of law with other structural elements of the system, but also a deeper understanding of the essence of legal phenomena in the system of law as a whole and its system-forming factors.

2. The main direction of modern legal development of the Russian system of law is the specialization of legal norms, the subject and method of legal regulation of which do not coincide, but relate to different types of legal regulation. This inconsistency with the type of legal regulation of individual legal communities of the domestic legal system causes theoretical and methodological problems in the construction of the legal system and in determining the legal regime and structural affiliation of mixed legal communities.

3. The definition of the legal nature of the norms of law, established in legal science, within the strict sectoral division, needs to be rethought and adjusted. In particular, the basis for the systematization of legal norms, the content of which is characterized by a combination of different in nature of legal regulation of the subject and method, should be based not only on the generally recognized legal doctrine classification criteria, but other systemic factors and classification criteria determined by the specifics of relations in various spheres of public life and forms their institutionalization.

4. The legal nature of mixed legal formations of the system of law is due to the interpenetration of private and public law principles in the system of legal regulation and will determine the features of the type and regime of legal regulation of such structural elements of the legal system.

Keywords: system of law, systematic approach, systematization of law, system-forming criteria, factors and elements, legal specialization, institutionalization, branch of law, sectoral division, mixed legal formations, integration of complex legal communities, interpenetration of the norms of private and public law.

Введение

Учитывая, что не любая совокупность элементов образует систему как целостный объект при изучении системы права, важно установить то, что определяет системность объекта исследования, т.е. отсутствует у отдельных элементов, формирующих систему, но при этом присуще в целом системе при взаимодействии их совокупности. Таким началом, определяющим внутреннюю организацию и упорядоченность элементов системы и устанавливающим ее целостность, является структура [7, с. 247–248].

Строение права представлено системной и структурной целостностью права и связями его

структурных элементов [8, с. 176]. При этом целостный характер проявляется в высоком уровне организованности, упорядоченности, взаимной интегрированности друг в друга и в систему, а также внутренней связи структурных элементов системы права. Интегративные свойства системы права не присущи ее отдельным элементам, а являются результатом их взаимодействия в пределах целостного образования [7, с. 239–258].

Основу механизма правового регулирования формируют нормы права, представленные в единой структурно-сложной регулятивной системе, которая обеспечивает эффективность применения, осуществления и

реализации права. Хаотичное расположение правовых норм затрудняют эффективное регулирующее воздействие на общественные отношения [4, с. 153]. Система права должна отражать существующие и фактически сложившиеся социальные институты и явления конкретного общества на определенном этапе его исторического, социально-экономического и политического развития, включая при этом видовое многообразие правоотношений и динамичность их институционализации [22, с. 487-553]. В свою очередь исследование системы права и ее отдельных элементов через призму системы обеспечит не только понимание внутренних свойств и связей права с другими структурными элементами системы, но и более глубокое познание сущности правовых явлений в составе системы права в целом и ее системообразующих факторов.

Методы исследования

Методология исследования представлена совокупностью общенаучных методов познания. Особое место среди которых отведено системному подходу и логическим методам. В частности, применение аналитического и системно-структурного методов позволило рассмотреть право через его структурные элементы, в их взаимосвязи и взаимодействии. Индуктивный метод позволил установить выводы общего характера о критериях и системообразующих факторах системы права. В целом, в ходе исследования применялись системный и функциональный подходы к пониманию внутренних свойств и связей права с другими структурными элементами системы, направленные на глубокое познание сущности правовых явлений в составе системы права в целом и ее системообразующих факторов.

Результаты исследования

Состоят в следующем:

1. Понятие и структура системы права являются переменными категориями, содержание которых обусловлено историческими эпохами, социально-политическими условиями, организационно-правовыми формами развития общества и государства и научными подходами к ее формированию [24, с. 869-902]. При этом учитывая, что система права отражает динамику права и подвержена изменениям как в целом, так и относительно составляющих ее компонентов, структура системы права также зависит от национальных особенностей построения и развития правовых систем, то есть система права опосредована национальными рамками [15, с. 32].

Следовательно, рассматривать систему права необходимо в конкретных исторических

условиях и границах национальной правовой системы, а также с учетом актуальных тенденций развития юридической науки.

В современной российской правовой науке наблюдается разнообразие взглядов относительно понятия системы права [9, с. 16- 17; 10, с. 208]. Вместе с тем большинство авторов исходит из понимания системы права как объективного явления, так как происхождение права и присущей ему системности детерминировано процессом естественноисторического развития [17, с. 166- 167]. «Общественные отношения, которые опосредуются правом и которые составляют предмет правового регулирования исторически и генетически обуславливают системность права» [12, с. 254]. Однако, для выражения на практике и реализации права системность права как объективное явление должна сопровождаться систематизацией права, которая в свою очередь как субъективное явление, обеспечивается усилиями законодателя. При этом эффективность права достигается когда систематизация права соответствует системности права [12, с. 254].

В теории права содержание понятия системы права по-разному трактуется в пределах типов правопонимания. Так, позитивисты понимают систему права как его внутреннее строение, то есть отождествляют понятие системы и структуры права. При этом строение системы права в рамках позитивистского понимания права, представлено отраслевым делением.

Представители социологического понимания права критерием построения системы права определяют специфику отдельных видов общественных отношений, проявляющуюся в выраженных нормах правового регулирования, особом методе и правовых принципах [6, с. 88- 92; 17, с. 166-169]. Так, А.А. Дорская определяет систему права как «взаимосвязь и взаимодействие правовых норм, регулирующих все виды общественных отношений и обеспечивающих целостность существования, функционирования и развития общества, источником которых могут быть различные субъекты (институты)» [6, с. 92].

В рамках естественно-правового понимания права различают систему позитивного и естественного права. Естественное право находит свое отражение в общеправовых ценностях и принципах, а, следовательно, систему права формируют общечеловеческие ценности, идеи и принципы, получившее закрепление в правовой норме и юридической практике, и составляющие основу естественно-правового подхода к праву.

Теоретическое и практическое значение различных подходов понимания системы права проявляется в определении методологических оснований построения системы права, то есть в выделении критериев классификации правовых общностей, формирующих элементы системы права.

Систему права детерминируют различные критерии и системообразующие факторы. В качестве критериев построения систем права могут выступать предмет и метод правового регулирования, функции права, правовые принципы, правовые отношения, защищаемый нормой права интерес и т.д. Так, например, в основе деления права на частное и публичное, которое является частью системного понимания права правовых систем, воспринявших основные положения, принципы и традицию римского права, лежит такой критерий, как защищаемый правом интерес. Защищаемый правом интерес обусловлен качествами человеческой природы и поэтому является объективным основанием деления права. Как регулятор общественных отношений право в целях эффективного правового регулирования должно иметь целевую направленность и, как следствие, конкретный, нуждающийся в защите интерес. Учитывая изложенное, представляется обоснованным признание в качестве определяющих критериев классификации правовых норм интересов, защищаемых государством, так как приоритетной задачей права как инструмента социального контроля выступает баланс социальных, государственных и частных интересов, на которые в своей правовой доктрине делали акцент не только представители европейской правовой мысли (например, Р. Иеринг), но и основоположники американской социологической юриспруденции [1; 2].

Применение перечисленных критериев позволяет учитывать многообразие и динамику развивающихся общественных отношений при их правовом регулировании, смешанный характер отдельных правовых образований и правовых общностей в пределах сложившегося деления права на отрасли права, подотрасли права, институты права и субинституты права, а также правовые общности и правовые образования, выходящие за рамки отраслевого деления (частное и публичное право).

2. Методологическими критериями построения российской системы права, опосредующими обособление норм частного и публичного права с учетом отраслевого деления, являются защищаемый интерес, а также предмет и метод правового регулирования. При этом деление права на частное и публичное следует

рассматривать не в значении замкнутых структурных образований системы права, а в значении правовых начал, формируемых совокупностью принципов и методов правового регулирования, которые составляют тип или режим правового регулирования правовых явлений [4, с. 153]. Так, частноправовой режим правового регулирования отличается автономией источника права, то есть нормы частного права могут устанавливаться согласованно самими субъектами права. Участники частноправовых отношений могут самостоятельно и свободно определять как свои права и обязанности, так и желаемый правовой результат, что отличает диспозитивный метод и принцип юридической децентрализации частного права. А публично-правовой режим отличается юридической централизацией, то есть властным регулированием отношений из единого центра. По источнику возникновения нормы публичного права являются гетерономными, то есть исходят от государства, метод правового регулирования – императивный, авторитарный.

Соответственно, правовые явления и институты отличаются по типу (режиму) правового регулирования. Он может быть публично-правовой, частноправовой или смешанный. Определение типа или режима правового регулирования позволяет установить подлежащие применению в конкретном случае правовые средства и приемы правового регулирования, а также определить правовую природу рассматриваемого явления, что в конечном счете обеспечит эффективность правового воздействия.

Таким образом, система российского права предстает как совокупность подсистем частного и публичного права, выделенных на основании защищаемого правом интереса, типа (режима) правового регулирования и принципов права.

3. Особенностью современного развития российской системы права является обособление правовых общностей, опосредующих в своем составе не совпадающие по типу правового регулирования предмет, метод и принципы правового регулирования. Например, предмет правового регулирования относится к публичному праву, а метод и принципы правового регулирования – к частноправовой сфере. Такое несоответствие типу правового регулирования структурных элементов системы права обусловлено взаимопроникновением норм частного и публичного права и вызывает методологические проблемы определения не только правового режима, но и правовой природы в целом таких смешанных правовых явлений. Так, в частности дискуссионным в

юридической науке является вопрос о месте в системе права таких правовых общностей в которых такой объективный критерий как защищаемый правом интерес является двуединым, то есть опосредован как публично правовыми началами, так и частноправовыми. Например, медиация, третейское разбирательство, внесудебные процедуры разрешения споров [14, с. 170; 21; 25].

Научная дискуссия

Взаимопроникновение норм частного и публичного права проявляется в наличии диспозитивных норм как в частном, так и в публичном праве, в наличии материальных норм в процессуальном праве, в функциональной направленности и регулятивной функции процессуального права, направленной на взаимное обеспечение реализации права в целом [5, с. 15–20].

Синергию норм частного и публичного права признают такие ученые, как Ю.А. Тихомиров, Д.Е. Петров, М.И. Байтин, А.С. Александров, М.А. Алискеров, Н.А. Гушина, Е.А. Суханов и др., отмечая необходимость смены строгой «пирамиды» соподчиненных отраслей права на новую систему, основанную на принципиальном равенстве частноправового и публично-правового подходов и их взаимодействии [5, с. 201; 9, с. 16-29; 18, с. 26-33; 19, с. 46-47].

Уникальность типа правового регулирования таких институциональных образований предмет и метод правового регулирования которых не совпадают, обусловлена сочетанием публично-правового и частноправового начал в содержании таких правоотношений. Однако определение правовой природы и места таких правовых общностей в системе права, порождает ряд методологических проблем и научных споров относительно режима правового регулирования таких институциональных образований и обособления в структуре системы права комплексных правовых общностей [14, с. 177].

Несмотря на то, что особенностью советской правовой доктрины было строгое следование отраслевому делению, определяемому предметом и методом правового регулирования, проблемы смешанных, комплексных, правовых общностей в указанный период достаточно широко и глубоко изучались под призмой дифференциации и интеграции правового регулирования. Так, С.С. Алексеев отмечал «многогранность правового регулирования общественных отношений и невозможность вместить все особенности регулирования в рамках одной структуры» [3, с. 29, 130].

Актуальные тенденции развития современной правовой мысли направлены на изучение проблем интеграции комплексных правовых общностей в контексте институционализации в праве и объективно обусловленных закономерностей развития российского права [4, с. 319-332; 11, с. 406; 13, с. 52; 21].

Так, потребность реформирования учения о системе права и изменения подходов, определяющих строение и структуру системы отечественного права, и признания взаимопроникновения в сферу правового регулирования частного и публичного интересов отмечает А.Ю. Саломатин, указывая на то, что «современная систематизация права отличается от систематизации XIX–XX вв. тем, что в ее результате появляются комплексные отрасли права, образуемые не вследствие отпочкования от первоначальной отрасли дочерних, а с помощью межотраслевого синтеза норм из разных отраслей, ввиду появления новой, более сложной области правового регулирования» [16, с. 119–121].

Следовательно, сложившееся строгое отраслевое деление российского права в пределах предмета и метода правового регулирования нуждается в переосмыслении и корректировке. При дифференциации и интеграции правовых норм следует учитывать влияние и таких системообразующих факторов, и критериев классификации, которые определяются спецификой отношений в различных сферах общественной жизни и формами их институционализации. При этом, классификация правовых норм и их специализация должны отвечать специфике регулируемых отношений, а отраслевое деление включать и комплексные правовые общности предмет и метод правового регулирования которых не совпадают по типу и режиму правового регулирования. Нормы права, отражающие по направленности правового воздействия и защищаемого интереса как частноправовой, так и публично-правовой аспекты, частноправовые принципы и методы не противоречат направленности публичного права, а способствуют развитию механизма свободной реализации прав и свобод индивидов на условиях равенства и справедливости как эффективного правозащитного механизма государства.

Таким образом, при построении российской системы права смешанные правовые образования следует рассматривать через призму развития комплексных структурных элементов системы права с учетом особенностей типа и режима правового регулирования.

Список использованной литературы:

1. Адыгезалова Г.Э. Правовая концепция американской социологической юриспруденции XX века (Роско Паунд, Толкотт Парсонс и Гарри Бредемейер): дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2004.
2. Адыгезалова Г.Э. Правовая концепция американской социологической юриспруденции XX века (Роско Паунд, Толкотт Парсонс и Гарри Бредемейер): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2004.
3. Алексеев С.С. Структура советского права. М., 1975.
4. Венгеров А.Б. Теория государства и права: в 2 ч. Ч. II. Москва, 1996. Т. 1.
5. Гущина Н.А. Система права и система законодательства: соотношение и некоторые перспективы развития // Правоведение. 2003. № 5. С. 198–204.
6. Дорская А.А. Потенциал историко-правовой науки в осмыслении теоретико-правовых категорий (на примере понятия «система права») // Государств и право. 2015. № 6. С. 88–92.
7. Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972.
8. Керимов Д.А. Проблемы общей теории права и государства: в 3 т. Т. 1: Социология права. М., 2001.
9. Корнеева С.М. Вопросы построения системы права // Правоведение. 1963. № 1. С. 16–17.
10. Костюкова А.Н. Система российского права и муниципальное право // Система права и его отдельных отраслей: государственно-правовой аспект. Омск, 2002.
11. Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007.
12. Марченко М.Н. Государств и право в условиях глобализации. М., 2015.
13. Матюхин А.А. Государств в сфере права: институциональный подход. Алматы, 2000.
14. Михель Д.Е. Внесудебные процедуры разрешения споров в континентальной правовой традиции: история развития и формирование доктрины: дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2020.
15. Петров Д.Е. Отрасль права / Под ред. М.И. Байтина. Саратов, 2004.
16. Саломатин А.Ю. Повышение эффективности правотворчества в условиях современного этапа правовой реформы // Известия высших учебных заведений. Поволжский регион. Общественные науки. 2009. № 1. С. 119–121.
17. Спиридонов Л.И. Теория государства и права. Учебник. Москва, 2001.
18. Суханов Е.А. Система частного права // Вестник Московского университета. Сер.: Право. 1994. № 4. С. 26–33.
19. Тихомиров Ю. А. Публичное право: учебник. М., 1995.
20. Черненко А.К. Теоретико-методологические проблемы формирования правовой системы общества. Новосибирск, 2004.
21. Adygezalova G.E., Faroi T.V., Mikhel D.E., Lukozhev H.M. Judicial debate in criminal proceedings as a way of expressing the interests of the parties to the conflict // Revista inclusiones. 2020. T. 7. С. 319–327.

References:

1. Adygezalova G.E. The Legal Concept of 20th Century American Sociological Jurisprudence (Roscoe Pound, Talcott Parsons, and Harry Bredemeyer): Ph.D: thesis ... Candidate of Law. Krasnodar, 2004.
2. Adygezalova G.E. Legal concept of the American sociological jurisprudence of the twentieth century (Roscoe Pound, Talcott Parsons and Harry Bredemeyer): abstract ... Candidate of Law. Rostov-on-Don, 2004.
3. Alekseev S.S. Structure of Soviet law. M., 1975.
4. Vengerov A.B. Theory of State and Law: in 2 hours. Part II. Moscow, 1996.
5. Gushchina N.A. The system of law and the system of legislation: correlation and some development prospects // Jurisprudence. 2003. № 5. Pp. 198–204.
6. Dorskaya A.A. The potential of historical and legal science in understanding theoretical and legal categories (on the example of the concept of "system of law") // State and Law. 2015. № 6. Pp. 88–92.
7. Kerimov D.A. Philosophical problems of law. Moscow, 1972.
8. Kerimov D.A. Problems of the general theory of law and state: in 3 vol. Vol. 1: Sociology of law. Moscow, 2001.
9. Korneeva S.M. Questions of building a system of law // Jurisprudence. 1963. № 1. Pp. 16–17.
10. Kostyukova A.N. The system of Russian law and municipal law // System of law and its individual branches: state-legal aspect. Omsk, 2002.
11. Maltsev G.V. Social foundations of law. Moscow, 2007.
12. Marchenko M.N. States and law in the context of globalization. Moscow, 2015.
13. Matyukhin A. A. State in the field of law: an institutional approach. Almaty, 2000.
14. Mikhel D.E. Extrajudicial procedures for resolving disputes in the continental legal tradition: history of development and formation of doctrine: thesis ... Candidate of Law. Penza, 2020.
15. Petrov D.E. Branch of law / Ed. M.I. Baytina. Saratov, 2004.
16. Salomatin A.Yu. Increasing the effectiveness of lawmaking in the current stage of legal reform // Izvestiya vysshikh educational institutions. Volga region. Social Sciences. 2009. № 1. Pp. 119–121.
17. Spiridonov L.I. Theory of State and Law. Textbook. Moscow, 2001.
18. Sukhanov E.A. The system of private law // Bulletin of Moscow University. Ser.: Right. 1994. № 4. Pp. 26–33.
19. Tikhomirov Yu. A. Public law: textbook. Moscow, 1995.
20. Chernenko A.K. Theoretical and methodological problems of the formation of the legal system of society. Novosibirsk, 2004.
21. Adygezalova G.E., Faroi T.V., Mikhel D.E., Lukozhev H.M. Judicial debate in criminal proceedings as a way of expressing the interests of the parties to the conflict // Revista inclusiones. 2020. Vol. 7. Pp. 319–327.

22. Fallon R.H. Judicial supremacy, departmentalism, and the rule of law in a populist age//Texas Law Review. 2018. № 96 (3). C. 487-553.

23. Gaeta G. From a dry branch of the legal system to a current problem: The incompatibility of the cassation judges [Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: L'incompatibilità dei giudici di cassazione] //Archivio Penale. 2021. (2). C. 1-16.

24. Martinuzzi A. Case law order and institutional facts: A comparative analysis upon the normative attitude of intermediate bodies | [Ordine giurisprudenziale e fatti istituzionali: Un'analisi comparata sulla capacità normativa dei corpi intermedi]// Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. 2020. 22(4). C. 869-902.

25. Michel D. Mediation as a way to resolve and prevent international conflicts // International Multidisciplinary Scientific Conferences on Social Sciences and Arts. Political sciences, law, finance, economics and tourism. 2014. T. 1. C. 689-692.

22. Fallon R.H. Judicial supremacy, departmentalism, and the rule of law in a populist age//Texas Law Review. 2018. № 96 (3). Pp. 487-553.

23. Gaeta G. From a dry branch of the legal system to a current problem: The incompatibility of the cassation judges [Da ramo secco dell'ordinamento a problema attuale: L'incompatibilità dei giudici di cassazione] //Archivio Penale. 2021. (2). Pp. 1-16.

24. Martinuzzi A. Case law order and institutional facts: A comparative analysis upon the normative attitude of intermediate bodies | [Ordine giurisprudenziale e fatti istituzionali: Un'analisi comparata sulla capacità normativa dei corpi intermedi]// Diritto Pubblico Comparato ed Europeo. 2020. 22(4). Pp. 869-902.

25. Michel D. Mediation as a way to resolve and prevent international conflicts // International Multidisciplinary Scientific Conferences on Social Sciences and Arts. Political sciences, law, finance, economics and tourism. 2014. Vol. 1. Pp. 689-692.

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

**НОТАРИАЛЬНОЕ УДОСТОВЕРЕНИЕ
МЕДИАТИВНОГО СОГЛАШЕНИЯ
КАК СПОСОБ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ И ЗАЩИТЫ ПРАВ**

**NOTARIZATION
OF A MEDIATION AGREEMENT
AS A WAY TO IMPLEMENT AND PROTECT RIGHTS**

DOI: 10.31429/20785836-13-3-15-22

Зарапина Лидия Владимировна
кандидат юридических наук, доцент
доцент кафедры гражданского права
ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия»
ID ORCID: 0000– 0002– 2440– 3248

Zarapina Lidia Vladimirovna
Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Associate Professor of the Civil Law Department
Russian State University of Justice

Костина Ольга Владимировна
кандидат юридических наук, доцент
доцент кафедры гражданского права
ФГБОУ ВО «Российский государственный университет правосудия»
ID ORCID: 0000-0001-8510-1182

Kostina Olga Vladimirovna
Candidate of Legal Sciences, Associate Professor
Associate Professor of the Civil Law Department
Russian State University of Justice

Аннотация: В статье приводится комплексная оценка новелл законодательства о введении института нотариального удостоверения медиативного соглашения как результата услуги медиации. Авторы приходят к мнению о необходимости введения новых правил по удостоверению медиативных соглашений, при этом выявляет проблемы порядка и правил нотариального удостоверения медиативных соглашений как способа осуществления и защиты прав потребителей (сторон спора), правового положения медиатора как лица, отвечающего за проведение услуги медиации и снесения согласованных условий в медиативное соглашение. Устранение выявленных проблем, предложения способов по их преодолению позволят новому институту развиваться и стать эффективным инструментом в обеспечении исполнения медиативных соглашений.

Ключевые слова: воля, волеизъявление, сделка, медиация, медиативное соглашение, медиатор, нотариус, нотариальное действие, способы осуществления и защиты гражданских прав, принцип добровольности.

Annotation: The article provides a comprehensive assessment of legislative innovations on the introduction of notarization of the mediation agreement as a result of mediation services. The authors conclude that it is necessary to introduce new rules for certifying mediation agreements, while identifying the problems of the procedure and rules for notarizing mediation agreements as a way to implement and protect the rights of consumers (parties to the dispute), the legal status of the mediator as a person responsible for conducting mediation services, and the inclusion of agreed terms in the mediation agreement. Elimination of the identified

problems and suggestions of ways to overcome them will allow the new institution to develop and become an effective tool in ensuring the implementation of mediation agreements.

Keywords: will, expression of will, transaction, mediation, mediation agreement, mediator, notary, notarial action, methods of implementation and protection of civil rights, the principle of voluntariness.

Введение

Институт примирительных процедур в Российской Федерации за последний год существенно расширил границы своего применения в гражданских, семейных, трудовых и, даже, административных спорах посредством внесения изменений в законодательство, регулирующие данные отношения. Новеллы коснулись не только вопросов порядка судопроизводства, но и затронули деятельность нотариусов, наделив их возможностью заверения медиативных соглашений, принятых по итогу процедуры медиации.

На сегодняшний день нельзя сказать о полном одобрении указанных нововведений. Так, юристы, сообщество медиаторов, непосредственно нотариусы высказывают диаметрально противоположные мнения по рассматриваемому вопросу. В данной связи, представляется важным обобщить некоторые позиции и обосновать авторское мнение по проблематике.

Прежде всего следует отметить, что как судебные, так и органы нотариата наделены полномочиями защиты гражданских прав, свобод и интересов, но при этом, способы их реализации у данных органов разные. Суды общей юрисдикции рассматривают и разрешают возникшие правовые споры, в то время как нотариусы защищают гражданские права и свободы путем удостоверения бесспорных фактов. В связи с чем, ученые отмечают необходимость более широко использовать потенциал нотариата в сфере гражданской юрисдикции [13, с. 219; 2, с. 116; 19, с. 3]. Одно из направлений было реализовано в июле 2019 г.¹ посредством введения ст. 59.1 в Основы законодательства о нотариате² (далее – Основы) в главу об удостоверении сделок – удостоверение медиативного соглашения. Указанное обстоятельство позволяет сделать определенные выводы относительно вопроса о признании медиативного соглашения в качестве сделки и последствий удостоверения ее нотариусом как

способа осуществления и защиты гражданских прав.

Действительно, в настоящее время участникам гражданских правоотношений можно конструировать способы защиты своих прав посредством соглашений, даже в случае, если данные способы позитивным правом не закреплены. Так, сделку, заключаемую в виде медиативного соглашения, можно рассматривать в качестве средства легитимации способа осуществления и защиты гражданских прав [12, с. 109], хотя Гражданский кодекс Российской Федерации³ ориентирует на разрешительный метод правового регулирования в данном аспекте (запрещено всё, кроме того, что прямо разрешено), в связи с чем следует исходить из основополагающих принципов недопустимости вмешательства кого-либо в частные дела, свободы договора, беспрепятственного осуществления гражданских прав и т.п., которые максимально эффективны. Однако, в рассматриваемом разрезе следует различать правовую цель – заключение медиативного соглашения как способ защиты субъективного гражданского права и заключение сделки как способ осуществления субъективных гражданских прав. В первом случае речь идет о мере, направленной на восстановление или признание гражданских прав и защиту интересов при их нарушении или оспаривании, и тогда вынесение решения судом/заключения мирового соглашения на основе медиативного будет достаточным для возникновения, изменения или прекращения прав и обязанностей у сторон. Во втором случае, стороны обращаются к помощи бесспорной юрисдикции – нотариусу, как возможности самостоятельного осуществления субъективных гражданских прав посредством заключения соглашения, удостоверенного уполномоченным лицом. В этой связи, основным является соблюдение нотариальной процедуры удостоверения сделки, которая включает в себя обязательные составляющие по установлению волеизъявления лиц по совершению сделки, ее фактического состава, проведение правовой

¹ Федеральный закон от 26 июля 2019 г. № 197-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2019. № 30. Ст. 4099.

² Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4461-1 (в ред. от 02 июля 2021 г. № 354-ФЗ) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357; Собрание законодательства РФ. 2021. № 27 (часть I). Ст. 5182.

³ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ (в ред. от 28 июня 2021 г. № 225-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; 2021. № 27 (часть I). Ст. 5053.

оценки, разъяснение сторонам содержания взятых ими обязательств, что в конечном итоге и направлено на придание доказательственной силы нотариальному акту. Справедливо замечание М.З. Шварца, что одна из главных функций нотариата – создание квалифицированных доказательств [18, с.106], то есть речь ведется о нотариально удостоверенной сделке. Именно поэтому необходимо рассмотреть признание медиативного соглашения сделкой с точки зрения гражданского законодательства в соотношении с Законом № 199-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»⁴ (далее – Закон о медиации), а также обратиться к процедурным вопросам, описанным в ст. 59.1 Основ, в возможности удостоверения данного соглашения и придания ему свойства легитимности.

Методы исследования

Методы исследования включают как общенаучные, так и частно-научные методы, такие как формально-юридический, использованный для определения требований к медиативному соглашению как гражданско-правовой сделке; сравнительно-правовой, позволяющий сравнить совершение различных нотариальных действий; системно-структурный, предполагающий исследование порядка заключения медиативного соглашения непосредственно в процедуре медиации и др. Совокупность названных методов позволила охарактеризовать возможности нотариального удостоверения медиативного соглашения, а также выявить проблемы нового и значимого явления в российском праве.

Результаты исследования

К результатам исследования можно отнести следующие выводы:

1. Полагаем оправданным шагом со стороны законодателя наделение нотариусов правом удостоверять медиативные соглашения. Однако на законодательном уровне необходимо внести соответствующие коррективы в действующее законодательство. Так, представляется правильным изменить название ст. 59.1 Основ законодательства о нотариате на «Удостоверение сделок на основе медиативного соглашения», тем самым указав, что именно стороны спора являются субъектами – потребителями услуги медиации, удостоверяющими соглашение, составленное у нотариуса как отдельный акт волеизъявления, с

целью подтверждения его законности и истинности добросовестных намерений сторон.

2. Гражданско-правовой сделкой медиативное соглашение можно назвать только при соблюдении всех условий действительности сделок, признанных гражданским законодательством. Медиативное соглашение подлежит исполнению на основе принципов добровольности и добросовестности сторон спора. Однако, отсутствие ответственности за неисполнение взятых на себя обязательств затрудняет предоставление услуги медиации широкому кругу потребителей. Нотариальное удостоверение соглашений, достигнутых на основе медиативных, позволит повысить число обращений к процедуре медиации, признав ее инновационный характер [11, с. 168-172]. Действительно, исполнение медиативного соглашения является добровольным и фактически зависит от порядочности договаривающихся сторон.

3. В настоящее время нотариальное заверение акта, основой которого выступает медиативное соглашение служит гарантией его законности и исполнения, получившее статус исполнительного листа. При этом, законодателю необходимо определить порядок заверения соглашения, статус лиц, участвующих в процедуре заверения нотариального акта, их права и обязанности, а также объем ответственности в реализуемых правоотношениях. Следует признать, что применение нотариального удостоверения медиативного соглашения как способа осуществления и защиты прав потребителей услуги медиации требует дальнейшего серьезного осмысления и четкой регламентации.

Научная дискуссия

В число основных требований, предъявляемых к медиативному соглашению как к сделке, с точки зрения гражданского закона (признано, что условий действительности четыре) относятся:

1) требование по субъектному составу необходимо провести в соотношении Основ законодательства о нотариате (ст. 43), гражданского закона (глава 3 ГК РФ), Закона о медиации.

2) форма медиативного соглашения. Согласно ст. 12 Закона о медиации и соответственно ст. 160 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) данный вид соглашений заключается в письменной форме, однако нотариальная форма на основе

⁴ Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ (в ред. от 26 июля 2019 г. № 197-ФЗ) «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» // Собрание законодательства РФ. 2010. № 31. Ст. 4162; 2019. № 30. Ст. 4099.

ст. 163 ГК РФ в данном случае будет применяться, если стороны договорятся об этом.

3) соответствие воли и волеизъявления сторон. Здесь необходимо отметить, что «медиация представляет собой не просто процедуру по оказанию посреднических услуг, а совокупность особых технологий, основанных на специальных знаниях в сфере межличностных конфликтов, психологии, социологии и осуществляться в рамках правового поля» [3, с. 64] (Закона о медиации, прежде всего). Волевой процесс в медиации представляет собой «медаль, имеющую две стороны»: внутренняя воля каждой из сторон конфликта, направленная на его урегулирование исходя из мотива и субъективного представления лица о его потребностях и интересах, правовой цели сделки; внешняя сторона волевого процесса – это доведение до окружающих своего намерения, при этом, волеизъявление должно быть сформировано волей.

Указанные составляющие важны и с той точки зрения, что одним из главных принципов медиации является добровольность сторон (прим. – выделено автором), который реализуется на всех стадиях процедуры [16, с. 104]. То есть в медиации все этапы (фазы) [1, с. 77; 17, с. 59] происходят с предварительного согласия сторон. Важным показателем принципа добровольности будет являться то, что в процессе оказания услуги медиации каждый этап осуществляется исключительно с согласия спорящих сторон, по обоюдной договоренности. Волеизъявление должно отражать действительную волю лица и ей соответствовать. И здесь каждая из сторон может столкнуться с риском неисполнения медиативного соглашения, так как исполнение добровольное, и по справедливому замечанию Д. Давыденко, «злоупотребления могут быть весьма масштабными и громкими, что способно не только нанести прямой ущерб интересам конкретных лиц, но и, в результате, дискредитировать саму идею обращения к медиации» [6].

1) законность содержания. Ни один пункт медиативного соглашения не может быть навязан медиатором, принят под давлением, без полноценной проверки на его одинаковое понимание сторонами и его принятие ими добровольно. В медиативном соглашении

должны быть указаны сведения о медиаторе, а также согласованные сторонами обязательства, условия и сроки их выполнения [15, с. 159].

Коллизионность в данном случае очень ярко проявляется в соотношении договорённости сторон и причастности к этим договорёностям медиатора как профессионального посредника по урегулированию споров. Итак, обращаясь к Закону о медиации, отметим, что «для данного лица (установления прав и обязанностей) процедура медиации является пассивной с точки зрения закона» [8, с. 24]: медиатор не имеет права предлагать сторонам свои варианты разрешения спора (общее правило), а лишь оказывает содействие (применяя инструменты медиации) по таким аспектам (авторы по-разному их называют), содержание которых можно выразить как: налаживание взаимоотношений между сторонами для принятия взаимовыгодных решений, установление возможности для того, чтобы стороны «услышали друг друга», принятие мер по выявлению истинного интереса каждой из сторон конфликта, а также возможности удовлетворения интересов потребителей посредством оказания услуги медиации. Данный факт вытекает из ст. 11 Закона о медиации, определяющей порядок ее проведения. Представленные формулировки установлены правилами проведения процедуры медиации ведущими центрами России. Например, центр медиации и права (г. Москва), возглавляемый Ц.А. Шаликашвили прописывает в правилах следующее: «медиатор ведет процедуру медиации, содействует конструктивному взаимодействию сторон и других участников процедуры медиации с целью выработки сторонами взаимовыгодных решений, отвечающих их собственным интересам и потребностям»⁵. Аналогичные формулировки представлены и другими центрами медиации (например, Сибирским центром медиации и права (п. 1.4)⁶, Федеральным государственным учреждением «Федеральный институт медиации»⁷ и др. В связи с вышесказанным, ключевым будет являться именно тот факт, что медиатор может не иметь высшего юридического образования, он по своей сути организатор/лицо, контролирующее реализацию услуги медиации. Его профессионализм позволяет конфликтующим

⁵ Правила проведения процедуры медиации // URL: <https://mediacia.com/wp-content/uploads/2018/08/Правила.pdf> (дата обращения - 05 июля 2021 г.).

⁶ Порядок проведения медиации // URL: <http://sporgid.ru/poryadok-provedeniya-mediatsii> (дата обращения - 05 июля 2021 г.).

⁷ Права и обязанности сторон при проведении процедуры медиации // URL: http://fedim.ru/wp-content/uploads/2016/09/9_Prava-i-obyazannosti-storon.pdf (дата обращения - 17 июля 2021 г.).

сторонам при кажущейся несовместимости интересов услышать мнение друг друга, самостоятельно (посредством медиативных технологий, применяемых медиатором) выработать взаимоприемлемое решение. В этом и проявляется сущность медиативного подхода.

Важно различать реализацию услуги медиации, где медиатор⁸ (положение п. 2 ч. 6 ст. 15 Закона), не вправе оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь (пассивная модель поведения) и модель судебного примирения (активная модель поведения). Именно в данной модели судья (в отличие от медиатора) обладает знаниями в области юриспруденции, опытом их применения. Он не только вправе предлагать сторонам свои варианты примирения, но и оказывать на стороны волевое воздействие с целью разрешения спора [7, с. 323].

Итак, важно понимать, что медиатор не является стороной в медиативном соглашении, у него существуют обязательства только в отношении соблюдения условий оказания услуги медиации и ее предоставления, организации процесса для сторон. В связи с чем, не совсем понятен шаг законодателя по установлению обязательного участия медиатора при удостоверении медиативного соглашения. Следует присоединиться к точке зрения ученых, отмечающих, что подписание медиативного соглашения – это завершающий этап процедуры медиации [5; 9]. Так, например, Д.С. Кулапов отмечает, акт подписания соглашения является – во-первых, декларацией окончания процедуры медиации, во-вторых, подписи сторон свидетельствуют об их понимании и признании факта что подписанное ими соглашение – это результат совместного достижения оптимального разрешения конфликта [14, с. 601]. Принимая во внимание возможные возражения том, что законодатель установил обязательное присутствие медиатора при заверении нотариусом в связи с тем, что медиатор проверяет жизнеспособность условий медиативного соглашения, данное положение не может толковаться в пользу его обязательного участия в заверении сделки у нотариуса. Однако, отдельные нотариусы не всегда осознают этапы формирования договорённости в процедуре медиации, полагая что в итоге медиатор обладает большей информацией, чем каждый из участников спора. Это позволяет ему увидеть и предложить варианты решения проблемы,

которые не всегда очевидны для спорящих сторон. Медиатор помогает им прийти к соглашению и оформить его документально. Нотариальное удостоверение придает ему юридическую силу⁹ Но важной характеристикой процедуры медиации, принципиальной от иных примирительных процедур является то правило, что стороны несут личную (самостоятельную) ответственность за принятое решение. Участники конфликта не могут переложить ответственность за непродуктивные переговоры или неправильные решения на других лиц [17, с. 36]. С принятым решением в процедуре медиации стороны самостоятельно (на основе принципа добровольности) могут обратиться, а могут и не обращаться за его заверением. Совершенно не определены на законодательном уровне роль медиатора, обоснование его обязательного присутствия при заверении у нотариуса сделки, порождающей права и обязанности у сторон, неосновательным представляется положение о подписи медиатором соглашения, заверяемого нотариусом. Медиация проведена – медиативное соглашение заключено – это и есть результат оказываемой потребителю услуги. Медиатор не имеет права разъяснять уполномоченному лицу волю сторон, отраженную в соглашении. Важно отметить, что положение статьи 5 Закона о медиации, определяющее правило о неразглашении медиатором информации, ставшей ему известной при оказании услуги, а также информации относящейся к самой процедуре (п. 1, 2) (мнениях или предложениях, высказанных одной из сторон в отношении возможности урегулирования спора, признаниях, сделанных в ходе процедуры (п. 3)), является непосредственным проявлением принципа конфиденциальности. Помимо этого, необходимо соотнести анализируемые положения с наличием прямого указания законодателя на то, что именно нотариус (согласно ст. 54 Основ законодательства о нотариате) обязан разъяснить сторонам смысл и значение представленного *ими (сторонами) проекта сделки* и проверить, соответствует ли его содержание действительным намерениям сторон и не противоречит ли требованиям закона.

Вышесказанное позволяет сделать несколько принципиальных выводов. Во-первых, представленное нотариусу медиативное соглашение всегда является только проектом

⁸ Пять основных «НЕ» в работе медиатора // URL: <http://medialead.by/o-kompanii/publikacii/pyat-osnovnyh-ne-v-rabote-mediatora.html> (дата обращения - 17 июля 2021 г.).

⁹ Удостоверение медиативного соглашения нотариусом // URL: <https://lexakova.ru/press-centr/udostoverenie-mediativnogo-soglasheniya-notariusom> (дата обращения - 15 июля 2021 г.).

соглашения, который в конечном итоге составляется нотариусом на основе волеизъявления сторон как отдельный акт. Представленное по итогам процедуры медиации соглашение, по верному замечанию М.О. Владимировой, «в силу принципа свободы договора может быть оформлено как самостоятельный договор, так и являться частью иного договора» [4, с.4, 25].

При этом, очень важно уяснение такого положения, что в рамках процедуры медиации стороны пытаются урегулировать конфликт исходя из своих интересов, и зачастую медиативное соглашение может содержать положения, не только регулируемые правом, но и «выходящие» за пределы правового регулирования [9, с. 5]. Так, в процессе оказания услуги медиации могут быть затронуты не столько правовые основания конфликта, сколько иные вопросы, личные потребности и истинные интересы каждой из сторон, возможно юридически не значимые, с которыми стороны и обращаются к медиации¹⁰, и, по взаимной договоренности сторон, могут быть отражены в итоговом соглашении. В данном случае проявляется несоответствие соглашения сторон признаку законности содержания сделки. Но, как известно, недействительность части сделки не влечет недействительности прочих ее частей согласно ст. 180 ГК РФ. Такие условия, естественно, не могут быть удостоверены нотариально, но могут исполняться сторонами в силу принципа добровольности и принятых на себя обязательств по итогам процедуры медиации. Но, даже если медиативное соглашение идентично по своему содержанию проекту нотариального акта – это отдельная сделка, в отношении которой последовательно будут соблюдены все этапы нотариального производства, что представляется вполне логичным и соответствует нотариальному удостоверению сделки как процедуре, предусмотренной законодательством о нотариате.

В случае, если законодатель подразумевал что нотариус будет удостоверять именно сам представленный документ (медиативное соглашение), то с точки зрения нотариального производства данное нотариальное действие осуществляется с целью удостоверения подписи, сделанной определенным лицом (ст. 80 Основ). При данных обстоятельствах нотариус не удостоверяет факта договоренностей, изложенных в документе, между сторонами, что свидетельствует об отнесении регулирования данного нотариального действия к главе XIII Основ законодательства – свидетельствование верности копий документов и выписок из них, подлинности подписи и верности перевода, а не к главе X – удостоверение сделок.

Отдельного рассмотрения заслуживает проявление коллизии роли медиатора в удостоверении медиативного соглашения. Законодатель определяет обязательное присутствие медиатора и обязательное проставление его подписи на документе. Если обратиться к анализу нормативных актов в области нотариата, то возможность проставления подписи иных лиц, например, рукоприкладчика, четко прописана в соответствующих инструкциях¹¹. При этом императивно определены обстоятельства призвания таких субъектов (например, рукоприкладчика) к нотариальному производству, это, прежде всего, установлено в ситуациях, когда при волеизъявлении лицо не имеет возможности закрепить документ своей подписью собственноручно в силу физических недостатков, тяжелой болезни или неграмотности, такой документ по его просьбе может быть подписан другим гражданином. Медиатор как уже было описано выше, не связан обязательствами, взятыми сторонами, его нельзя признать рукоприкладчиком, не установлены правила и порядок, определяющие статус субъекта-медиатора, подписывающего документ и соответственно, юридически значимые последствия и ответственность данного лица.

¹⁰ Судебной практике известно множество случаев, когда суды отказывали в реализации способов защиты гражданских прав, которые прямо не указаны в законе, в частности таких, «извинение», однако, данные случаи являются медиабельными с точки зрения урегулирования конфликта. См., например: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 28 февраля 2013 г. по делу № А53-4030/2012 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Кассационное определение Судебной коллегии по гражданским делам суда Еврейской автономной области от 21 июня 2006 г. № 33-114 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; Апелляционное определение Красноярского краевого суда от 8 октября 2012 г. по делу № 33-8831/2012 // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Приказ Министерства юстиции России от 06 июня 2017 г. № 97 «Об утверждении Инструкции о порядке совершения нотариальных действий главами местных администраций поселений и специально уполномоченными должностными лицами местного самоуправления поселений, главами местных администраций муниципальных районов и специально уполномоченными должностными лицами местного самоуправления муниципальных районов» // Российская газета. 2017. № 133.

Список использованной литературы:

1. Аболонин В.О. Судебная медиация: теория, практика, перспективы. М., 2014.
2. Алешина Т.Е. Некоторые вопросы медиации в практике российского нотариата как субъекта реализации охранительной функции права // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2016. № 1 (108). С. 116–118.
3. Архипкина А.С., Бабитинская А.И. Медиативное соглашение как гражданско-правовая сделка: проблемы действительности // Сибирский юридический вестник. 2011. № 2 (53). С. 64–70.
4. Владимирова М.О. Медиативное соглашение в системе гражданско-правового регулирования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2014.
5. Гайдаенко Шер Н.И. Формирование системы альтернативных механизмов разрешения споров: бесконфликтное общество как основа противодействия коррупции: науч.-практ. пос. / Отв. ред. Н.Г. Семилютина. М., 2015.
6. Давыденко Д. Придание исполнительной силы медиативным соглашениям: что привносит в гражданский оборот новое законодательство // https://zakon.ru/blog/2019/7/18/pridanie_mediativnym_soglasheniyam_ispolnitelnoj_sily_chno_privnosit_v_grazhdanskij_oborot_novoe_zak
7. Договор как общеправовая ценность: Монография / Авхадеев В.Р., Асташова В.С., Андриченко Л.В. и др. М., 2018.
8. Жуйков В.М. Роль суда в примирении сторон по гражданским делам // Российский судья. 2019. № 9. С. 24–30.
9. Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» (постатейный) / Отв. ред. Загайнова С.К., Ярков В.В. М., 2012.
10. Комментарий к Федеральному закону «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)» / Под ред. Загайновой С.К., Яркова В.В. М., 2011.
11. Костина О.В. Медиация – инновационный подход к разрешению споров // Третейский суд. 2014. № 1 (91). С. 168–172.
12. Костина О.В., Сinenko В.С., Растворцева Ю.А. Медиация как форма защиты прав граждан // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право. 2015. № 2 (199). С. 109–114.
13. Костина О.В., Широ Д.В. Эффективность участия нотариуса как медиатора в разрешении споров В сборнике: Реализация конституционных принципов в законодательстве на современном этапе // Матер. VII международ. науч.-практ. конф. 2013. С. 219–225.
14. Кулапов Д.С. Медиативное соглашение как итоговый позитивно-культурный результат процедуры медиации // Юридическая техника. 2016. № 10. С. 601–604.
15. Николюкин С.В. Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: науч.-практ. пос.. М., 2013.

References:

1. Abolonin V.O. Judicial mediation: theory, practice, perspectives. Moscow, 2014.
2. Aleshina T.E. Some issues of mediation in the practice of the Russian notary as a subject of the implementation of the protective function of law // Bulletin of the Saratov State Law Academy. 2016. № 1. (108). Pp. 116–118.
3. Arkhipkina A.S., Babitinskaya A.I. Mediation agreement as a civil law transaction: problems of reality // Siberian legal bulletin. 2011. № 2 (53). Pp. 64–70.
4. Vladimirova M.O. Mediation agreement in the system of civil law regulation: abstract ... Candidate of Law. Kazan, 2014.
5. Gaidenko Sher N.I. Formation of a system of alternative dispute resolution mechanisms: a conflict-free society as the basis for combating corruption: scientific-practical. allowance / Ed. by Semilyutin N.G. Moscow, 2015.
6. Davydenko D. Giving executive power to mediation agreements: what the new legislation brings to the civil circulation // https://zakon.ru/blog/2019/7/18/pridanie_mediativnym_soglasheniyam_ispolnitelnoj_sily_chno_privnosit_v_grazhdanskij_oborot_v_grazhdanskij_oborot
7. Treaty as a general legal value: Monograph / Avkhadeev V.R., Astashova V.S., Andrichenko L.V. et al. Moscow, 2018.
8. Zhuikov V.M. The role of the court in the reconciliation of the parties in civil cases // Russian judge. 2019. № 9. Pp. 24–30.
9. Commentary on the Federal Law “On an alternative procedure for resolving disputes with the participation of a mediator (mediation procedure)” (article by article) / Ed. by Zagainova S.K., Yarkov V.V. Moscow, 2012.
10. Commentary on the Federal Law «On an alternative procedure for resolving disputes with the participation of a mediator (mediation procedure)» / Ed. by Zagainova S.K., Yarkova V.V.. Moscow, 2011.
11. Kostina O.V. Mediation - an innovative approach to dispute resolution // Arbitration Court. 2014. No. 1 (91). Pp. 168–172.
12. Kostina O.V., Sinenko V.S., Rastvortseva Yu.A. Mediation as a form of protecting the rights of citizens // Scientific Bulletin of the Belgorod State University. Series: Philosophy. Sociology. Right. 2015. № 2 (199). Pp. 109–114.
13. Kostina O.V., Shiro D.V. The effectiveness of the participation of a notary as a mediator in the resolution of disputes In the collection: Implementation of constitutional principles in legislation at the present stage // Materials of the VII International Scientific and Practical Conference. 2013. Pp. 219–225.
14. Kulapov D.S. Mediation agreement as the final positive-cultural result of the mediation procedure // Legal technique. 2016. № 10. Pp. 601–604.
15. Nikolyukin S.V. Legal technologies of mediation (mediation) in the Russian Federation: scientific and practical guide. Moscow, 2013.

16. Синенко В.С. Проблемы реализации принципа добровольности в процедуре медиации // Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право. Выпуск 30. С. 104–108.

17. Шамликашвили Ц.А. Медиация как альтернативная процедура урегулирования споров: что необходимо знать судье, чтобы компетентно предложить сторонам обращение к процедуре медиации: учеб. пос. М., 2010.

18. Шварц М.З. Размышления о содержании и пределах доказательственного значения нотариального акта (на примере нотариально удостоверенных сделок) // Сборник материалов и статей к 10-летию Центра нотариальных исследований. М., 2012. С. 65-79.

19. Ярков В.В. Медиация в нотариальной деятельности: новые возможности и их пределы // Нотариус. 2020. № 1. С. 3–6.

16. Sinenko V.S. Problems of the implementation of the principle of voluntariness in the mediation procedure // Scientific Bulletin of Belgorod State University. Series: Philosophy. Sociology. Right. Issue 30. Pp. 104–108.

17. Shamlikashvili Ts.A. Mediation as an Alternative Dispute Resolution Procedure: What a Judge Needs to Know in Order to Competently Offer the Parties to Use Mediation: A Study Guide. M. Interregional Center for Management and Political Consulting. Moscow, 2010.

18. Schwartz M.Z. Reflections on the content and limits of the evidentiary value of the notarial deed (for example, notarized transactions) // Collection of materials and articles for the 10th anniversary of the Center for Notarial Research. Moscow, 2012. Pp. 65-79.

19. Yarkov V.V. Mediation in notarial activity: new opportunities and their limits // Notary. 2020. № 1. Pp. 3–6.

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ ПОЛНОМОЧИЯ ПРОКУРОРА ПРИ ПРИЕМЕ, ПРОВЕРКЕ И РАЗРЕШЕНИИ СООБЩЕНИЯ О ПРЕСТУПЛЕНИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И СОЦИАЛИСТИЧЕСКОЙ РЕСПУБЛИКЕ ВЬЕТНАМ

PROCEDURAL POWERS OF THE PROSECUTOR WHEN RECEIVING, CHECKING AND RESOLVING A REPORT ON A CRIME IN THE RUSSIAN FEDERATION AND THE SOCIALIST REPUBLIC OF VIETNAM

DOI: 10.31429/20785836-13-3-23-29

Семенцов Владимир Александрович
доктор юридических наук, профессор
профессор кафедры уголовного процесса
ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»
ID ORCID: 0000-0002-1127-5603
Author ID: 57194869679

Sementsov Vladimir Alexandrovich
Doctor of Law, Professor
Professor of Criminal procedure department
Kuban State University

Дак Биен Май
доктор философии по праву, прокурор
проректор Ханойского прокурорского университета (Вьетнам)
ID ORCID: 0000-0002-3550-4511

Dac Bien Mai
Doctor of Philosophy in Law, Prosecutor
Vice-rector of Hanoi prosecutor's university (Vietnam)

Аннотация: Исследование посвящено сравнительному анализу полномочий прокурора при приеме, проверке и разрешении сообщения о преступлении по действующему уголовно-процессуальному законодательству России и Вьетнама. Сравнительно-правовые исследования всегда имеют статус актуальных, поскольку позволяют получать новые знания и решать значимые теоретические, законодательные и правоприменительные задачи на высокой степени эффективности. Цель исследования – формирование объективно обоснованного современными достижениями уголовно-процессуальной науки Российской Федерации и Социалистической Республики Вьетнам единого методологического подхода к определению процессуального положения прокурора на этапе приема, проверки и разрешения сообщения о преступлении, особенно актуального в условиях построения состязательной модели уголовного судопроизводства [13]. В ходе исследования решались следующие задачи: 1) проанализировать уголовно-процессуальное законодательство России и Вьетнама, регулирующее процессуальное положение прокурора при приеме, проверке и разрешении сообщения о преступлении; 2) выявить общие закономерности его (процессуального положения прокурора) современного развития, определить сходство и различия в правовом регулировании процессуальной деятельности прокурора при приеме, проверке и разрешении сообщений о преступлениях; 3) использовать наработанный опыт уголовного судопроизводства для оптимизации в этой части уголовно-процессуального законодательства двух стран.

Методология. В основу исследования заложены общенаучный (диалектический), а также специально-юридические (сравнительно-правовой, формально-логический, системно-функциональный, статистический и другие) методы.

Основные результаты: установлено наличие общих закономерностей в правовом регулировании процессуальной деятельности прокурора при приеме, проверке и разрешении сообщений о преступлениях двух стран; законодатель обоих государств признает особую значимость законного и обоснованного разрешения сообщения о преступлении для последующих этапов производства по уголовному делу; определены существенные отличия в процессуальном положении прокурора, дано авторское видение значимости данных отличий, а также сформулированы выводы о возможности использования зарубежного опыта для регулирования процессуального прокурора в национальном законодательстве [15] каждого государства.

Ключевые слова: Уголовно-процессуальный кодекс России и Вьетнама, исторические традиции, прокурор, полномочия, прием, проверка и разрешение сообщения о преступлении.

Annotation: The study is devoted to a comparative analysis of the powers of the prosecutor when receiving, checking and resolving a crime report under the current criminal procedure legislation of Russia and Vietnam. Comparative legal research always has the status of relevant, since it allows you to gain new knowledge and solve significant theoretical, legislative and law enforcement tasks at a high degree of efficiency. The purpose of the study is to form a unified methodological approach to determining the procedural position of a prosecutor at the stage of receiving, checking and resolving a crime report, which is objectively justified by modern achievements of criminal procedure science of the Russian Federation and the Socialist Republic of Vietnam, especially relevant in the conditions of building an adversarial model of criminal prosecution [13]. In the course of the study, the following tasks were solved: 1) to analyze the criminal procedure legislation of Russia and Vietnam regulating the procedural position of the prosecutor when receiving, checking and resolving a crime report; 2) to identify the general patterns of its (the prosecutor's procedural position) modern development, to determine the similarities and differences in the legal regulation of the prosecutor's procedural activity when receiving, checking and resolving crime reports; 3) to use the accumulated experience of criminal court proceedings to optimize the criminal procedure legislation of the two countries in this part.

Methodology. The methodological basis of the study was the general dialectical method of cognition, as well as special legal ones, including comparative legal, formal-logical, system-functional, statistical and others.

Main results: the presence of common patterns in the legal regulation of the prosecutor's procedural activity when receiving, checking and resolving reports on crimes of the two countries is established; the legislator of both states recognizes the special importance of legal and justified resolution of a crime report for the subsequent stages of criminal proceedings; significant differences in the prosecutor's procedural position are identified, the author's vision of the significance of these differences is given, and conclusions are formulated about the possibility of using foreign experience to regulate the procedural prosecutor in the national legislation [15] of each state.

Keywords: criminal procedure code of Russia and Vietnam, historical traditions, prosecutor, powers, reception, verification and resolution of a crime report.

Введение

Базовыми правовыми актами, регулирующими процессуальную деятельность прокурора при приеме, проверке и разрешении сообщения о преступлении, являются уголовно-процессуальные кодексы Российской Федерации и Социалистической Республики Вьетнам (далее – УПК РФ и УПК СРВ), имеющие сходные черты, обусловленные их принадлежностью к континентальной системе права, сохранением преемственности российских нормативных положений во вьетнамском законодательстве, исторически сложившихся в результате воздействия советской, а позднее российской правовой доктрины, обеспечивая реализацию функций надзора и уголовного преследования [6, с. 187-191].

Принятие, проверка и разрешение сообщения о преступлении охватываются первоначальным этапом уголовного судопроизводства, в рамках которого уполномоченные органы и должностные лица определяют наличие признаков преступления, и принимают решение о возбуждении уголовного дела либо отказе в этом. Об актуальности исследования вопросов о процессуальных полномочиях прокурора при приеме, проверке и разрешении сообщения о преступлении свидетельствует и тот факт, что законное и правильное разрешение сообщения о преступлении имеет большое значение для последующих этапов производства по уголовному делу, поскольку служит необходимым условием для эффективного

предварительного расследования с целью незамедлительного выявления обстоятельств совершенного или готовящегося преступления, его раскрытия, обеспечения неотвратимости уголовной ответственности и недопустимости уголовного преследования невиновных [10, с. 3- 4; 16].

Верным является утверждение С.П. Щербы и И.В. Чащиной о том, что прокуратура, осуществляя надзорные функции, «имеет реальные возможности и полномочия воздействовать законными средствами на деятельность других правоохранительных органов, ориентируя и направляя их на решение проблем борьбы с преступностью с учетом новых вызовов и угроз» [11, с. 117].

Методы исследования

Основным методом исследования стал сравнительно-правовой анализ. Его результаты позволили выделить наиболее проблемные аспекты в определении процессуального положения прокурора на этапе приема, проверки и разрешения сообщения о преступлении. Методом сравнения были выявлены: различия в определении процессуальных полномочий прокурора в российском и вьетнамском законодательстве.

Посредством метода формально-логического анализа установлены системные связи полномочий прокурора в указанной части с иными институтами уголовно-процессуального права.

Системно-функциональный метод позволил выявить тесную взаимосвязь между динамично развивающимися полномочиями прокурора в стадии возбуждения уголовного дела, с механизмами реализации его же полномочий в последующих стадиях уголовного судопроизводства. Результаты применения этого же метода стали основой для выдвижения гипотезы о необходимости уточнения процессуального положения прокурора в соответствии с его функциональной нагрузкой в уголовном судопроизводстве.

Методом моделирования проверены выдвинутые гипотезы, получены надежные знания о возможных направлениях совершенствования процессуального положения прокурора в исследуемой части.

Результаты исследования

1. Действующее уголовно-процессуальное законодательство России и Вьетнама ставит перед прокурором в стадии возбуждения уголовного дела задачу по обеспечению эффективного надзора за законностью приема, проверки и разрешении сообщений о преступлениях. Несмотря на единство данной задачи средства ее решения, в

качестве которых выступают процессуальные полномочия, определяющие сущность положения прокурора в этом механизме (приема, проверки и разрешения сообщения о преступлении), существенно отличаются.

2. Проведенный сравнительный анализ полномочий прокурора по УПК СРВ и УПК РФ показал наличие общих закономерностей в регулировании процессуальной деятельности прокурора двух стран при приеме, проверке и разрешении сообщений о преступлениях, при этом имеется целый ряд отличий, которые выражаются в следующем:

— наличие у прокурора СРВ права личного участия в проведении осмотра места происшествия и эксгумации трупа, а также более широких, чем у прокурора РФ, границ вмешательства в деятельность следователя (продление срока проверки, отмена постановления об отказе в возбуждении уголовного дела либо приостановлении разрешения сообщения о преступлении и др.);

— обязательность решений прокурора СРВ, принятых в стадии возбуждения уголовного дела, не только для органа дознания и дознавателя, но и следователя;

— принятие прокурором Вьетнама самостоятельного решения о возбуждении уголовного дела по итогам проверки сообщения о преступлении.

3. На основании результатов проведенного исследования, учитывая положительный опыт законодательного регулирования процессуального положения прокурора в РФ и СРВ выскажем следующие предложения:

- право прокурора Вьетнама самостоятельно принимать решение о возбуждении уголовного дела обеспечивает своевременный и эффективный надзор за процессуальной деятельностью при приеме, проверке и разрешении сообщений о преступлениях, и служит дополнительным аргументом для возвращения прокурору в Российской Федерации полномочия самостоятельно возбуждать уголовное дело, при наличии соответствующих повода и основания;

- считаем, что предусмотренный УПК СРВ общий срок проверки сообщения о преступлении (2 месяца), с возможным его однократным продлением прокурором еще на 2 месяца, не отвечает требованию разумности срока уголовного судопроизводства, в связи с чем необходимо скорректировать как общий срок проверки сообщения о преступлении, так и полномочие прокурора по его продлению, с учетом опыта законодательного регулирования этого вопроса в УПК РФ.

Научная дискуссия

Приступая к анализу УПК СРВ сразу отметим, что в соответствии с Конституцией Вьетнама роль прокурора заключается в надзоре за законностью деятельности всех государственных органов, министерств и ведомств (от центральных до местных) и отдельных лиц, своевременно и качественно реагируя на допускаемые нарушения. Согласно ст. 146 УПК СРВ следственный или иной уполномоченный орган, получив сообщение о преступлении, обязан зарегистрировать его и в течение 3 суток направить письменный рапорт об этом уполномоченному прокурору. Как предписывается в ч. 1 и 2 ст. 147 УПК СРВ, в течении 20 суток с момента получения сообщения о преступлении осуществляется его проверка, в ходе которой определяется основание для возбуждения уголовного дела (достаточные данные, указывающие на признаки преступления), при наличии которых следственный орган или орган дознания обязан возбудить уголовное дело.

Если обстоятельства проверки сложны или требуется ее проведение в нескольких местах, то рассмотрение сообщения о преступлении может продолжаться до 2 месяцев. В случае невозможности завершения проверки сообщения о преступлении в указанный срок прокурор уполномочен на однократное его продление еще на 2 месяца, но письменный запрос о продлении срока должен быть направлен прокурору не позднее, чем за 5 дней до истечения этого срока.

При разрешении сообщения о преступлении проводятся проверочные и некоторые следственные действия, которые необходимы для установления обстоятельств совершенного преступления. Причем осмотр места происшествия (ч. 2 ст. 201 УПК СРВ) и эксгумация трупа (ч. 2 ст. 202 УПК СРВ) производятся в присутствии прокурора, координирующего деятельность участников этих следственных действий. Действия прокурора перед началом осмотра места происшествия и эксгумации трупа, в ходе их проведения и после окончания производства достаточно подробно изложены в постановлении Генерального прокурора Верховной народной прокуратуры № 111/QĐ-VKSTC от 17 апреля 2020 г.

По мнению М.Л. Нгуен, прокурор вправе запрашивать в письменной форме информацию о допущенных нарушениях при принятии, проверке и разрешении сообщений о преступлении [4, с. 62]. Прокурор также вправе давать письменное указание о проведении проверки сообщения о преступлении и требовать его выполнения от следователя или дознавателя.

По окончании разрешения сообщения о преступлении принимается одно из трех решений: 1) о возбуждении уголовного дела; 2) об отказе в возбуждении уголовного дела; 3) о приостановлении разрешения сообщения о преступлении, а материалы проверки вместе с постановлением своевременно направляются прокурору. Прокурор тщательно изучает представленные материалы и в случае установления незаконности или необоснованности принятого решения отменяет его.

При отмене постановления об отказе в возбуждении уголовного дела прокурор принимает решение о возбуждении уголовного дела (п. «а» ч. 3 ст. 153 УПК СРВ). В случае отмены постановления о приостановлении разрешения сообщения о преступлении как незаконного или необоснованного, прокурор направляет свое решение следователю либо иному лицу с поручением продолжения проверки, для чего устанавливается дополнительный срок – 1 месяц (ч. 2 ст. 148 УПК СРВ).

Решение прокурора обязательно для исполнения, даже если следователь, либо иное уполномоченное лицо с ним не согласно и обжалует его вышестоящему прокурору. В этой ситуации вышестоящий прокурор рассматривает указанное обращение, что не приостанавливает выполнения решения надзирающего прокурора, и в течение 20 суток дает ответ следователю, либо 5 суток – иному лицу (ч. 2 ст. 162 УПК СРВ).

В периоде 2015–2019 гг. прокуроры Вьетнама осуществляли надзор за 100 % сообщений о преступлениях органов следствия, выносили 390 692 указаний об их проверке и разрешении, непосредственно разрешили 37 сообщений о преступлении [3, с. 20-21]. В 2018 г. и первом полугодии 2019 г. прокуроры провинции Куанг Нинь выносили 468 указаний о проверке и разрешении сообщений о преступлении, непосредственно разрешили 2 сообщения о преступлении, в результате чего возбуждено 2 уголовных дела [9, с. 18-19].

Основываясь на изложенном, есть основание утверждать, что прокурор по УПК СРВ при приеме, проверке и разрешении сообщения о преступлении наделен широкими самостоятельными и инициативными полномочиями для установления законности и обоснованности принимаемых решений. Данное обстоятельство позволяет утверждать, что баланс процессуальных сил в уголовном судопроизводстве Вьетнама смещен в сторону обвинительной власти, в частности, прокурорского надзора [12].

В отличие от УПК СРВ в текст УПК РФ после известных изменений закона о статусе прокурора в досудебном производстве, внесенных 5 июня 2007 г. и в последующем, не предусматриваются такие полномочия прокурора как возбуждение уголовные дела и проведение по ним предварительное расследование, хотя дискуссия по этому вопросу продолжается.

Что касается такого аспекта полномочий прокурора, которые связаны с деятельностью в стадии возбуждения уголовного дела, то российское уголовно-процессуальное законодательство содержит отдельные предписания, обеспечивающие решение задач стадии возбуждения уголовного дела, но регулируемые иначе, чем в УПК СРВ.

Как известно, заявления и иные сообщения о преступлении подлежат приему, регистрации и учету, а их укрытие расценивается как грубое нарушение законности. В литературе справедливо отмечается, что на этапе приема и регистрации сообщений о преступлениях наиболее часто допускаются такие нарушения как их несвоевременная передача на разрешение исполнителю (15%); заявителю отказывается в приеме сообщения о преступлении (5-10%); заявление несвоевременно регистрируется либо не регистрируется вообще (5–10%); допускаются нарушения прав заявителя или иных лиц (25– 35%) [1, с. 118].

По каждому факту нарушения порядка приема, регистрации и учета преступлений прокурор обязан проверить исполнение требований закона (п. 1 ч. 2 ст. 37 УПК РФ). В п. 6 совместного приказа от 26 марта 2014 г. (в ред. от 22 октября 2020 г.) № 147/209/187/23/119/596/149/196/110/154 прокурорам предписывается проверять законность и обоснованность как действий, так и решений, принимаемых на этапе приёма, регистрации и разрешения сообщений о преступлениях¹, а также проводить анализ и делать обобщения практики.

В числе средств проверки сообщения о преступлении российский уголовно-процессуальный закон называет допустимые к производству здесь отдельные следственные действия, прямо поименованные в ч. 1 ст. 144 УПК РФ. Причем на протяжении многих лет было принято считать, что производство следственных действий до возбуждения уголовного дела имеет исключительный

характер, ограничиваясь теми случаями, когда они не терпят отлагательства. Но только по отношению к освидетельствованию в законе имеется прямое указание на возможность его производства до возбуждения уголовного дела в случаях, не терпящих отлагательства (ч. 1 ст. 179 УПК РФ). А вот по отношению к другим следственным действиям, допустимым к производству при проверке сообщения о преступлении, требование исключительности отсутствует, и это обстоятельство влечет за собой снижение гарантированности прав их участников. Решение проблемы видится в закреплении в законе общего требования о производстве до возбуждения уголовного дела допустимых там следственных действий лишь в случаях, не терпящих отлагательства [5, с. 55- 61].

Остается дискуссионным вопрос о непосредственном (личном) участии прокурора в следственных действиях, в том числе при проверке сообщения о преступлении. До 2007 г. в науке и практике единодушно признавалось, что участие прокурора, например, в осмотре места происшествия обеспечивает наиболее эффективное его производство. Вместе с тем, теперь можно констатировать, что, начиная с 5 июня 2007 г., уже не упоминается о непосредственном участии прокурора в проведении следственных действий, что было обусловлено существенными изменениями в УПК РФ, с акцентом на надзорных и правозащитных функциях прокурора в досудебном производстве.

Здесь необходимо учитывать, что наряду с процессуальными существуют и непроцессуальные формы надзорной деятельности прокурора. Например, В.Н. Исаенко как непроцессуальные формы участия прокурора рассматривает наблюдение в ходе осмотра места происшествия, дача следователю рекомендаций по порядку проведения и использовании технико-криминалистических средств обнаружения и фиксации, об организации обмена информацией между следователем и сотрудниками органа дознания [2, с. 127-130].

10 сентября 2020 г. Генеральный прокурор Российской Федерации И.В. Краснов в своем первом интервью рассказал, что в своей деятельности исходит из того, что прокурор – это связующее звено между участниками уголовного процесса, координирующее их работу, а его

¹ Приказ от 26 марта 2014 г. (в ред. от 22 октября 2020 г.) № 147/209/187/23/119/596/149/196/110/154 «Об усилении прокурорского надзора и ведомственного контроля за законностью процессуальных действий и принимаемых решений об отказе в возбуждении уголовного дела при разрешении сообщений и преступлениях» // Российская газета. 2014. 13 августа.

участие на месте происшествия обосновано требованиями результативности и качества этой работы, требующей слаженного взаимодействия следственных органов и оперативных служб по резонансным преступлениям, преступлениям в отношении детей, крупным авариям и катастрофам [8].

В развитие этого тезиса были изданы ряд приказов Генеральной прокуратуры Российской Федерации подробно описывающие порядок действий прокурора для координации усилий должностных лиц в рамках уголовного судопроизводства².

Пристальное внимание в стадии возбуждения уголовного дела должно вызывать у прокурора соблюдение сроков, предусмотренные ст. 144 и 146 УПК РФ. Решение по принятому и проверенному сообщению о преступлении должно быть принято в срок не позднее 3 суток со дня его поступления (напомним, что по УПК РФ этот срок составляет 20 суток). При наличии объективных обстоятельств начальных срок проверки сообщения о преступлении может

дважды продляться: до 10, а затем 30 суток (ч. 3 ст. 144 УПК РФ), причем срок проверки поступившего сообщения о преступлении до 30 суток по ходатайству дознавателя вправе продлить прокурор. Есть основание полагать что прокурор, продляя срок проверки сообщения о преступлении до 30 суток по ходатайству дознавателя, должен убедиться в своевременности и обоснованности ходатайства, фактической невозможности завершить проверку не позднее 3 или 10 суток [7, с. 60].

Таким образом, научная дискуссия относительно процессуального положения прокурора в стадии возбуждения уголовного дела, при приеме, регистрации и проверке сообщения о преступлении затрагивает два основных момента:

— полноту полномочий прокурора, их содержание и наличие механизмов их реализации;

— инициативность прокурора, как обязательное условие эффективности реализации его надзорных полномочий [14].

Список использованной литературы:

1. Гладышева О.В., Борозенец Н.Н. Правообеспечительная деятельность прокурора и органов уголовного преследования в досудебных стадиях уголовного судопроизводства: монография. М., 2017.
2. Исаенко В.Н. Объекты прокурорского надзора за процессуальной деятельностью на первоначальном этапе расследования // Уголовное право. 2010. № 2. С. 127-130.
3. Ле М.Л. Мероприятия усиления ответственности уголовного преследования в расследовании уголовного дела // Надзор (Ханойский прокурорский университет). 2020. № 1. С. 19-21.
4. Нгуен М.Л. Заявление и сообщение о преступлении в уголовно-процессуальном праве Вьетнама // Закон и право. 2019. № 10. С. 61-63.
5. Семенцов В.А. Ограниченный характер принуждения при производстве следственных действий в досудебных стадиях уголовного судопроизводства // Проблемы предварительного следствия и дознания: сб. науч. тр. № 29: по матер. междунар. науч.-практ. конф. «Принуждение в уголовном процессе: современные проблемы и тенденции». М., 2020. С. 55-61.
6. Семенцов В.А., Май Д.Б. Полномочия прокурора в досудебном производстве по УПК Республики Вьетнам // Общество и право. 2010. № 3 (30). С. 187-191.
7. Семенцов В.А., Стуконог И.В. Полномочия прокурора по обеспечению соблюдения процессуальных сроков в досудебных стадиях уголовного судопроизводства: монография. М., 2021.

References:

1. Gladysheva O.V., Borozenets N.N. Legal support activities of the prosecutor and criminal prosecution bodies in the pre-trial stages of criminal proceedings: monograph. Moscow, 2017.
2. Isaenko V.N. Objects of prosecutor's supervision over procedural activity at the initial stage of the investigation // Criminal law. 2010. № 2. Pp. 127-130.
3. Le M.L. Measures to strengthen the responsibility of criminal prosecution in the investigation of a criminal case // Supervision (Hanoi Prosecutor's University). 2020. № 1. Pp. 19-21.
4. Nguyen M.L. A statement and a message about a crime in the criminal procedure law of Vietnam // Law and law. 2019. № 10. Pp. 61-63.
5. Sementsov V.A. The limited nature of coercion in the production of investigative actions in the pre-trial stages of criminal court proceedings // Problems of preliminary investigation and inquiry: collection of scientific tr. № 29: based on the materials of the international scientific and practical conference «Coercion in criminal proceedings: modern problems and trends». Moscow, 2020. Pp. 55-61.
6. Sementsov V.A., Mai D.B. The powers of the prosecutor in pre-trial proceedings under the Criminal Procedure Code of the Republic of Vietnam // Society and Law. 2010. № 3 (30). Pp. 187-191.
7. Sementsov V.A., Stukonog I.V. The powers of the prosecutor to ensure compliance with procedural deadlines in the pre-trial stages of criminal proceedings: monograph. Moscow, 2021.

² См., например: п. 1.9 приказа Генеральной прокуратуры РФ от 27 мая 2021 г. № 265 «О порядке представления специальных докладов и иной обязательной информации» // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

8. У нас должна быть обратная связь с людьми: Генпрокурор Игорь Краснов о том, как, надзирая за законностью, помогать гражданам // Коммерсантъ. 2020. 10 сентября.

9. Хонг Ф. Результаты осуществления уголовного преследования и надзора за приемом, разрешением сообщений о преступлении прокуратуры провинции Куанг Нинь // Надзор (Ханойский прокурорский университет). 2019. № 18. С. 17-19.

10. Чан К.Ф. Осуществление уголовного преследования, надзор за законностью в возбуждении, расследовании и судебном производстве по УПК 2015 г. // Надзор (Ханойский прокурорский университет). 2016. № 16. С. 3-5.

11. Щерба С.П., Чашина И.В. Ключевая роль прокуратур стран Содружества в координации деятельности правоохранительных органов по борьбе с преступностью // Вестник университета прокуратуры Российской Федерации. 2021. № 1(81). С. 109-117.

12. Andreeva O.I., Matsepuro D.M., Olkhovik N.V., Trubnikova T.V. Criminal justice in the post-genomic era: new challenges and the search for balance // Bulletin of the Tomsk State University. Right. 2020. № 35. С. 14-28.

13. Borodina T.G., Borodin V.V. The adversarial system in criminal procedure: Norms and implementation // International Journal of Innovative Technology and Exploring Engineering. 2019. № 8 (12). С. 4039-4042.

14. Makeeva I.V., Zeynalova L.M., Prudnikov M. N., Aminov I. The initial stage of criminal proceedings under the legislation of the Russian federation // International Journal of Psychosocial Rehabilitation. 2020. T. 24. № 6. С. 5045-5050.

15. Ryabinina T.K., Ryapolova Y.P. The conformity of a detention procedure of a criminal suspect in the criminal procedure code of the Russian federation to the recognized international standards // World Applied Sciences Journal. 2013. № 28 (4). С. 481-484.

16. Ryapolova Y.P. Participation of an Attorney in the Initial Stage of Criminal Proceedings under Russian Law // The International Journal of Interdisciplinary Social and Community Studies. 2021. № 16 (1). С. 215- 229.

8. We should have feedback from people: Prosecutor General Igor Krasnov on how to help citizens by supervising the legality // Kommersant. 2020. September 10.

9. Hong F. The results of the criminal prosecution and supervision of the reception, resolution of reports of a crime by the Prosecutor's Office of Quang Ninh Province // Supervision (Hanoi Prosecutor's University). 2019. № 18. Pp. 17-19.

10. Chan K.F. The implementation of criminal prosecution, supervision of legality in the initiation, investigation and judicial proceedings under the Criminal Procedure Code of 2015 // Supervision (Hanoi Prosecutor's University). 2016. № 16. Pp. 3-5.

11. Shcherba S.P., Chashchina I.V. The key role of the Prosecutor's offices of the Commonwealth countries in coordinating the activities of law enforcement agencies to combat crime // Bulletin of the University of the Prosecutor's Office of the Russian Federation. 2021. № 1 (81). Pp. 109-117.

12. Andreeva O.I., Matsepuro D.M., Olkhovik N.V., Trubnikova T.V. Criminal justice in the post-genomic era: new challenges and the search for balance // Bulletin of the Tomsk State University. Right. 2020. № 35. Pp. 14-28

13. Borodina T.G., Borodin V.V. The adversarial system in criminal procedure: Norms and implementation // International Journal of Innovative Technology and Exploring Engineering. 2019. № 8 (12). Pp. 4039-4042.

14. Makeeva I.V., Zeynalova L.M., Prudnikov M. N., Aminov I. The initial stage of criminal proceedings under the legislation of the Russian federation // International Journal of Psychosocial Rehabilitation. 2020. Vol. 24. № 6. Pp. 5045-5050.

15. Ryabinina T.K., Ryapolova Y.P. The conformity of a detention procedure of a criminal suspect in the criminal procedure code of the Russian federation to the recognized international standards // World Applied Sciences Journal. 2013. № 28 (4). Pp. 481-484

16. Ryapolova Y.P. Participation of an Attorney in the Initial Stage of Criminal Proceedings under Russian Law // The International Journal of Interdisciplinary Social and Community Studies. 2021. № 16 (1). Pp. 215- 229.

**ПРОИЗВОДСТВО СЛЕДСТВЕННЫХ ДЕЙСТВИЙ
С УЧАСТИЕМ МАЛОЛЕТНЕГО СВИДЕТЕЛЯ
ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ**

**INVESTIGATION WITH
A YOUNG WITNESS
IN CRIMINAL MATTERS**

DOI: 10.31429/20785836-13-3-30-38

Татьянина Лариса Геннадьевна

*доктор юридических наук, профессор
заведующий кафедрой уголовного процесса и правоохранительной деятельности
ФГБОУ ВО «Удмуртский государственный университет»*

ID ORCID: 0000-0001-6404-6786

Scopus ID: 57205880575

Tat'yanina Larisa Gennadyevna

*Doctor of Law, Professor
Head of the Criminal Trial and Law-enforcement Activity Department
Udmurt State University*

Татьянин Дмитрий Владимирович

*кандидат юридических наук, доцент
доцент кафедры уголовного процесса и правоохранительной деятельности
ФГБОУ ВО «Удмуртский государственный университет»*

ID ORCID: 0000-0002-4028-3530

Tat'yanin Dmitry Vladimirovich

*Candidate of Legal Sciences, Associate professor
Associate Professor of Criminal Trial and Law-enforcement Activity Department
Udmurt State University*

Аннотация: Следственная практика показывает, что малолетние часто становятся свидетелями преступлений, в связи с чем, с одной стороны, возникает необходимость привлечения их к производству следственных действий для получения информации; с другой стороны, возникает угроза их безопасности со стороны лиц, не заинтересованных в установлении действительных обстоятельств, совершенного преступления. Актуальность проведенного исследования обусловлена значимостью этой категории участников для уголовно-процессуальной науки и практического правоприменения и необходимостью оптимизации ряда процессуальных действий, проводимых с их участием.

В статье предложена теоретическая модель участия малолетних свидетелей в следственных действиях при безусловном обеспечении их мерами безопасности, которая предполагает получение безусловного согласия законного представителя на привлечение ребенка к производству в следственных действиях; проведение консультации психолога, подтверждающего способность ребенка адекватно его возрасту воспроизвести полученную информацию; участие детского психолога при производстве следственных действий с ребенком; предупреждение всех участников следственного действия о недопустимости разглашения информации, полученной в процессе производства следственных действий, а также данных малолетнего свидетеля. Лица, которым известно об участии малолетнего свидетеля в производстве следственных действиях должны быть предупреждены об уголовной ответственности за разглашение указанной информации. Законные представители обязаны сообщать о любой информации, связанной с высказываемым интересом в отношении их ребенка и обладания им значимой информацией.

Цель – выявление, обоснование проблемы совершенствования уголовно-процессуального законодательства в части оптимизации участия малолетних свидетелей в следственных действиях при безусловном обеспечении их мерами безопасности.

Задачами исследования стали изучение форм и оснований участия малолетних в уголовном судопроизводстве, выяснение особенностей их поведения в следственных действиях, целесообразности привлечения малолетних для участия в следственных действиях; анализ и обобщение научных точек зрения; исследование уголовно-процессуального законодательства, в части регулирующей гарантии безопасности участия малолетних в уголовном судопроизводстве, формирование собственной позиции по указанным вопросам, изложение авторских предложений.

Методы: диалектический, аналитический, сравнительный, конкретизация, формализация, моделирование, дедукция, обобщение.

Результаты:

1) Участие малолетнего свидетеля в следственных действиях должно быть обусловлено его ролью в совершенном деянии. В случае, если малолетний принимал участие в совершении преступления, либо присутствовал при его совершении в группе, то приглашение считается необходимым, и участие законных представителей малолетнего свидетеля представляется обязательным при проведении с ним следственных действий.

2) В случае, когда малолетний оказался случайным свидетелем преступления, вопрос о его допросе в качестве свидетеля должен решаться только с согласия его законного представителя, поскольку в указанном случае возникает угроза безопасности ребенка, которая имеет большее значение, чем получение сведений даже имеющих доказательственное значение.

3) Предлагается принимать решение об участии малолетнего в следственном действии только после проведения консультации психолога при наличии заключения о психическом состоянии ребенка, подтверждающего возможность его участия в следственных действиях.

4) При производстве следственных действий с участием малолетних свидетелей должен присутствовать детский психолог, который обеспечивает компенсацию интеллектуального развития ребенка и помогает установить с ним контакт.

5) В целях обеспечения безопасности малолетнего свидетеля все лица, владеющие информацией о его участии, должны быть предупреждены об уголовной ответственности за разглашение информации о малолетних участниках процесса, а также предлагается разъяснять законным представителям обязанность сообщать информацию о лицах, которые высказывают интерес к ребенку, выступающему свидетелем по уголовному делу.

Ключевые слова: малолетний свидетель, следователь, законный представитель, информация, следственные действия, психолог, недопустимость, разглашение, ответственность.

Annotation: Investigative practice shows that minors often witness crimes, which, on the one hand, makes it necessary to involve them in investigative actions in order to obtain information; on the other hand, there is a threat to their safety by persons who are not interested in establishing the actual circumstances of the crime committed. The relevance of the conducted research is due to the significance of this category of participants for criminal procedure science and practical law enforcement and the need to optimize a number of procedural actions carried out with their participation.

The article proposes a theoretical model for the participation of young witnesses in investigative actions with unconditional security measures, which involves obtaining the unconditional consent of the legal representative to involve the child in investigative actions; a psychologist's consultation confirming the child's ability to reproduce the information received adequately to his or her age. Participation of a child psychologist in the investigation of a child; warning of all participants in the investigative action about the inadmissibility of disclosing information received during the investigative actions, as well as the data of a young witness. Persons who are aware of the participation of a young witness in the investigation must be warned of criminal liability for the disclosure of this information. Legal representatives are required to report any information related to the expressed interest in and possession of meaningful information about their child.

The purpose is to identify and substantiate the problem of improving the criminal procedure legislation in terms of optimizing the participation of young witnesses in investigative actions while unconditionally providing them with security measures.

The objectives of the study were to study the forms and grounds for the participation of minors in criminal proceedings, to clarify the peculiarities of their behavior in investigative actions, the expediency of attracting minors to participate in investigative actions; analysis and generalization of scientific points of view; research of criminal procedure legislation, in terms of regulating the security guarantees of the participation of minors in criminal proceedings, the formation of their own position on these issues, the presentation of author's proposals.

Methods: dialectical, analytical, comparative, concretization, formalization, modeling, deduction, generalization.

Results:

1) The participation of a minor witness in investigative actions must be conditioned by his role in the committed act. If a minor took part in the commission of a crime, or was present at its commission in a group, the invitation is considered necessary, and the participation of legal representatives of a minor witness is mandatory when conducting investigative actions with him.

2) In the case when a minor turned out to be an accidental witness of a crime, the question of his interrogation as a witness should be resolved only with the consent of his legal representative, since in this case there is a threat to the safety of the child, which is more important than obtaining information even having evidentiary value.

3) It is proposed to make a decision on the participation of a minor in an investigative action only after consulting a psychologist, if there is a conclusion on the mental state of the child confirming the possibility of his participation in investigative actions.

4) When conducting investigative actions with the participation of young witnesses, a child psychologist must be present, who provides compensation for the intellectual development of the child and helps to establish contact with him.

5) In order to ensure the safety of a minor witness, all persons who have information about his participation should be warned about criminal liability for disclosing information about minor participants in the process, and it is also proposed to explain to legal representatives the obligation to report information about persons who express interest in a child acting as a witness in a criminal case.

Keywords: young witness, investigator, legal representative, information, investigative actions, psychologist, inadmissibility, disclosure, liability.

Введение

Следственная практика показывает, что малолетние лица часто становятся свидетелями преступлений, в связи с чем, с одной стороны, возникает необходимость привлечения их к производству следственных действий для получения информации; с другой стороны, возникает угроза их безопасности со стороны лиц, не заинтересованных в установлении действительных обстоятельств, совершенного преступления. Актуальность исследования обоснованности обусловлена значимостью этой категории участников для уголовно-процессуальной науки и практического правоприменения. Используя научную методологию было проведено исследование уголовно-процессуального законодательства, теоретических источников, эмпирических данных и выработаны предложения по совершенствованию уголовно-процессуальной формы участия малолетних и процедур обеспечения их безопасности

Результаты нашего исследования изложены в данной работе.

Методы исследования

Для проведения исследования участия малолетнего свидетеля при производстве следственных действий в уголовном деле использовались общенаучные и частно-научные методы. В основе всей методологии нашего исследования находится диалектический метод, позволивший рассмотреть, как в единстве, так и по-отдельности различные формы участия несовершеннолетних в уголовном деле, так и отличия – сущностные, содержательные, правовая регламентация участия

несовершеннолетнего в зависимости от возраста, а также способы обеспечения их безопасности. Диалектический метод позволил также выявить противоречия в сочетании требований участия педагога, психолога и законных представителей в следственных действиях с участием несовершеннолетних, наличие которых позволяет сформировать и высказать позиции о совершенствовании подходов законодательного регулирования не только требований, предъявляемых к процессуальным гарантиям, но и по отношению к психологической безопасности несовершеннолетних. Например, оптимизировать условия участия несовершеннолетних в следственных действиях, а также деятельность иных участников уголовного судопроизводства, направленная на обеспечение безопасности несовершеннолетних.

В числе научных методов широко использовались различные способы аналитической работы. В частности, сравнительно-правовой анализ показал ошибочность применения отдельных требований к основаниям участия малолетних в уголовном судопроизводстве.

Метод формализации позволил выявить процессуальную сущность участия несовершеннолетних в следственных действиях и выделить дополнительные основания для участия в них малолетних.

Методом конкретизации мы пришли к выводу о недопустимости участия малолетних без предварительной консультации психолога, наличия заключения о возможности участия малолетнего в следственном действии, а также

проведения следственного действия с обязательным участием детского психолога.

Дедукция, как метод научного исследования позволил перейти от общего к частному и продемонстрировать невозможность использования существующего общего подхода законодателя к требованиям проведения следственного действия с участием несовершеннолетних без дифференциации их по возрасту, показать несостоятельность учета возрастных особенностей относительно только продолжительности допроса.

Посредством синтеза полученных новых знаний о психологических особенностях поведения несовершеннолетних, позволивших выделить различные алгоритмы их участия в уголовном судопроизводстве, были сформулированы выводы, направленные на оптимизацию совокупности правовых норм, регулирующих участие малолетних в следственных действиях.

Системно-структурный метод позволил определить взаимосвязь характерных черт поведения несовершеннолетних в зависимости от их степени вовлеченности в уголовный конфликт и целесообразности их участия в следственном действии в уголовном деле.

Моделирование позволило составить целостную систему требований, обеспечивающих безопасность участия несовершеннолетних и малолетних в следственных действиях.

Результаты

В числе основных укажем следующие результаты проведенного исследования.

1. Особенности проведения следственных действий с участием малолетних свидетелей обусловлены их психофизиологическим состоянием и интеллектуальным развитием, соответствующем физическому возрасту. В связи с этим возникает проблема получения объективной информации от малолетних с одновременным обеспечением их безопасности.

2. Оптимальным представляется принимать решение об участии малолетнего в следственном действии только после проведения консультации психолога при наличии положительного заключения о психическом состоянии ребенка, подтверждающего возможность его участия в следственных действиях. А также проводить следственные действия с обязательным участием детского психолога.

3. В целях обеспечения безопасности малолетнего свидетеля представляется необходимым разъяснять всем лицам, владеющим информацией о его участии,

предупреждение об уголовной ответственности за разглашение информации о малолетних участниках процесса, а также разъяснять законным представителям обязанность сообщать информацию о лицах, которые высказывают интерес к ребенку, выступающему свидетелем по уголовному делу.

Научная дискуссия

Проблема преступности является одной из социальных проблем в любом обществе [13; 14; 15]. Для современной преступности характерна высокая латентность, агрессивность, а также вовлечение в совершение преступлений несовершеннолетних, при этом часто привлекаются малолетние, не являющиеся субъектами уголовной ответственности, в связи с чем они допрашиваются в последующем в качестве свидетелей при производстве по уголовным делам. Особенности проведения следственных действий с участием малолетних свидетелей обусловлены их психофизиологическим состоянием и интеллектуальным развитием, соответствующем физическому возрасту. Бесспорно, что на малолетних свидетелей может быть оказано отрицательное воздействие при производстве следственных действий [8, с. 96]. В связи с этим возникает проблема получения объективной информации от малолетних с одновременным обеспечением их безопасности. Это обусловлено тем, что на поведение несовершеннолетних влияет представление о социальном пространстве [16, с. 15-26]. Представляется неоспоримой позиция Н.В. Солонниковой, что «производство по уголовным делам, в которых принимают участие несовершеннолетние, должно осуществляться с применением специальных правил, в равной степени обеспечивающих повышенный уровень защиты прав и интересов всех несовершеннолетних вне зависимости от их процессуального статуса» [10, с. 10].

Малолетних свидетелей в зависимости от степени вовлеченности в криминальный конфликт возможно разделить на следующие группы:

а) малолетние участники совершения преступления, которые не достигли возраста уголовной ответственности, в связи с чем не являются субъектами преступления;

б) малолетние, входящие в состав криминальной группы, присутствовавшие при совершении преступления, но не принимавшие в нем участие;

в) малолетние свидетели – очевидцы преступления, не имеющие связи с лицами, его совершившими;

г) малолетние свидетели, получившие информацию о совершенном преступлении из иных источников.

В зависимости от связи с совершенным преступлением малолетнего свидетеля следует выделить особенности его участия при производстве следственных и процессуальных действий.

Представители первой группы малолетних свидетелей свое поведение оценивают через измененное понимание дружбы, недопустимости «стукачества», а также невозможности применения к ним мер уголовной ответственности. Их достаточно легко убедить соучастникам (субъектам) преступления взять на себя вину, мотивируя, что для них это не страшно. Указанные малолетние часто известны не только лицам, вовлекшим их в преступную деятельность, но и сотрудникам правоохранительных органов, в связи с чем при производстве следственных действий изначально можно определить их тактику, которая позволит получить информацию о произошедшем событии.

Малолетние второй группы очень часто оказываются случайными свидетелями совершения преступления. Желание быть в группе сверстников, проявить свою юношескую «самостоятельность» и «независимость» проявляется в том, что они становятся заложниками ситуации, вместе с другими уезжают на угнанных машинах, присутствуют при совершении ограблений, краж, хулиганских действий, приобретении и сбыте наркотических средств и т.п. С одной стороны, у них отсутствует желание вновь оказаться в той ситуации, которая привела их к роли пассивного свидетеля совершения преступления, поэтому они понимают о необходимости рассказать все о произошедшем, чтобы не допустить принятия неправильного решения; с другой стороны, им становится страшно, что они станут объектом мести со стороны лиц, совершивших преступление, что от них отвернутся «друзья», перестанут с ними дружить. От качества работы с малолетними будет зависеть не только их позиция при участии в следственных действиях, но и дальнейшая судьба, будут ли они вовлечены в криминальную среду или смогут из нее выйти.

Третья группа малолетних свидетелей представляет особый интерес, поскольку ее составляют лица, которые не имеют отношения к совершенному преступлению, но видели не только, как оно было совершено, но и кем, в связи с чем они представляют наибольшую опасность для лиц, совершивших преступление, поэтому возникают вопросы о возможности их вовлечения в производство следственных

действий при обеспечении безопасности. Особенность указанной ситуации заключается в том, что малолетние не всегда рассказывают родителям о том, что были свидетелями произошедших событий, что не позволяет принять своевременные меры по обеспечению их безопасности. В тоже время лицо, совершившее преступление, зная о наличии возможного свидетеля, предпримет все возможные меры в целях его поиска и оказания на него воздействия. Данная группа малолетних представляет интерес с учетом возможности получения объективной информации, но находится в более высокой зоне риска, поскольку указанные лица изначально бывают не известны органам предварительного расследования и принять меры по обеспечению их безопасности в связи с этим невозможно.

Четвертую группу составляют малолетние, которые стали носителями информации, получив ее от своих знакомых, рассказавших о том, что они видели, либо которых попросили оставить у себя дома какие-либо предметы на время, которые являлись орудиями или предметами преступления. С одной стороны, представители данной группы малолетних свидетелей обладают отдельными сведениями об обстоятельствах, совершенного преступления, но они сами не были очевидцами и информацию знают с других слов, но с другой стороны – они знакомы с источником информации, что позволяет установить ценного свидетеля, одновременно информация о нем может стать известной и лицам, совершившим преступление, что поставит под угрозу безопасность малолетнего свидетеля. Если у малолетнего сохраняются какие-либо предметы, связанные с совершенным преступлением, то угроза его безопасности возрастает в связи с необходимостью получения искомой вещи.

При исследовании производства по уголовным делам с участием несовершеннолетних неоднократно отмечались особенности проведения следственных действий с участием малолетних [1; 6]. Законодатель выделил ряд положений в производстве следственных действий с участием несовершеннолетних, которые выступают гарантиями защиты их прав, компенсируя возрастные особенности развития: участие педагога и/или психолога (ст. 191 Уголовно-процессуального кодекса Российской

Федерации ¹ (далее – УПК РФ)); участие законного представителя (ст. 191 УПК РФ); время производства отдельных следственных действий (ч. 1 ст. 191 УПК РФ). Применительно к производству следственных действий с участием малолетних свидетелей, следует отметить, что законодатель не предусмотрел особенностей за исключением времени производства следственных действий.

Изначально необходимо обратить внимание на то, что законодатель, предусмотрев участие законного представителя несовершеннолетнего свидетеля, подозреваемого и обвиняемого, не указывает нигде об участии законного представителя малолетнего свидетеля. В данном случае мы говорим именно о малолетнем свидетеле, поскольку, как указано было выше, им может выступать и лицо, совершившее преступление, но не достигшее возраста уголовной ответственности, а если оно совершило преступление в группе, то в отношении него должно приниматься решение о возможности применения принудительных мер воспитательного воздействия, то есть должно проводиться расследование с принятием процессуального решения. Учитывая, что на малолетнего можно переложить вину, убедив его согласиться взять на себя содеянное, то защита прав указанных малолетних свидетелей должна обеспечиваться очень качественно и грамотно [12]. Поскольку малолетние свидетели не имеют права на участие защитника, то от деятельности следователя, законного представителя, педагога или психолога будет зависеть и последующий результат по уголовному делу. Участие законного представителя малолетнего свидетеля вытекает из положений ч. 2 ст. 64 Семейного кодекса Российской Федерации ², которая устанавливает, норму о том, что родители являются законными представителями своих детей и выступают в защиту их прав и интересов в отношениях с любыми физическими и юридическими лицами, в том числе в судах, без специальных полномочий.

Участие малолетнего свидетеля в следственных действиях должно зависеть от ситуации, в связи с которой он приглашается в качестве свидетеля. Если малолетний свидетель принимал участие в совершении преступления, либо присутствовал при его совершении в группе, то приглашение для допроса малолетнего

свидетеля в данном случае необходимо, оно вызвано его ролью в совершенном деянии. В указанном случае участие законных представителей малолетнего свидетеля представляется обязательным при проведении с ним следственных действий. В случае, когда малолетний оказался случайным свидетелем преступления, вопрос о его допросе в качестве свидетеля должен решаться только с согласия его законного представителя, поскольку в указанном случае возникает угроза безопасности ребенка, которая имеет большее значение, чем получение сведений, даже имеющих доказательственное значение. При возражении законного представителя против допроса малолетнего свидетеля недопустимо проведение с ним следственных действий. В случае согласия законного представителя на допрос малолетнего в качестве свидетеля следователь должен предпринять возможные меры по обеспечению безопасности ребенка. В указанной ситуации следует закрыть максимально информацию о персональных данных малолетнего свидетеля. Необходимо учитывать, что заинтересованные участники уголовного процесса – подозреваемый, обвиняемый, их защитники имеют доступ к материалам досудебного производства [10, с. 15-18], они могут получить информацию о данных малолетнего свидетеля, в связи с чем необходимо обеспечить конфиденциальность указанной информации при возможности возникновения угрозы безопасности малолетнего свидетеля.

Достаточно сложным является вопрос о приглашении законного представителя малолетнего свидетеля, это обусловлено рядом факторов. Бесспорно, что в качестве законного представителя малолетнего привлекаются его родители, но, к сожалению, подход некоторых родителей к поведению ребенка и дачи им показаний различен, особенно когда им сделают «интересное» финансовое предложение. Родители могут оказать на ребенка влияние дать ложные показания в целях получения вознаграждения. При наличии информации о подобном поведении законного представителя отстранить его от участия в деле будет проблематично, скорее невозможно, поскольку законный представитель не подтвердит указанную информацию, пояснения только малолетнего свидетеля о позиции законного представителя будет недостаточным для вывода

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ (в ред. от 1 июля 2021 г. № 294-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921; 2021. № 27 (ч. 1). Ст. 5122.

² Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ (в ред. от 2 июля 2021 г. № 310-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 16; 2021. № 27 (ч. 1). Ст. 5138.

его из процесса, возникшая конфликтная ситуация не приведет к положительному результату.

Еще сложнее возникает ситуация с малолетними свидетелями, у которых в качестве законных представителей выступают опекуны, попечители или представители органов опеки и попечительства [3, с. 112-118.]. В указанных ситуациях решение принимается с учетом необходимости получения сведений от малолетнего ребенка, при этом законные представители в указанной ситуации формально выполняют свои обязанности, что ставит малолетнего в опасную для него ситуацию, когда он дает показания под воздействием других лиц. Законному представителю малолетнего свидетеля должна быть разъяснена ситуация, в связи с которой ребенок привлекается к участию в деле в качестве свидетеля, а также возможные для него риски, связанные с участием в деле, только после этого законный представитель должен высказать свое решение по возможности участия ребенка в качестве свидетеля.

Полагаем, что законному представителю следует разъяснить обязанность сообщать информацию о лицах, которые высказывают интерес к ребенку, выступающему свидетелем по уголовному делу. В случае, если указанный интерес был высказан до момента приглашения малолетнего в качестве свидетеля, то законный представитель должен сообщить об указанном факте. Полагаем, что законные представители должны быть предупреждены об уголовной ответственности по ст. 310 Уголовного кодекса Российской Федерации ³ о недопустимости разглашения данных предварительного расследования. При получении информации о совершении законным представителем действий, направленных против интересов ребенка, информация должна быть проверена, при ее подтверждении следует решать вопрос о замене законного представителя и привлечении его к ответственности.

Безусловной гарантией защиты прав несовершеннолетних является участие психолога при производстве следственных действий с их участием. Вопрос о возможности участия педагога/психолога по-разному рассматривается в юридической науке [2; 4; 5; 11]. Следует отметить, что законодатель не провел границу между педагогом и психологом как участником следственных действий, проводимых с несовершеннолетними. Изначально считаем, что вопрос об участии малолетнего в следственном действии может быть решен после проведения

консультации психолога. Малолетние свидетели – это дети в возрасте от 5 до 14 лет. Мы не рассматриваем возможность допроса ребенка до 5 лет, поскольку его сознание недостаточно сформировано для осознания получаемой информации, а статическое ее воспроизведение может привести к неправильной оценке произошедшего события.

Интеллектуальные особенности ребенка, в зависимости от его возраста, определяются детским психологом, который может дать заключение о психическом состоянии ребенка, способности к восприятию и воспроизведению полученной информации, интеллектуальные особенности, влияющие на его поведение и развитие, целесообразности привлечения ребенка к участию в следственных действиях. Когда психолог дает заключение о недопустимости допроса малолетнего, который находится в стрессовом, эмоционально возбудимом и т.п. состоянии, как реакции на произошедшее событие, то привлечение малолетнего ребенка в качестве свидетеля в указанной ситуации представляется недопустимым. При заключении психолога о возможности участия малолетнего свидетеля в производстве следственных действий следователь принимает решение о его проведении с участием психолога.

Предлагается допускать педагога к участию в следственных действиях с при условии наличия у него специальных педагогических знаний; практического опыта педагогической работы; отсутствие интереса в исходе дела [2, с. 18]. Однозначно признать возможным участие только педагога или психолога представляется некорректным, в то же время полагаем, что следует говорить не о педагоге, а педагогическом работнике [4, с. 18-19], которым является лицо, занимающееся практической деятельностью на профессиональной основе по воспитанию и образованию обучающихся, обладающее соответствующей психологической подготовкой. Педагога целесообразно привлекать к участию в следственных действиях для несовершеннолетних в возрасте 14 лет и старше, поскольку они более адаптированы к происходящим событиям.

При производстве следственных действий с участием малолетних свидетелей должен присутствовать детский психолог, который обеспечивает компенсацию интеллектуального развития ребенка и помогает установить с ним контакт. Работа психолога с малолетним имеет одновременно

³ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ (в ред. от 1 июля 2021 г. № 292-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. № 25. Ст. 2954; 2021. № 27 (ч. 1). Ст. 5120.

реабилитационный характер [8, с. 11], поскольку позволяет преодолеть стресс, в котором находился малолетний свидетель после совершения преступления, очевидцем которого он оказался. Наличие диплома психолога не говорит о способности лица, его получившего, работать с любыми лицами, тем более малолетними. Следует обратить внимание, что по делам о преступлениях против половой неприкосновенности несовершеннолетних законодатель в ч. 4 ст. 191 УПК РФ предусмотрел обязательное участие психолога. Таким образом, он выделил отдельную категорию дел о преступлениях, по которым получение информации от несовершеннолетних, не достигших возраста 16 лет может осуществляться только с участием специалиста в области психологии. Данный подход вызывает возражение, поскольку преступления, связанные с похищением ребенка, торговлей людьми, захватом заложников и др. предполагают тонкое восприятие произошедшего, его понимание, передачу информации. Малолетний при даче показаний о любом преступлении может ошибиться при воспроизведении информации, в связи с чем представляется более правильным привлечение психолога при проведении с участием малолетнего следственных действий.

Список использованной литературы:

1. Бычков А.Н. Процессуальные особенности проведения допроса с участием малолетних // Состояние и перспективы развития юридической науки: матер. междунаро. науч.-практ. конф. В 4 ч. Ижевск, 2006. Ч. 4. С. 77-82.
2. Бычков А.Н. Участие педагога в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2007.
3. Колударова О.П., Татьяна Т.Г. Производство по уголовным делам в отношении безнадзорных несовершеннолетних (отдельные вопросы теории и практики): монография. М., 2013.
4. Колударова О.П. Производство по уголовным делам в отношении безнадзорных несовершеннолетних подозреваемых, обвиняемых (отдельные вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2011.
5. Марковичева Е.В. Концептуальные основы ювенального уголовного судопроизводства: дис. ... д-ра юрид. наук. Екатеринбург, 2011.
6. Мифтахова Л.А. Проблемы участия психолога в уголовном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Уфа, 2001.
7. Ожиганова М.В. Досудебное производство по уголовным делам о применении принудительных мер воспитательного воздействия в отношении несовершеннолетних, не являющихся субъектами уголовной ответственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ижевск, 2007.

В целях обеспечения безопасности малолетнего свидетеля все лица, владеющие информацией о его участии, должны быть предупреждены об уголовной ответственности за разглашение информации о малолетних участниках процесса. Данный подход обеспечит безопасность малолетнего свидетеля, вовлеченного в производство следственных действий, позволит получить объективную информацию без причинения ребенку различных стрессовых состояний.

References:

1. Bychkov A.N. Procedural features of interrogation with the participation of minors // State and prospects for the development of legal science: mater. international scientific-practical conf. At 4 hours. Izhevsk, 2006. Part 4. Pp. 77-82.
2. Bychkov A.N. The participation of a teacher in criminal proceedings: abstract ... Candidate of Law. Izhevsk, 2007.
3. Koludarova O.P., Tatianina T.G. Proceedings in criminal cases against neglected minors (some issues of theory and practice): monograph. Moscow, 2013.
4. Koludarova O.P. Proceedings in criminal cases against neglected juvenile suspects, accused (some issues of theory and practice): abstract ... Candidate of Law. Chelyabinsk, 2011.
5. Markovicheva E.V. Conceptual foundations of juvenile criminal justice: thesis ... Doctor of Law Yekaterinburg, 2011.
6. Miftakhova L.A. Problems of the participation of a psychologist in the criminal process: abstract ... Candidate of Law. Ufa, 2001.
7. Ozhiganova M.V. Pre-trial proceedings in criminal cases on the use of compulsory measures of educational influence in relation to minors who are not subjects of criminal responsibility: abstract ... Candidate of Law. Izhevsk, 2007.

8. Руднев В.И. Недопустимость отрицательного воздействия на несовершеннолетних как принцип уголовного судопроизводства // Уголовно-процессуальное законодательство в современных условиях: проблемы теории и практики. Сб. статей. М., 2010. С. 94-98.

9. Седельников П.В. Доступ участников уголовного процесса к материалам досудебного производства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2006.

10. Солонникова Н.В. Проблемы процессуальной дееспособности несовершеннолетних в уголовном судопроизводстве (досудебное производство): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008.

11. Тетюев С.В. Допрос несовершеннолетнего обвиняемого в стадии предварительного расследования (процессуальный аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2006.

12. Borodinova T.G., Borodinov V.V. The adversarial system in criminal procedure: Norms and implementation. International Journal of Innovative Technology and Exploring Engineering. 2019. № 8 (12). С. 4039-4042.

13. Joyce Plotnikoff, Richard Woolfson. An Evaluation Of Child Witness Support. 2006. // <https://www.goodreads.com/book/show/4573845-an-evaluation-of-child-witness-support>.

14. Joyce Plotnikoff, Richard Woolfson. Evaluation of Young Witness Support: Examining the Impact on Witnesses and the Criminal Justice System. Ministry of Justice. Research Summary. С. 1-7.

15. Hamlyn B., Phelps A. and Sattar G. Are Special Measures Working? Evidence from surveys of vulnerable and intimidated witnesses. Home Office Research Study. 2004. // https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/problems/witness_intimidation/PDFs/Hamlyn_et_al_2004.pdf

16. Zlokazov K.V., Ilyankova E.I., Rozhkov A.A. The impact of the representation of social space on the perception of crime by juveniles. Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal. Russian Journal of Criminology. 2021. T. 15. № 1. С. 15-26.

8. Rudnev V.I. Inadmissibility of negative impact on minors as a principle of criminal proceedings // Criminal procedure legislation in modern conditions: problems of theory and practice. Sat. articles. Moscow, 2010. Pp. 94-98.

9. Sedelnikov P.V. Access of participants in criminal proceedings to the materials of pre-trial proceedings: abstract ... Candidate of Law. Omsk, 2006.

10. Solonnikova N.V. Problems of procedural capacity of minors in criminal proceedings (pre-trial proceedings): abstract ... Candidate of Law. Krasnodar, 2008.

11. Tetyuev S.V. Interrogation of a minor accused at the stage of preliminary investigation (procedural aspect): abstract ... Candidate of Law. Chelyabinsk, 2006.

12. Borodinova T.G., Borodinov V.V. The adversarial system in criminal procedure: Norms and implementation. International Journal of Innovative Technology and Exploring Engineering. 2019. № 8 (12). Pp. 4039-4042.

13. Joyce Plotnikoff, Richard Woolfson. An Evaluation Of Child Witness Support. 2006. // <https://www.goodreads.com/book/show/4573845-an-evaluation-of-child-witness-support>.

14. Joyce Plotnikoff, Richard Woolfson. Evaluation of Young Witness Support: Examining the Impact on Witnesses and the Criminal Justice System. Ministry of Justice. Research Summary. Pp. 1-7.

15. Hamlyn B., Phelps A. and Sattar G. Are Special Measures Working? Evidence from surveys of vulnerable and intimidated witnesses. Home Office Research Study. 2004. // https://popcenter.asu.edu/sites/default/files/problems/witness_intimidation/PDFs/Hamlyn_et_al_2004.pdf

16. Zlokazov K.V., Ilyankova E.I., Rozhkov A.A. The impact of the representation of social space on the perception of crime by juveniles. Vserossiiskii kriminologicheskii zhurnal. Russian Journal of Criminology. 2021. Vol. 15. № 1. Pp. 15-26.

КРИМИНАЛИСТИКА; СУДЕБНО-ЭКСПЕРТНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ;
ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

**СИСТЕМА ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОГО КОНТРОЛЯ
ЗА ЛИЦАМИ, ОСВОБОЖДЕННЫМИ ИЗ МЕСТ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ:
РОССИЙСКИЙ И ЗАРУБЕЖНЫЙ ОПЫТ**

**THE SYSTEM OF OPERATIONAL INQUIRY CONTROL
OF PERSONS RELEASED FROM PENAL INSTITUTIONS:
THE RUSSIAN AND FOREIGN EXPERIENCE**

DOI: 10.31429/20785836-13-3-39-45

Калужина Марина Анатольевна

доктор юридических наук, доцент

доцент кафедры криминалистики и правовой информатики

ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»

ведущий научный сотрудник ФКУ НИИ ФСИН России

Author ID: 57202003524

Kaluzhina Marina Anatolyevna

Doctor of Law, Associate professor

Associate Professor of Criminalistics and Law Informatics

Kuban State University

Lead Researcher Research Institute of the Federal Penitentiary Service of Russia

Аннотация: В статье на основе анализа современного состояния противодействия преступности в Российской Федерации анализируются имеющиеся подходы в познании проявлений противоправного поведения освобожденных и освобожденных осужденных на этапе их ресоциализации в обществе. Констатируется значимость специфических средств и методов оперативно-розыскной деятельности в решении социально-полезных задач. Исходя из ряда факторов, анализа данных официальной статистики свидетельствующих о сосредоточении в местах лишения свободы далеко не лучшей части осужденных делается вывод о наличии проблемных вопросов, в числе которых задачи предупреждения и профилактики правонарушений и преступлений, совершаемых осужденными, выявления и устранения причин и условий им способствующих. Автором подчеркивается важность проводимых институтами гражданского общества мероприятий в целях предупреждения совершения правонарушений при этом акцентируется внимание на мерах специального характера.

Опираясь на результаты проводимых исследований рассматривается сущность и содержание оперативно-розыскного обеспечения процесса социализации осужденных как самостоятельной организационно-тактической формы, констатируется необходимость взаимодействия заинтересованных ведомств. Делается вывод о том, что деятельность государственных органов, наделенных компетенцией осуществления оперативно-розыскной деятельности должна рассматриваться с позиции системного подхода. Анализируются возможности отличительных характеристик цифровой среды в решении задач предупреждения правонарушений и преступлений в России и за рубежом. Подчеркивается важность информационно-аналитического обеспечения оперативно-розыскной деятельности, придающего упорядоченность информационным потокам, представляющим оперативный интерес, циркулирующим на уровне одного субъекта либо Российской Федерации в целом.

Ключевые слова: ресоциализация, осужденные, рецидив преступления, деструктивное поведение, профилактика правонарушений

Annotation: Based on the analysis of the current state of combating crime in Russian Federation, the article analyzes the available approaches to understanding the manifestations of unlawful behavior of released and released convicts at the stage of their re-socialization in society. The importance of specific means and methods of operational-search activity in solving socially useful tasks is stated. Based on a number of factors,

an analysis of official statistics data indicating that a far from the best part of convicts is concentrated in places of imprisonment, it is concluded that there are problematic issues, including the tasks of preventing and preventing offenses and crimes committed by convicts, identifying and eliminating the causes and conditions that contribute to them. The author emphasizes the importance of measures taken by civil society institutions in order to prevent the commission of offenses, while focusing on special measures.

Based on the results of the research, the essence and content of the operational-search support of the process of socialization of convicts as an independent organizational and tactical form is considered, the need for interaction between the departments concerned is stated. It is concluded that the activities of state bodies endowed with the competence to carry out operational-search activities should be considered from the position of a systematic approach. The possibilities of the distinctive characteristics of the digital environment in solving the problems of preventing offenses and crimes in Russia and abroad are analyzed. The importance of information and analytical support of operational-search activities, which gives order to information flows of operational interest, circulating at the level of one subject or the Russian Federation as a whole, is emphasized.

Keywords: resocialization, convicts, recidivism, destructive behavior, crime prevention.

Введение

Преступность как социальное явление представляет значительную проблему в национальном и международном масштабах; изменились ее состояние, уровень, динамика и последствия; укрепились межрегиональные и транснациональные связи преступных сообществ¹.

Уголовное наказание является самой суровой мерой государственного принуждения к лицам, совершившим преступления. Пути повышения эффективности целей наказания многообразны. Сюда отнесено соблюдение принципа экономии уголовной репрессии, установление эффективных санкций за отдельные преступления, переосмысление средств исправления осужденных, исправительное воздействие на осужденного имеющимися возможностями. Достижению целей наказания, укреплению законности и обеспечению прав граждан в значительной степени способствует оперативно-розыскная деятельность. Это основанный на законе вид социально полезной государственной практики. Сущностной особенностью реализации этих действий и принимаемых решений является их юридический (властный) характер.

За последние годы списочная численность осужденных к уголовному наказанию достигла исторического минимума. По данным судебного Департамента при Верховном Суде РФ в 2019 г. осуждено 598 214 чел., что почти на 10 % меньше показателя 2018 г. (659 291 чел.)². Сократилось число привлеченных к уголовной ответственности женщин (83 703 чел.). Снизилось число осужденных совершеннолетнего возраста до 49 лет

(227 379 чел.). Основная масса осужденных постоянно проживала в России (546 351 чел.); 5 868 чел. не имели определенного места жительства. Среднее образование имели 215 тыс. осужденных, почти столько же имели среднее профессиональное образование, что составляет около 71 % от числа привлеченных к уголовной ответственности. В 2019 г. совершили преступления почти 50 тыс. человек, имеющих дипломы о высшем профессиональном образовании. Среди осужденных 168 тыс. бывших сотрудников коммерческих организаций; студентов и учащихся – 18 тыс. чел. Из общего числа трудоспособных совершеннолетних осужденных в 2019 г. больше половины 382 899 чел. (64 %) не имели постоянного источника дохода. Очевидно, что явная и скрытая формы безработицы один из существенных факторов, влияющих на совершение преступлений.

За незаконный оборот наркотиков в 2019 г. на скамью подсудимых попало такое же число лиц, как и в 2018 г. Ранее совершавших преступления выявлено 38,4 %. В момент совершения преступления в состоянии алкогольного опьянения пребывало 29,9 %. По данным судебной статистики, в 2019 г. около 30,5 % (182 242 чел.) осуждены за умышленные, общественно-опасные деяния. Им назначены реальные сроки лишения свободы с отбыванием наказания в исправительных учреждениях.

Тревожным показателем следует назвать увеличение числа осужденных, отбывающих наказание за совершение тяжких и особо тяжких преступлений (на начало 2021 г. она достигла 87 %). Каждый четвертый осужденный отбывает наказание за убийство и умышленное причинение тяжкого вреда здоровью, каждый

¹ Подробнее см.: Состояние преступности в России за 2021 г. М., 2021.

² Отчет о числе привлеченных к уголовной ответственности и видах уголовного наказания за 12 месяцев 2018 г. // http://www.cdep.ru/userimages/sudebnaya_statistika/2018/k5-svod_vse_sudy-2018.xls (дата обращения - 10 мая 2021 г.).

десятый – за разбой и грабеж, более трети осужденных приговорены к длительным срокам лишения свободы, почти половина отбывают наказание второй раз и более. Приведенные данные официальной статистики свидетельствуют о сосредоточении в местах лишения свободы далеко не лучшей части осужденных. Прогностическая оценка криминогенной ситуации не дает оснований рассчитывать на ее быстрое положительное изменение, она определяется кризисной ситуацией в стране, тесно взаимосвязана с другими социальными и духовными явлениями в обществе.

Вышесказанное свидетельствует об актуальности задачи предупреждения и профилактики правонарушений, совершаемых осужденными, в том числе выявления и устранения причин и условий им способствующих.

Методы исследования

При проведении данного исследования автором использованы методы эмпирического получения знаний: исторический, системно-структурный, формально-логический, сравнительно-правовой анализ, метод толкования правовых норм; частные методы: наблюдение, статистический, контент-анализ материалов средств массовой информации. В совокупности указанные методы позволили комплексно исследовать рассматриваемый феномен как социальное, правовое явление, систематизировать закономерности его детерминации и основные направления развития.

Литературный обзор

Поиск наиболее эффективных путей достижения целей наказания имеет настоятельную потребность исследование отдельного комплекса вопросов социальной адаптации (ресоциализации) отбывших уголовные наказания осужденных. Ведение законопослушного образа жизни как важнейшее условие эффективной ресоциализации рассматриваемой категории лиц зависит от наличия социальных, экономических, психологических, медицинских и правовых условий, что в конечном итоге влияет на показатели рецидивной преступности [9, с. 33].

Усилия государственных и общественных структур, всего гражданского общества нацелены на поиск эффективных механизмов, обеспечивающих достижение заявленных целей, в первую очередь предупреждение возвращения бывших осужденных на преступный путь. Работа по ресоциализации освободившихся осужденных осуществляется по линии государственных и общественных организаций в пределах их

компетенции, ибо только путем сочетания государственных и общественных мероприятий можно обеспечить надлежащую борьбу с правонарушениями и в первую очередь с преступлениями. Предупреждение совершения правонарушений в широком понимании включает в себя как меры общего характера, так и специального. Общие меры предупреждения правонарушений основываются на самой природе социума, которая вносит значительные коррективы в жизнь россиян. Преодоление последствий кризиса периода пандемии, проведение государством системы мероприятий, направленных профилактику преступности, обеспечивают в частности, и успешное решение задачи по предотвращению правонарушений, совершаемых бывшими осужденными.

В системе государства имеется подсистема правоохранительных органов специального назначения, выполняющих социально полезные задачи и функции. Специальные меры предупреждения – это прежде всего мероприятия, направленные на пресечение правонарушений, на устранение причин и условий, способствующих совершению правонарушений, на исправление и перевоспитание лиц рассматриваемой категории.

Исследователи единодушны во мнении, что оперативно-розыскная деятельность – одна из основных составляющих механизма предупреждения преступлений, способна придать этой деятельности мощный импульс, создать оптимальные условия для эффективного функционирования институтов гражданского общества, без нее невозможна защита жизни, здоровья, прав и свобод человека и гражданина, обеспечение безопасности общества и государства от преступных посягательств [8, с. 16.].

Анализ научных публикаций позволяет говорить о том, что фундаментальные основы социальной адаптации лиц, освобождаемых и освобожденных из исправительных учреждений заложены и развиты такими учеными как О.А. Адоевская, В.В. Александрова, Е.Ю. Белова, А.В. Бриллиантов, В.В. Геранин, Ю.В. Голик, Ф.В. Грушин, С.М. Зубарев, О.В. Климанова, В.С. Комиссаров, Е.Э. Попова, А.В. Серебренникова, В.Н. Чорный и др.

Для современного понимания проблемы динамично развивающейся системы и специфичной деятельности, направленной на комплексное решение правовых, организационных вопросов ее осуществления особого внимания заслуживают исследования Т.В. Кленовой, В.И. Селиверстова, В.А. Уткина.

Среди зарубежных исследователей необходимо выделить К. Замбла (E. Zamble),

В.Л. Куинси (V.L. Quincey), Маруна (Maruna), Р. Мюллера (R. Müller), Дж. И. Дугласа (J.E. Douglas), внесших вклад в изучение содержания ресоциализации бывших осужденных и сдерживающих механизмов совершения повторных преступлений.

Подходы названных авторов к определению сущности реинтеграции в общество лиц, совершивших преступление, активизации социально полезного поведения в социально значимых сферах жизни так или иначе совпадают, однако в их работах по объективным причинам не проводилось всестороннее исследование вопросов оперативно-розыскного обеспечения этого процесса.

Анализ опубликованных работ (А.А. Бабушкин, 2017; К.К. Горяинов, 1918; С.С. Овчинский, 2016 и др.) позволяют констатировать важную проблему, суть которой заключается в недостаточном развитии существующей практики социально-правового надзора и контроля за отдельными категориями осужденных. Разумеется, речь идет не о всех освобожденных осужденных, а лишь о той части, которая упорно не желает вести правопослушный образ жизни, активно противопоставляет себя нравственным устоям общества, не скрывает приверженности к антиобщественным установкам и ценностям. Специалисты по статистическим показателям констатируют, что имеющаяся практика оказания контролирующего воздействия на лиц, находящихся под административным надзором недостаточно результативна.

Причинами сложившейся ситуации следует назвать совокупность факторов, к числу которых можно отнести разрушенную систему индивидуальной профилактики рецидива преступлений, существовавшую в советское время, несовершенство института оказания помощи освобожденным, законодательно не закрепленный субъектный состав осуществления соответствующей деятельности.

Таким образом можно сделать вывод, что осознание необходимости решения стоящих перед правоохранительными органами задач требует повышения научного уровня предупреждения рецидивной преступности, всестороннего анализа причин и условий противоправного поведения, новых направлений организации оперативно-розыскной деятельности, основанных на возможностях современных научных технологий.

Результаты исследования

В теории оперативно-розыскной деятельности методологические проблемы оперативно-розыскной профилактики или оперативно-розыскного предупреждения

преступлений разрабатываются в рамках теории оперативно-розыскной профилактики. Одним из важных вопросов является разработка лексических понятий, относящихся к предупредительной деятельности; во многих работах некоторые разнородные термины отождествляются, при этом отсутствует строгое разграничение между нетождественными дефинициями [6, с. 99].

В доктрине специалистами понятие предупреждения преступности используется довольно широко. Оно подразумевает все виды противодействия преступности на государственном уровне. По сути это осуществляемая государственная политика, включающая меры правового, уголовно-процессуального, административного, социально-экономического и организационно-тактического характера по выявлению, устранению и нейтрализации причин преступности, отдельных видов преступлений как на социальном, так и личностно-микросредовом уровнях [10, с. 626].

Следует отметить закономерность, подчеркнутую С.С. Овчинским, что меры оперативной профилактики, достигают цели лишь при условии их индивидуализации [7, с. 189]. Индивидуализация мер профилактики и прогнозирование индивидуального противоправного поведения предполагает безошибочное определение объекта оперативного контроля, избрание благоприятного момента воздействия, методов и средств, целесообразных для каждого случая. На сегодняшний день специалисты отмечают применение все возрастающих интеллектуальных возможностей, системный подход [4].

Полагаем, оперативно-розыскное сопровождение ресоциализации освобожденных осужденных выступает как самостоятельная организационно-тактическая форма, где профилактическая работа осуществляется специальными субъектами одновременно и по нескольким направлениям. Во-первых, это своевременная диагностика отклоняющегося поведения объекта оперативного интереса, во-вторых – реализация индивидуального воздействия, вынужденный отказ от противоправных намерений; в-третьих – выявление и устранение причин и условий отклоняющегося поведения.

Оперативно-розыскная деятельность выступает как единый процесс, при котором искусственно можно определить отдельные элементы, отличающиеся по субъектам, нормативному правовому регулированию, целям проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Этим обуславливается ее специфика, структурная обособленность, самостоятельный характер в конкретно складывающейся ситуации. Эффективность противодействия негативным явлениям, отклонениям от норм права и морали требует рассмотрения одного из основных средств противодействия преступности – оперативно-розыскной деятельности и, в частности, информационно-аналитического обеспечения. Познавательная сторона оперативно-розыскной деятельности представляет собой непрерывный процесс выявления и изучения фактов, явлений, событий, связанных с пенитенциарной преступностью и нарушениями режима содержания [15, с. 140]. Оперативно-розыскная деятельность объективно нуждается в информации, поскольку играет роль базиса в организации системы анализа и оценки, входит в число обязательных структурных элементов принятия управленческих решений.

Решение обозначенной проблемы в рамках гносеологической и профилактической функций ставит задачи целенаправленного использования новых технических возможностей в принятии управленческих решений, системного анализа разноплановой информации.

Научная дискуссия

В Российском государстве наблюдаются определенные позитивные тенденции прямо или косвенно связанные с формированием уголовно-правовой политики борьбы с преступностью. Идет сложный поиск эффективной системы воздействия на криминальные процессы, реализующей комплексный подход к формированию и выполнению имеющихся в этой сфере задач, координации усилий и взаимодействия правовых институтов. Политическая воля руководства страны привела к существенной корректировке содержания уголовного законодательства, широкого применения мер уголовно-правового характера, не связанных с лишением свободы. Это приводит к объективной необходимости регулирования общественных отношений в ходе их реализации [2]. Очевидно, что в этих условиях оперативно-розыскная деятельность, как один из наиболее эффективных видов государственной деятельности не только в сфере борьбы с преступностью, но и в сфере обеспечения безопасности, должна гибко и оперативно реагировать на данные изменения [11, с. 9–10]. В

достижении цели предупреждения совершения новых преступлений отдельные категории лиц, склонные к совершению правонарушений, нуждаются в оперативно-розыском контроле [1, с. 266]. Их качественные и количественные характеристики не могут быть определены иначе, чем посредством имеющихся информационных возможностей оперативно-розыскной деятельности [5, с. 5]. Насущной представляется задача создания целостной концепции воздействия на противоправные проявления рассматриваемой категории лиц всеми участниками российского общества. Какая роль в решении этой задачи может быть отведена информационно-аналитическому обеспечению в современном правовом представлении?

Сравнительно-правовой анализ современных концепций уголовно-правовой политики зарубежных стран свидетельствует об изменении теоретической модели обеспечения безопасности общества с учетом социальных реалий [14, с. 259–274]. В частности, относительно комплекс вопросов социальной адаптации бывших осужденных отмечается осуществление государствами комплекса мер превентивного характера с учетом специфики и деятельности правоохранительных органов [3, с. 29]. В стратегических программных документах и директивных предписаниях нашли отражение принципиально новые подходы к обеспечению безопасности, проявляющиеся в выраженной потребности выявления неблагоприятных событий, явлений, фактов, тенденций, способствующих постпенитенциарному рецидиву [12, с. 284–296]. Стоящие задачи профилактики правонарушений лицами, освобожденными из исправительных учреждений, решаются субъектами уголовной политики в рамках единой концепции исправления преступников с соблюдением условий координации усилий³. К примеру, в «Современной стратегии предупреждения преступности» (Великобритания, март 2016 г.) особо отмечена ключевая роль применения информационных технологий как эффективного инструмента в подготовке и принятии юридически значимых решений [13].

Таким образом, информация выступает базисом инноваций и модернизаций. Переосмысление прежних подходов необходимо для преодоления бессистемного подхода к сбору

³ См., например: Ministry of Justice. Prison Safety and Reform. London. 2016. // URL: <https://www.gov.uk/government/publications> (дата обращения - 01 августа 2021 г.); Ministère de la Justice. Le Plan Pénitentiaire. France, 2018 // http://www.justice.gouv.fr/art_pix/dp_plan_penitentiaire_20180912.pdf (дата обращения - 01 августа 2021 г.); Handbook on Dynamic Security and Prison Intelligence. New York, 2015. // <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC> (дата обращения - 01 августа 2021 г.).

оперативной информации, рассогласованности действий субъектов. Всякая система обладает новыми качествами, которые не сводимы к сумме качеств ее элементов. Информационно-аналитическое обеспечение оперативно-розыскной деятельности, по нашему мнению, обладает новыми качествами. Этот правовой институт придает упорядоченность информационным потокам, представляющим оперативный интерес, циркулирующим на

уровне отдельного учреждения, одного субъекта либо Российской Федерации в целом; на основе научных положений обогащает методологию построения банков данных оперативно-розыскного назначения. Именно поэтому изучение событий, явлений и процессов в динамике, представление в системном виде обуславливает принятие эффективных управленческих решений в этой сфере.

Список использованной литературы:

1. Бабушкин А.А. Правовые вопросы формирования системы оперативно-розыскного контроля за лицами, склонными к совершению преступлений // Актуальные проблемы теории оперативно-розыскной деятельности: сб. науч. трудов / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского. С. 261–273.
2. Байдильдина Р.К. Организационно-правовой механизм взаимодействия службы пробации министерства внутренних дел республики Казахстан с иными правоохранительными органами и органами исполнительной власти общей компетенции регионального и районного уровней: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2021.
3. Калужина М.А. Особенности обеспечения безопасности общества и заключенных в пенитенциарных учреждениях США // Юридический вестник Кубанского государственного университета. 2015. № 2 (23). С. 29–31.
4. Кондратюк Л.В., Овчинский В.С. Криминологическое измерение / Под ред. Горяинова К.К. М., 2008.
5. Кудрявцев А.В. Теоретические и прикладные проблемы оперативно-розыскной деятельности в уголовно-исполнительной системе России: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Владимир, 2013.
6. Лукашов В.А. Оперативно-розыскное предупреждение преступлений // Оперативно-розыскная деятельность органов внутренних дел. Особенная часть. М., 1982.
7. Овчинский С.С. Оперативно-розыскная информация: монография / Под ред. Овчинского А.С., Овчинского В.С. М., 2020.
8. Проблемы оперативно-розыскной деятельности: избр. работы / Сост. Горяинов К.К., Исиченко А.П., Вандышев А.С. М., 2005.
9. Социальная адаптация (ресоциализация) лиц, освобождаемых и освобожденных из исправительных учреждений: итоги теоретического исследования. М., 2020.
10. Старков О.В. Криминология. Теория и практика: учебник для вузов. М., 2019.
11. Шумилов А.Ю. Криминальная безопасность – истинная цель оперативно-розыскной деятельности? // Оперативник (сыщик). 2007. № 3 (12). С. 9–10.
12. Brantingham P.J., Faust F.L. A Conceptual Model of Crime Prevention // Crime and Delinquency. 1976. T. 22. Вып. 3. С. 284–296.

References:

1. Babushkin A.A. Legal issues of the formation of a system of operational-search control over persons prone to committing crimes // Actual problems of the theory of operational-search activity: collection of articles. scientific. works / Ed. by Goryainov K.K., Ovchinsky V.S. Pp. 261–273.
2. Baydildina R.K. Organizational and legal mechanism of interaction of the probation service of the Ministry of Internal Affairs of the Republic of Kazakhstan with other law enforcement agencies and executive authorities of general competence of the regional and district levels: thesis ... Candidate of Law. Moscow, 2021.
3. Kaluzhina M.A. Features of ensuring the safety of society and prisoners in US penitentiaries // Legal Bulletin of the Kuban State University. 2015. № 2. (23). Pp. 29–31.
4. Kondratyuk L.V., Ovchinsky V.S. Criminological dimension / Ed. by Goryainov K.K., Moscow, 2008.
5. Kudryavtsev A.V. Theoretical and applied problems of operational-search activity in the penitentiary system of Russia: abstract ... Doctor of Law. Vladimir, 2013.
6. Lukashov V.A. Operational-search prevention of crimes // Operational-search activity of the internal affairs bodies. The special part. Moscow, 1982.
7. Ovchinsky S.S. Operational-search information: monograph / Ed. by Ovchinsky A.S., Ovchinsky V.S.
8. Problems of operational-search activity: elected work / Comp. Goryainov K.K., Isichenko A.P., Vandyshev A.S. Moscow, 2005.
9. Social adaptation (resocialization) of persons released and released from correctional institutions: the results of a theoretical study. Moscow, 2020.
10. Starkov O.V. Criminology. Theory and practice: a textbook for universities. Moscow, 2019.
11. Shumilov A.Yu. Criminal security - the real goal of the operational-search activity? // Operative (detective). 2007. № 3 (12). Pp. 9–10.
12. Brantingham P.J., Faust F.L. A Conceptual Model of Crime Prevention // Crime and Delinquency. 1976. Vol. 22. Issue. 3. Pp. 284–296.

13. Modern Crime Prevention Strategy // URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/509831/6.1770_Modern_Crime_Prevention_Strategy_final_WEB_version.pdf.

14. Smith G.J.D., Moses L.B., Chan J. The challenges of doing business in the big data era // British Journal of Criminology. 2017. Т. 57. Вып. 2. С. 259–274.

15. Taylor I., Walton P., Young J. The New Criminology: For a Social Theory of Deviance. London, 1973. С. 140–161.

13. Modern Crime Prevention Strategy // URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/509831/6.1770_Modern_Crime_Prevention_Strategy_final_WEB_version.pdf.

14. Smith G.J.D., Moses L.B., Chan J. The challenges of doing business in the big data era // British Journal of Criminology. 2017. Т. 57. Вып. 2. С. 259–274.

15. Taylor I., Walton P., Young J. The New Criminology: For a Social Theory of Deviance. London, 1973. Pp. 140–161.

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО;
АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

**ПОНЯТИЕ ОХРАНЫ ЗДОРОВЬЯ НАСЕЛЕНИЯ
В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
КАК ОБЪЕКТА АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО
РЕГУЛИРОВАНИЯ**

**THE CONCEPT OF PUBLIC HEALTH PROTECTION
IN THE RUSSIAN FEDERATION
AS AN OBJECT OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL
REGULATION**

DOI: 10.31429/20785836-13-3-46-50

Епифанова Елена Владимировна
кандидат юридических наук, доцент
профессор кафедры теории и истории государства и права
ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»
ID ORCID: 0000-0002-6611-8031
Author ID: 57200340983

Epifanova Elena Vladimirovna
Candidate of Legal Sciences, Associate professor
Professor of the Theory and history of state and law department
Kuban State University

Аннотация: В статье рассмотрен понятийный аппарат деятельности по охране здоровья человека как системы общественных отношений, подлежащих административно-правовому регулированию для достижения целей государственной политики.

Целью работы выступает анализ теоретических и нормативных конструкций, отражающих подход к охране здоровья в соответствии с вызовами, обусловленными пандемийной ситуацией в мире и угрозами появления новых заболеваний, влияющих на безопасность общества.

Задачами работы является рассмотрение особенностей законодательства, регулирующего фундаментальные понятия здравоохранительной деятельности, а также теоретических подходов к данной проблематике.

Для работы характерно применение, стандартных методов анализа, эвристики и аксиологии, а также метода сравнительного правоведения для учета новейших достижений зарубежных теоретических школ.

Результатами работы является вывод о контрпродуктивности имеющихся в теориях отраслей публичного права предложений предельно широкой нормативной трактовки термина «здоровье» с включением в него понятия социального благополучия. Реально соответствующим целям, задачам и возможностям государственного управления конкретной отраслью выступает подход (фактически поддержанный российским законодателем), предполагающий, что охрана здоровья направлена на охрану психического и физического здоровья, исключая регулирование социального аспекта.

Ключевые слова: медицинское право, охрана здоровья, объект административно-правового регулирования, законодательство об охране здоровья.

Annotation: The article examines the conceptual framework of human health protection as a system of social relations subject to administrative and legal regulation in order to achieve the goals of state policy.

The aim of the study is to analyze the theoretical and normative constructions that reflect the approach to health protection in accordance with the challenges posed by the pandemic situation in the world and the threats of the emergence of new diseases affecting the safety of society.

The objectives of the article are to consider the features of the legislation that regulates the fundamental concepts of health care, as well as theoretical approaches to this issue.

The article is characterized by the use of standard methods of analysis, heuristics and axiology, as well as the method of comparative jurisprudence to take into account the latest achievements of foreign theoretical schools.

The results of the research are the conclusion about the counterproductiveness of the proposals for an extremely broad normative interpretation of the term "health" in the theories of the branches of public law with the inclusion of the concept of social well-being. The approach (actually supported by the Russian legislator), which assumes that health protection is aimed at protecting mental and physical health, excluding the regulation of the social aspect, is actually consistent with the goals, objectives and capabilities of state management of a particular industry.

Keywords: medical law, health protection, the object of administrative and legal regulation, legislation on health protection.

Введение

Традиционно в российской административно-правовой теории объект государственного управления понимается через категорию совокупности общественных отношений. Причем, речь может идти как об индивидуализированных объектах – конкретный человек или организация, как объекты микроуровня, так и о совокупности организаций, индивидуальных предпринимателей и коллективов физических лиц, как об объектах мезоуровня.

Мезоуровень публичного управления неоднороден и характеризуется многообразием отраслевых и межотраслевых связей. Выделим отрасли управления как относительно однородные с точки зрения целей группы общественных отношений, определяемые организационными и экономическими критериями, и сферы государственного управления носящие межотраслевой характер. И хотя граница между данными объектами государственного управления весьма условна, можно констатировать, что система органов публичного управления здравоохранением имеет и отраслевые (Министерство здравоохранения Российской Федерации) и межотраслевые начала (Росздравнадзор), то есть здравоохранение, как объект государственного управления в действующем законодательстве рассматривается и как отрасль, и как сфера управления. Это обусловлено тем, что сам характер здравоохранения весьма сложен и требует отдельного управленческого, и правового анализа.

Методы исследования

Российская правовая наука, нацеленная на теоретически обоснованное наполнение правовой системы, России стремится к эффективной реализации базовых прав граждан в сфере здоровья. Данный тезис предопределяет использование эвристических и аксиологических методов исследования, наряду с методом системного анализа правовых и управленческих явлений, а также наряду с методами

сравнительного правоведения в контексте изучения опыта иностранных государств.

Результаты исследования

Оценивая понятие публичного управления с легальных позиций, мы констатируем, что *регулятором этого вида деятельности выступает синтез отраслей права, центральное место среди которых занимает административное право, осуществляющее регуляторное воздействие на основе конституционно-правовых принципов и с учетом особенностей правового регулирования публичных финансов и внутрикорпоративного (внутриорганизационного) управления.*

Публичное управление в сфере здравоохранения по своему содержанию шире понятия «государственное управление в сфере здравоохранения», но уже понятия «социальное управление» в силу того, что охватывает лишь ту часть корпоративного управления медицинскими организациями, которое в силу требований закона носит публично-властный характер в рамках так называемого публичного аутсорсинга.

Социальное благополучие слишком сложное и многогранное явление, чтобы выделять его в качестве одного из признаков здоровья. На наш взгляд имеет место обратная ситуация – здоровье выступает частью социального благополучия. Принятие такой теоретической позиции требует изменений не только в национальном законодательстве России, но и в актах Всемирной организации здравоохранения в части трактовки термина «здоровье».

Научная дискуссия

Представители социологии как правило, отождествляют публичное и государственное управление, не вдаваясь в подробности разграничения полномочий между уровнями власти и концентрируя внимание на управленческих методах и моделях организации публичного управления [1, с. 11]. В рамках сложившегося научного консенсуса в российской административно-правовой теории конечно же публичное управление выглядит

более широким явлением в сравнении с государственным.

В США, по сведениям Dubois Hans F.W. (с соавт.), «изучение public administration отличалось и от традиционного европейского его изучения, когда наука публичного управления рассматривалась как форма административного права, так и от изучения публичного управления как синтеза элементов политологии, административного права, социологии и государственных финансов» [15, с. 705].

Развитие публично-управленческой теории «в США исходило из представлений о ней «как о науке, имеющей не только теоретический (теоретико-правовой), но и, главным образом, практико-прикладной характер, призванной способствовать улучшению функционирования администрации, профессионализации государственного аппарата, его отделению от политики» [3, с. 68].

Российская реинкарнация государственных корпораций обновило понятие «корпоративное управление». Оно не сводится к внутриорганизационному управлению организациями, не являющимися органами публичной власти. Государственная корпорация предполагает введение в научный оборот термина «публично-корпоративное управление», объединяющего в себе оба этих типа социального управления.

Среди работ, которые в мировой практике легли в основу использования корпоративных методов управления публичными делами, выделим теорию М. Массенета «New public management» 1975 г., которая имеет массу активных последователей [14], включая так называемое постновое государственное управление (Post-New Public Management (P-NGP)) [13].

Этот вид управления наряду с государственным и муниципальным управлением может рассматриваться в качестве составного элемента публичного управления.

В социологической науке отдельные авторы, в частности, М.С. Байнова считает, что «объект государственного управления может выступать как общество в целом, так социальные отношения в обществе, которые могут быть подвергнуты государственному регулированию» [2, с. 51].

Традиционно здравоохранение рассматривается в системном толковании с понятием «здоровье». Имеет место разграничение понятий «медицинская деятельность», «охрана здоровья», «санитарно-

эпидемиологическое благополучие». В современных работах по теории медицинского права делается попытка разграничить понятия медуслуги и медпомощь [6, с. 30-35].

Термин «здоровье» имеет легальное определение в Преамбуле Устава Всемирной Организации Здравоохранения¹, включая в себя физическое, психическое и социальное благополучие, а также доктринальные трактовки.

Отметим, что отечественный законодатель в этой части копировал определение термина «здоровье», данное в Уставе ВОЗ.

Доктринально различные авторы пытаются привнести в понятие «здоровье» субъективные или объективные элементы. О.А. Рагимова исходит из «толкования здоровья как способности индивидуума осуществлять присущие ему биологические и социальные функции, в частности, способности к выполнению общественно полезной деятельности» [8, с. 45]. А.В. Степанова считает, что «дефиниция понятие здоровье, закрепленная в законе должна содержать конкретные медицинские показатели, при соответствии которым человек может считаться здоровым» [9, с. 473].

По данным А.С. Шатиловой «в настоящее время насчитывается от 80 до 300 определений термина «здоровье», отражающих как эволюцию представлений о нем во времени, так и его качественные признаки с точки зрения той или иной науки» [12, с. 51].

В подобных условиях отсутствия качественно приемлемого доктринального единства взглядов на понимание здоровья, продуктивным для целей правового регулирования публичного управления представляется подход анализа существующего легального понимания этого термина и его производных.

С позиций управленческих систем необходимо оценить целеполагание и реальную перспективу использования конкретного содержания понятия заявляемого объекта управления. И если физическое и психическое благополучие человека зависят в известной степени от уровня развития медицины, то есть вписываются в парадигму государственного управления конкретным объектом, то по поводу социального благополучия возникают сомнения, связанные с корректностью целеполагания при включении данного признака в понятие здоровье.

В этой связи мы согласны с позицией Г.П. Медведевой и Я.В. Шимановской о том, что

¹ Устав (Конституция) Всемирной Организации Здравоохранения (Нью-Йорк, 22 июля 1946 г.) // Доступ из ИПО «Гарант».

«социальное благополучие индивида и общества представляет собой гармонию внешнего и внутреннего в индивиде (обществе) в соответствии с конкретно-историческим уровнем и качеством развития потребностей» [5, с. 297].

Е.А. Третьякова и Д.В. Шимановский пишут: «качество жизни населения во многом зависит от состояния здоровья. Хронические заболевания часто не позволяют человеку раскрыть свой экономический и культурный потенциалы, ведут к снижению производительности труда, уменьшению степени социализации и отсутствию возможностей к саморазвитию и семейному благополучию. Благоприятная экологическая обстановка является тем фактором, который способствует снижению заболеваемости населения хроническими болезнями и повышению качества жизни» [11, с. 147]. Эти размышления авторов – аргумент в пользу высказанного нами довода о логической ошибке законодателя, слепо скопировавшего зарубежную концепцию понятия здоровья.

Н.Н. Сутаева и Ж.Б. Марголина указывают на множественность теорий социального благополучия, включая медицинские, психологические, экономические, этико-философские, социально-политические, экологические, социологические и подчеркивают, что «однонаправленное изучение благополучия не является не только исчерпывающим, но и наталкивается нередко на противоречия» [10, с. 59], приводя при этом пример лиц с ограниченными возможностями здоровья с физической точки зрения, но абсолютно удовлетворённых с точки зрения социального благополучия.

Не удивительно, что в законодательстве об охране здоровья речь не идет об охране социального благополучия. Пункт 2 статьи 2 Федерального закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»² терминологически закрепляет охрану здоровья только в физическом и психическом аспектах.

Понимание охраны здоровья связано со спецификой публичной правосубъектности. Публичная правосубъектность неоднородна по своему содержанию. В частности, различается

конституционно-правовая, административная, уголовно-правовая правосубъектность. Не вдаваясь в этой части исследования в дискуссию о содержании отдельных составных элементов административной правосубъектности, отметим, что в юридической литературе, в частности, А.А. Малышевой, ставится вопрос об изменении формулировки понятия «охрана здоровья граждан» в связи с защитой прав эмбрионов. Со своей стороны, заметим, что такой подход приравнивает эмбриона к гражданину и проистекает из особенностей частно-правового подхода где действительно могут учитываться особенности защиты имущественных интересов зачатых, но не родившихся детей. В административном праве субъект права всегда конкретизирован в отличие, например, от конституционного права, где встречаются формулировки типа «народ», «субъект Российской Федерации» и тому подобные юридические фикции. Эмбрион не может быть конкретизирован как субъект права, которого защищают без привязки к вынашивающему его лицу.

Гипотетически даже можно предположить, что в некоей перспективе мы столкнемся с выращиванием эмбрионов в человека без биологического носителя и вот тогда со всей очевидностью встанет вопрос о критериях перехода от того, что мы сейчас называем внутриутробным развитием к постнатальному развитию.

Таким образом, мы считаем, что на данном этапе развития общества, биологических технологий, сложившихся этических представлений, говорить об охране здоровья в публично-правовом смысле можно только с момента рождения лица.

Научная дискуссия позволяет говорить о том, что не всегда слепое копирование международных актов являет собой высокий уровень юридической техники и существа, духа закона применительно к конкретным условиям страны. Порой международные акты формулируют некую перспективу развития, но не учитывают ментальности, фактического положения дел, экономических возможностей данного социума.

Список использованной литературы:

1. Абрамова О.Г., Мухашев Р.Т. Новая модель публичного управления для современной России // Тренды и управление. 2017. №3. С. 11-32.

References:

1. Abramova O.G., Mukhashev R.T. A new model of public administration for modern Russia // Trends and Management. 2017. № 3. Pp. 11-32.

² Федеральный закон «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ (в ред. от 2 июля 2021 г. № 358-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2021. № 48. Ст. 6724; 2021. № 27 (ч. 1). Ст. 5186.

2. Байнова М.С. Понятие государства и системы государственного управления // Материалы Афанасьевских чтений. 2016. № 1. С. 49-55.

3. Барабашев А.Г., Гуселетова Е.Л. Исследование публичного управления в США: истоки, этапы развития, современное состояние, эволюция образовательных программ // Вопросы государственного и муниципального управления. 2010. № 2. С. 66-80

4. Купряшин Г.Л. Публичное управление // Политическая наука. 2016. № 2. С. 101-127.

5. Медведева Г.П., Шимановская Я.В. Социальное благополучие как смысл социальной деятельности // Право и практика. 2018. № 4. С. 293- 299

6. Пономарев Н.С. Реформа здравоохранения в контексте защиты прав пациентов // Медицинское право. 2018. № 6. С. 30–35.

7. Попов Л.Л., Мигачев Ю.И. Административное право Российской Федерации: учебник / Отв. ред. Попов Л.Л. М., 2019.

8. Рагимова И.А. Теоретические основы определения понятия здоровья // Известия Саратовского университета. Серия Философия, психология, Педагогика. 2009. Т. 9. Вып. 2. С. 41-47.

9. Степанова А.В. Дефиниция «здоровье»: проблемы нормативного определения // Молодой ученый. 2017. № 3 (137). С. 473-475.

10. Сутаева Н.Н., Марголина Ж.Б. Социальное благополучие в современных условиях как научная и учебная проблема // Вестник НВГУ. 2017. № 3. С. 57-62.

11. Третьякова Д.А., Шимановский Д.В. Социальное благополучие и эколого-экономическая динамика: аналитическая модель // Проблемы прогнозирования. 2020. № 1. С. 146-154.

12. Шатилина А.С. Конституционно-правовое измерение репродуктивного здоровья: terra incognita? // Конституционное и муниципальное право. 2021. № 3. С. 51-57.

13. Chica-Velez, Sergio Alberto; Salazar-Ortiz, Cristian Andreas Post-new public management, governance and innovation.three concepts regarding organizational form and public management // Opera-Colombia. 2021. № 28. С. 17-51.

14. Criado J. Ignacio, Dias Thiago Ferreira, Sano Hironobu с соавт. Public Innovation and Living Labs in Action: A Comparative Analysis in post-New Public Management Contexts // International journal of public administration. 2021. № 44. Вып. 6. С. 451-464.

15. Dubois Hans F.W., Fattore Giovanni International Journal of Public Administration. Routledge Taylor & Francis Group. 2009. № 32 (8). С. 704-727.

2. Bainova M.S. The concept of the state and the system of public administration // Materials of Afanasyev's readings. 2016. № 1. Pp. 49-55.

3. Barabashev A.G., Guseletova E.L. Research of public administration in the USA: origins, stages of development, current state, evolution of educational programs // Questions of state and municipal administration. 2010. № 2. Pp. 66-80.

4. Kupryashin G.L. Public administration // Political Science. 2016. № 2. Pp. 101-127.

5. Medvedeva G.P., Shimanovskaya Ya.V. Social well-being as the meaning of social activity // Law and Practice. 2018. № 4. Pp. 293-299.

6. Ponomarev N.S. Health care reform in the context of protecting the rights of patients // Medical Law. 2018. № 6. Pp. 30–35.

7. Popov L.L., Migachev Yu.I. Administrative law of the Russian Federation: textbook / Ed. by Popov L.L. Moscow, 2019.

8. Ragimova I.A. Theoretical foundations of the definition of the concept of health // Izvestiya Saratov University. Series Philosophy, Psychology, Pedagogy. 2009. Vol. 9. Issue. 2. Pp. 41-47.

9. Stepanova A.V. Definition of "health": problems of normative definition // Young scientist. 2017. № 3 (137). Pp. 473-475.

10. Sutaeva N.N., Margolina Zh.B. Social well-being in modern conditions as a scientific and educational problem // Vestnik NVGU. 2017. №. 3. Pp. 57-62.

11. Tretyakova D.A., Shimanovsky D.V. Social well-being and ecological and economic dynamics: an analytical model // Problems of forecasting. 2020. № 1. Pp. 146-154/

12. Shatilina A.S. The constitutional and legal dimension of reproductive health: terra incognita? // Constitutional and municipal law. 2021. № 3. Pp. 51-57.

13. Chica-Velez, Sergio Alberto; Salazar-Ortiz, Cristian Andreas Post-new public management, governance and innovation.three concepts regarding organizational form and public management // Opera-Colombia. 2021. № 28. Pp. 17-51.

14. Criado J. Ignacio, Dias Thiago Ferreira, Sano Hironobu с соавт. Public Innovation and Living Labs in Action: A Comparative Analysis in post-New Public Management Contexts // International journal of public administration. 2021. № 44. Issue 6. Pp. 451-464.

15. Dubois Hans F.W., Fattore Giovanni International Journal of Public Administration. Routledge Taylor & Francis Group. 2009. № 32 (8). Pp. 704-727.

О СУЩНОСТИ И СИСТЕМЕ ВИДОВ МИГРАЦИОННЫХ ПОТОКОВ В РАМКАХ КОНЦЕПЦИИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ МИГРАЦИОННОЙ ПОЛИТИКИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ON THE ESSENCE AND SYSTEM OF TYPES OF MIGRATION FLOWS WITHIN THE FRAMEWORK OF THE CONCEPT OF STATE MIGRATION POLITICIANS OF THE RUSSIAN FEDERATION

DOI: 10.31429/20785836-13-3-51-56

Жеребцов А.Н.

*доктор юридических наук, профессор
профессор кафедры административной деятельности органов внутренних дел
ФГКОУ ВО «Краснодарский университет МВД России»
ID ORCID: 0000-0002-7392-279X
Author ID: 681537*

Sherebzov A.N.

*Doctor of Law, Professor
Professor of Law administrative affairs of the internal affairs bodies department
Krasnodar University of the Russian Interior Ministry*

Аннотация: В представленной статье предпринята попытка рассмотрения понятия, сущности и видов такого малоизученного явления как миграционный поток. Выступая ключевым объектом публичного управления, миграционный поток выступает многоотраслевым явлением, применяемым как социолого-демографической, экономической, так и правовой наукой, и законодательством. При этом сформированное иными гуманитарными науками подход к пониманию категории «миграционный поток» не отвечает потребностям административно-правового регулирования. В этой связи в работе проведен анализ имеющихся не многочисленных подходов к данному понятию, сформулировано его определение, раскрыта сущность, которая заключается в том, что миграционный поток в правовом смысле является миграционно-правовым отношением. Основываясь на приведенном подходе к пониманию миграционного потока, предложена система дифференциации их видов, основанная на объективных социальных связях, возникающих между мигрантов и миграционным органом, потребностях в административно-правовом регулировании, основанных на концепции государственной миграционной политики Российской Федерации.

Ключевые слова: миграционный поток, миграция, стратегическое планирование, объект публичного управления, мигрант, миграционный процесс, миграционное право, механизм административно-правового регулирования.

Annotation: This article attempts to examine the concept, essence and types of such a little-studied phenomenon as a migration flow. As a key object of public administration, the migration flow is a diversified phenomenon used by both sociological and demographic, economic, and legal science and legislation. At the same time, the approach to understanding the category of "migration flow" formed by other humanities does not meet the needs of administrative and legal regulation. In this regard, the paper analyzes the existing non-numerous approaches to this concept, formulates its definition, reveals the essence, which is that the migration flow in the legal sense is a migration and legal relationship. Based on the above approach to understanding the migration flow, a system of differentiation of their types based on objective social ties arising between migrants and the migration authority, the needs for administrative and legal regulation based on the concept of the state migration policy of the Russian Federation is proposed.

Keywords: migration flow, migration, strategic planning, object of public administration, migrant, migration process, migration law, mechanism of administrative and legal regulation.

Введение

Потребность в осуществлении публичного управления процессами территориальной мобильности населения

признается всем цивилизованным миром, особенно это актуализируется на фоне возникающих в мире миграционных кризисов, потребностью решения демографических

проблем отдельных государств, перенаселенностью отдельных территории и отсутствием «жизненного пространства». При всем при этом встает остро вопрос: чем же мы управляем в сфере территориальной мобильности общества? На что направлена управленческая воля властвующего? Предлагая систему управляемых объектов публичного управления территориальной мобильностью населения, как состоящую из мигранта, миграционного потока, сферы миграции (как миграционного процесса территориальной мобильности населения) [3, с. 4; 4. с. 33-34], мы отмечали, что ключевым видом объекта управленческого воздействия в сфере территориальной мобильности выступает миграционный поток. Между тем проблемы понимания и видовой дифференциации миграционных потоков, к сожалению, остаются открытыми до настоящего времени. Это порождает проблемы, не только связанные с разработкой в актах стратегического планирования государственной миграционной политики, но и формирования административно-правового механизма государственного регулирования миграционных процессов. Исследование сущности и системы видов миграционных потоков является необходимым условием законодательного обеспечения государственной миграционной политики страны, а также формирования административно-правовых и организационных основ обеспечения публичного управления миграцией населения. Следует подчеркнуть то обстоятельство, что эффективное осуществление любого публичного управления невозможно без надлежащего правового обеспечения данного вида государственной деятельности, формирования правового механизма его обеспечения. Все это, на наш взгляд, обосновывает актуальность исследования вопросов сущности и видового многообразия административно-правового регулирования миграционных потоков, как объектов публичного управления.

Методы исследования

Основой исследования выступает диалектическая мировоззренческая методология познания такого явления как миграционный поток, основанная на методах анализа, синтеза, дедукции, индукции, сравнения и т.д. Особое место в системе методов познания сущности и видов миграционных потоков занимают методы метафизического исследования сущности миграционного потока, различения сущего и должного в праве, системного анализа правовых явлений, юридической герменевтики.

Результаты исследования

В ходе изучения поставленных проблем мы пришли к следующим основным выводам:

1. Миграционный поток следует понимать как совокупность лиц, участвующих в сходных территориальных перемещениях в пределах административных границ или через их пределы, и закрепленных в системе однородных нормативно-правовых предписаниях, обособленных из общей системы многообразных миграционных процессов по признаку причины, цели, правовым основаниям, видам субъектов, наделяемых специальным правовым статусом;

2. Сущность миграционного потока как объекта публичного управления заключается в том, что он представляет собой системы взаимосвязанных миграционно-правовых отношений, возникающих между мигрантов и органом исполнительной власти (должностным лицом), в результате которого данный мигрант приобретает, реализует, изменяет или прекращает специальный административно-правовой статус;

3. В основе выделения основных видов миграционных потоков лежит территория как материальная основа горизонтальной (территориальной) мобильности общества. Этот критерий позволяет выделить поток внутригосударственной и межгосударственной (международной) миграции. Все остальные миграционные потоки производны от указанных и дифференцируются по критерию вида объективных социальных связей, возникающих между мигрантом и органом (должностным лицом) публичного управления, и нуждающиеся в административно-правовом регулировании, что в конечном счете предопределяется концепцией государственной миграционной политики Российской Федерации.

Научная дискуссия

Категория «миграционный поток» сформирована в социально-демографической науке и определяется как «... совокупное число мигрантов (или миграций), имеющих общие районы прибытия и выбытия в течение данного отрезка времени» [2. с. 177-178; 6, с. 231]. При этом данное лаконичное определение уточняется положениями, в соответствии с которыми структура миграционного потока может складываться из половых и возрастных критериев дифференциации мигрантов, их семейному положению, национальному происхождению, времени проживания в местах исхода, образованию, профессиям и т.д., включая географический и поселенческий срез территориальной мобильности [8]. На миграционный поток оказывают существенное влияние численность населения территорий

убытия и прибытия мигрантов, этническое, хозяйственное и природное сходство территорий, исторически сложившиеся связи и т.д. [7, с. 73; 8]. Аналогичное определение миграционного потока содержалось в п. 3 Федеральной миграционной программы, утвержденной постановлением Правительства Российской Федерации от 3 августа 1996 г. № 935¹.

В иностранной науке высказывается своеобразная прагматическая концепция миграционного потока, которая основана на происходящих в XX в. в мире миграционных процессах, и определяется как концепция «смешанных миграционных потоков». Международная организация миграции определяет смешанные миграционные потоки как включающие в себя все виды миграции, т.е. является сложным потоком перемещения населения, включающим беженцев, просителей убежища, экономических мигрантов и других видов мигрантов [9]. В этой связи концепция смешанных миграционных потоков стала ответом на возникшую проблему разграничения вынужденных и экономических (трудовых) мигрантов, которая актуализировалась во второй половине XX в. [10, с. 3; 15, с. 29]. При этом поток экономической (трудовой) внешней миграции трансформировался в поток внешней миграции на постоянное жительство иностранных граждан (лиц без гражданства) [11, с. 9-17; 12, с. 43]. Таким образом, смешанный миграционный поток трансформировался в потоки вынужденной, трудовой миграции и миграции на постоянное место жительства. Из данной концепции следует, что смешанный миграционный поток как реальная межгосударственная (международная) территориальная мобильность населения, нуждающаяся в управлении и правовом регулировании, выступает основным миграционным потоком, подлежащим дифференциации на виды, основываясь на эволюции развития миграционных процессов в XX в. [13, с. 2; 14]. Представляется, что предложенная концепция «смешанного миграционного потока» не отвечает на целый комплекс вопросов теоретического характера, а лишь инструментально объясняет реальные потоки внешней (международной) миграции населения.

В приведенных выше подходах к определению миграционного потока выделяются следующие признаки данного понятия: количественная характеристика, наличие

территорий выбытия и прибытия мигрантов (территориальный критерий), временная характеристика, дифференциация по различным социальным признакам, используемых социологической наукой в качестве критериев социальной стратификации общества. Представляется, что данный подход имеет социолого-демографическое значение, но не отражает в полной мере правовое значение рассматриваемого понятия. Не все критерии определяющие миграционный поток имеют правовое значение, например, такие критерии социальной стратификации мигрантов как национальность, социальное положение не могут иметь юридического значения, отдельные могут иметь или не иметь юридического значения, например, временной критерий в «маятниковой миграции» и временное пребывание иностранного гражданина или территориальный критерий межрегиональный имеет юридическое значение, внутрипоселенческое не всегда имеет или вообще не имеет юридического значения. В этой связи формирование адаптированного к праву понятия «миграционный поток» приобретает важное практическое значение необходимое для решения задач не только стратегического планирования в сфере миграции, но и формирования комплексного административно-правового регулирования миграционных процессов, а также как ключевого объекта данного публичного управления.

Миграционный поток следует воспринимать как обособленный в определенных временных границах, имеющий массовый (количественный) характер горизонтальной мобильности людей, связанных с пересечением административных границ государства. Мы ранее отмечали, что «миграционный поток представляет собой вид миграции населения, который осуществляется в рамках миграционного процесса, связанного с территориальным перемещением людей. Он носит ситуационно-массовый характер и связан с определенным изменением места нахождения лица» [5, с. 29]. Данные характеристики сущности миграционного потока являются едиными как для социолого-демографического, так и правового их определения. Однако для целей правового обеспечения государственной миграционной политики и деятельности по осуществлению публичного управления миграцией населения необходимо выделение именно правовых свойств (признаков) миграционного потока, так как не всякий формируемый вид миграционного потока

¹ Постановление Правительства РФ от 3 августа 1996 г. № 935 «Об уточнении Федеральной миграционной программы» // Собрание законодательства РФ. 1996. № 35. Ст. 4177.

подлежит административно-правовому регулированию и публичному управлению. Миграционный поток как видовая характеристика территориального движения (горизонтальной мобильности) населения характеризуется следующими признаками, имеющими юридическое значение для их выделения:

— функционирует в рамках миграционного процесса, складывающегося из трех стадий территориальной мобильности населения, где хотя бы одна нуждается в нормативно-правовом регулировании;

— причины территориальной мобильности людей: социально-культурная, изменение места жительства, трудовая деятельность, многообразные причины вынужденного выезда с места жительства;

— цель, которую преследует субъект миграции на различных стадиях миграционного процесса, подлежащая законодательному закреплению для формирования оснований въезда (выезда) мигранта с административной территории;

— правовые основания территориальной мобильности, определенные в миграционном законодательстве и определяющие правовое регулирование территориального перемещения населения;

— субъект миграционной мобильности, наделяемый специальным правовым статусом;

— вид территориального перемещения: внутренняя (внутрирегиональная и межрегиональная), внешняя (межгосударственная), т. е. направленность перемещения через административные границы, в пределах административной границы [5, с. 30].

Представленные признаки отражают правовые особенности миграционного потока, дают возможность выделять в массиве миграционных процессов выделить лишь те из них, которые подлежат правовой регламентации. Эти обстоятельства позволяют определять миграционный поток как *совокупность лиц, участвующих в сходных территориальных перемещениях в пределах административных границ или через их пределы, и закрепленных в системе однородных нормативно-правовых предписаниях, обособленных из общей системы многообразных миграционных процессов по признаку причины, цели, правовым основаниям, видам субъектов, наделяемых специальным правовым статусом.* В приведенном смысле миграционный поток объединяет в себе территориальные перемещения людей, нуждающиеся и подлежащие административно-правовому регулированию, с одной стороны, а с другой, являющиеся объектом публично-

управленческого воздействия и государственной миграционной политики. Но все же, на наш взгляд, данное определение, хотя и является вполне содержательным, но не раскрывает правовую сущность рассматриваемого явления.

В правовом смысле имеет значение не непосредственное территориальное перемещение определенных групп населения, а те отношения, в которые он вступает в ходе территориальной мобильности. Не все отношения, в которые вступает мигрант в процессе территориальной мобильности, подлежат регулированию, а лишь те, в которые вступает любой гражданин, приобретая определенные блага и отношения, в которые вступает мигрант с органом государственной власти (его должностным лицом) в процессе территориальной мобильности. Первая группа отношений являются правоотношения, в рамках которых мигрант (гражданин РФ, иностранный гражданин или лицо без гражданства) реализует принадлежащие ему конституционный правовой статус. Вторая – правоотношения, в рамках которых реализуется специальный правовой статус мигранта в процессе территориального перемещения. Данная группа правоотношений в свою очередь складывается из миграционно-правовых отношений и правоотношениях, возникающих в сфере миграции. Именно миграционно-правовые отношения, являющиеся по своей сущности административно-правовыми, возникают в рамках миграционного потока и заключаются в приобретении, реализации, изменении и прекращении специального административного статуса мигранта, как первичной «единицы» миграционного потока. Лица, приобретающие, реализующие, изменяющие или прекращающие определенный специальный административно-правовой (миграционно-правовой) статус формируют определенный вид миграционного потока, регламентируемого нормами административного права. В этой связи миграционный поток выступает определенной институциональной основой для дифференциации подотрасли миграционного права, так как регламентируется определенной совокупностью норм, регулирующих взаимосвязанные общественные миграционно-правовые отношения. В приведенном аспекте возникает вопрос о видовом многообразии миграционных потоков. Вся история стратегического планирования в сфере миграции в Российской Федерации свидетельствует о выделении пяти основных видов миграционных потоков: внутренней (социально-экономической), внешней, внешней трудовой, вынужденной и незаконной миграции населения [1]. При этом следует подчеркнуть,

что Концепция государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019–2025 г., утвержденная указом Президента РФ от 31 октября 2018 г. № 622 ², является единственным актом стратегического планирования где данные миграционные потоки не выделяются. Возникает вопрос: является ли обоснованной такая дифференциация видов миграционных потоков? Представляется, что выделение пяти основных миграционных потоков является вполне обоснованной, за исключением отдельных особенностей, которые мы отметим ниже. Приведенные выше пять видов основных миграционных потоков охватывают *внутригосударственную* и *межгосударственную* миграцию, миграцию, обусловленную чрезвычайными обстоятельствами (т.е. *вынужденную*), обусловленную важнейшей социально-экономической причиной – *трудовая миграция* и миграцию населения в нарушение установленного законодательством порядка, т.е. *миграцию незаконную*. Какой критерий положен в основу выделения данных основных видов миграционных потоков? В основе дифференциации основных видов миграционных потоков лежит территория, как материальная основа горизонтальной мобильности, т.е. территориальный критерий, который позволяет все миграционные процессы разделять на внутригосударственные и межгосударственные (международные) или иначе внутренние и внешние потоки миграции. Поскольку в основе миграционного потока лежит миграционно-правовое отношение, являющееся видом социальной связи между мигрантом и государственным органом (должностным лицом), уполномоченным в сфере миграции, постольку *причинно-следственная социальная связь* в рамках потока внешней миграции позволяет выделить следующие ее разновидности миграционных потоков: внешней социально-экономической, внешней вынужденной и внешней незаконной. Аналогичные виды потоков следует выделить и в основном потоке внутренней миграции

населения. Дальнейшее развитие системы миграционных потоков возможно с учетом иных объективных социальных связей, возникающих в рамках миграционно-правового отношения: *поссидентной*, *хронологической*, *корреляционной*, *пространственной* и *функциональной*. Например, на основе *пространственной социальной связи* может быть выделен внутренний региональный и внутренний межрегиональный потоки; внешний эмиграционный и внешней иммиграционный потоки; на основе *поссидентной социальной связи* выделяются: внутренние и внешние законные и незаконные миграционные потоки; на основе *хронологической социальной связи*: внутренней и внешней поток перемещения на временное пребывание или постоянное проживание (возвратная и безвозвратная); на основе *корреляционной социальной связи*: формируются миграционные потоки по целевому признаку, а именно внутренние трудовая, образовательная и т.п., внешняя трудовая, образовательная, туристическая и т.п.; на основе *функциональной социальной связи*: внутренней вынужденной, внешней вынужденной, внешней временной вынужденной, внешней и внутренней экстренной массовой вынужденной; внешней трудовой в визовом порядке, безвизовом порядке, квалифицированных работников и т.п.

Закономерность формирования подобной системы миграционных потоков очевидна, так как основывается на системе объективных социальных связей, возникающих в рамках миграционно-правовых отношений, являющихся содержательной сущностью любого вида миграционного потока. Данная система видов позволяет комплексно решать проблемы не только стратегического планирования в сфере миграции населения и формирования государственной миграционной политики, но и определять пути развития и совершенствования административно-правового регулирования миграции населения как сферы публичного управления для решения задач государственной миграционной политики Российской Федерации.

Список использованной литературы:

1. Демографический понятийный словарь / Под ред. Рыбаковского Л.Л. М., 2003.
2. Жеребцов А.Н. Понятие и основные элементы механизма формирования и реализации правовой миграционной политики России // Российская юстиция. 2007. № 4. С. 2-7.

References:

1. Demographic Conceptual Dictionary / Ed. by Rybakovsky L.L. M., 2003.
2. Zherebtsov A.N. The concept and main elements of the mechanism of formation and implementation of the legal migration policy of Russia // Russian Justice. 2007. № 4. Pp. 2-7.

² Указ Президента РФ от 31 октября 2018 г. № 622 «О Концепции государственной миграционной политики Российской Федерации на 2019-2025 г.» // Собрание законодательства РФ. 2018. № 45. Ст. 6917.

3. Жеребцов А.Н. Концепция административно-правового регулирования миграционных отношений в Российской Федерации (комплексный анализ теории и практики): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2009.
4. Жеребцов А.Н., Малышев Е.А. Миграционное право России: учебник. М., 2019.
5. Народнонаселение: Энциклопедический словарь / Под ред. Меликьян Г.Г. М., 1994.
6. Самойлов В.Д. Государственно-правовые основы миграционной системы Российской Федерации: учеб.-метод. пос. М., 2007.
7. Юдина Т.Н. Миграция: словарь основных терминов: учеб. пос. М., 2007 // URL: demographia.ru.
8. Geddes A., Boswell Ch. Migration and Mobility in the European Union / Под ред. Cutts M. Oxford. 2011.
9. Castles S. The politics of exclusion: asylum and the global order // Metropolis. 2008. Т. 8.
10. Castles S., Miller M. The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World // New York: Guilford Press. 1993.
11. Geddes A. The Politics of Migration and Immigration in Europe // London: Sage Publications. 2003.
12. Gibney M.J. The Ethics and Politics of Asylum: Liberal Democracy and the Response to Refugees // Cambridge: Cambridge University Press. 2004.
13. De Haas H. Theory of migration: the framework of aspirations and opportunities. 2021. // URL: <https://doi.org/10.1186/s40878-020-00210-4>.
14. Handbook on Migration Terminology // International Organisation for Migration. 2011. // URL: http://publications.iom.int/system/files/pdf/handbook_on_migration_terminology.pdf?language=en.
3. Zharebtsov A.N. The concept of administrative and legal regulation of migration relations in the Russian Federation (complex analysis of theory and practice): abstract ... Doctor of Law. Moscow, 2009.
4. Zharebtsov A.N., Malyshev E.A. Migration law of Russia: textbook. Moscow, 2019.
5. Population: Encyclopedic dictionary / Ed. by Melikyan G.G. Moscow, 1994.
6. Samoilov V.D. State-legal foundations of the migration system of the Russian Federation: educational and methodical manual. Moscow, 2007.
7. Yudina T.N. Migration: dictionary of basic terms: study. allowance. Moscow, 2007. / URL: demographia.ru.
8. Geddes A., Boswell Ch. Migration and Mobility in the European Union / Ed.by Cutts M. Oxford. 2011.
9. Castles S. The politics of exclusion: asylum and the global order // Metropolis. 2008. Vol. 8.
10. Castles S., Miller M. The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World // New York: Guilford Press. 1993.
11. Geddes A. The Politics of Migration and Immigration in Europe // London: Sage Publications. 2003.
12. Gibney M.J. The Ethics and Politics of Asylum: Liberal Democracy and the Response to Refugees // Cambridge: Cambridge University Press. 2004.
13. De Haas H. Theory of migration: the framework of aspirations and opportunities. 2021. // URL: <https://doi.org/10.1186/s40878-020-00210-4>.
14. Handbook on Migration Terminology // International Organisation for Migration. 2011. // URL: http://publications.iom.int/system/files/pdf/handbook_on_migration_terminology.pdf?language=en.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАВОСУБЪЕКТНОСТИ В АДМИНИСТРАТИВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

SOME PROBLEMS OF LEGAL PERSONALITY IN ADMINISTRATIVE PROCEDURAL LEGAL RELATIONS

DOI: 10.31429/20785836-13-3-56-61

*Табельский Сергей Владимирович
прокурор Краснодарского края*

*Tabelsky Sergey Vladimirovich
Prosecutor of the Krasnodar Territory*

Аннотация: Целью работы выступает изучение явления, претерпевающего эволюционные изменения в теории административного процесса, а именно — субъекта административно-процессуального правоотношения исходя из представлений общей теории права о субъекте

правоотношения с учетом особенностей отраслевой направленности норм административно-процессуального и материального административного права. Соответственно, задачами работы является: определение природы обязательного и факультативного субъекта административно-процессуального правоотношения; соотношения между субъектом административно-процессуального правоотношения и административного правоотношения

Цели и задачи работы определили методологию исследования, в основу которой положены общеправовые эвристические методы, а также метод сравнительного анализа, системно-структурный метод.

Принципиальным результатом данной работы выступает мысль о том, что понимание субъекта административно-процессуального правоотношения коррелирует с понятием субъекта административного правоотношения и, соответственно, административная правосубъектность есть условие наличия административно-процессуальной правосубъектности. Однако административно-процессуальная дееспособность как элемент правосубъектности зависит не только от возраста и правоограничивающих факторов, но и от процессуальных актов юрисдикционных органов, которые в установленных законом случаях могут наделить лицо административно-процессуальной дееспособностью в рамках судебного усмотрения.

При этом синтетическое определение субъекта административно-процессуального правоотношения влечет за собой и неоднородность субъектного состава административно-процессуального правоотношения. В связи с этим, логика анализа заявленных явлений предполагает их сравнение с подобными структурными элементами иных видов процессуальных правоотношений и новый взгляд на теорию субъекта процессуальных правоотношения в общетеоретическом смысле.

Ключевые слова: административный процесс; административно-процессуальное правоотношение; субъект правоотношения; субъект административно-процессуального правоотношения

Annotation: The aim of the article is to study a phenomenon that is undergoing evolutionary changes in the theory of administrative process, namely, the subject of administrative procedural legal relations based on the concepts of the general theory of law about the subject of legal relations, taking into account the peculiarities of the sectoral orientation of the norms of administrative procedural and substantive administrative law. Accordingly, the tasks of the work are: determination of the nature of the obligatory and optional subject of the administrative procedural legal relationship; the relationship between the subject of the administrative procedural relationship and the administrative legal relationship

The goals and objectives of the study determined the research methodology, which is based on general philosophical heuristic methods, as well as the method of comparative analysis, system-structural method.

The principal result of this article is the idea that the understanding of the subject of an administrative procedural legal relationship correlates with the concept of the subject of an administrative legal relationship and, accordingly, administrative legal personality is a condition for the presence of an administrative procedural legal personality. However, administrative procedural capacity as an element of legal personality depends not only on age and legal limiting factors, but also on procedural acts of jurisdictional bodies, which, in cases established by law, can endow a person with administrative procedural capacity within the framework of judicial discretion.

At the same time, the synthetic definition of the subject of the administrative procedural relationship entails the heterogeneity of the subject composition of the administrative procedural relationship. In this regard, the logic of the analysis of the declared phenomena presupposes their comparison with similar structural elements of other types of procedural legal relations and a new look at the theory of the subject of procedural legal relations in the general theoretical sense.

Keywords: administrative process; administrative procedural relationship; subject of legal relationship; subject of administrative procedural relationship.

Введение

Субъектом административно-процессуального правоотношения может выступать любое правосубъектное физическое лицо и организация,

Мы понимаем, что в современной юридической литературе нет единства по вопросу структуры правосубъектности, включая позицию исключения отдельных элементов, например, деликтоспособности из структуры

правосубъектности [3; 7, с. 34; 8, с. 88]. На наш взгляд, деликтоспособность есть элемент административно-процессуальной дееспособности в силу наличия процессуальной ответственности, реализуемой, через ответственность за неуважение к суду. Ответственность предполагает действия соответствующего уполномоченного органа по применению административных санкций. По мнению Е.Б. Лупарева и соавторов «если по тем

или иным причинам, отраженным в законе (например, отсутствие у юридического лица денежных средств или иного имущества для уплаты административного штрафа) санкцию реализовать невозможно, то лицо, привлекаемое к ответственности, оставаясь дееспособным, не является деликтоспособным, применительно к конкретному делу» [6, с. 77]. Структура административно-процессуальной правосубъектности, таким образом, может рассматриваться дифференцированно применительно к различным субъектам.

Задачами исследования выступает характеристика проблемных вопросов административно-процессуальной правосубъектности.

Методы исследования

Цели и задачи работы определили методологию исследования, в основу которой положены общеправовые эвристические методы, а также методы сравнительного анализа, системно-структурный метод, а также методы сравнительной компаративистики для учета достижений зарубежных юридических школ [12, с. 232-251].

Результаты исследования

Проблема трансформации субъекта административно-процессуального права в субъект административно-процессуального правоотношения – это не только проблема административно-процессуальной дееспособности, но и проблема дифференциации различных видов (общей и специальной) дееспособности. Гражданин или организация остаются субъектом административно-процессуальных правоотношений даже в условиях ограничения общей дееспособности.

Научная дискуссия

Говоря об административно-процессуальных правоотношениях мы отдаем себе отчет в том, что само определение административного процесса в отечественной и иностранной правовых теориях [15, с. 52-54] неоднозначно. Иногда то, что в России входит в круг административно-процессуальных правоотношений не является таковым в зарубежных странах, и наоборот [10, с. 96-126]. Существенно различаются между собой американско-британская школы административного процесса [14, с. 87-108; 9, с. 1343-1445] и континентальная теоретическая парадигма [11, с. 46-49; 13, с. 141-162], в орбиту которой входит и Россия.

Одна из проблем, с которой сталкиваются исследователи континентальной школы

административного процесса – это отправная точка возникновения административно-процессуальной правоспособности. Мы согласны с мнением Е.И. Бурьянова о том, что «признание лица субъектом права до его рождения или после смерти юридически несостоятельно, поскольку в таком случае лицо не может реализовать своё право или исполнить обязанность» [1, с. 8].

Также мы поддерживаем позицию Е.Б. Лупарева и соавторов об отрицании общих и абсолютных правоотношений в административно-процессуальном праве. Действительно, «лицо, признанное судом недееспособным и являющееся гражданином России по логике теории общих правоотношений всё равно состоит в правоотношениях гражданства. В данном случае мы выходим и на более общую проблему, а именно – на проблему дифференциации ограничения и лишения дееспособности» [6, с. 79]. Отечественный законодатель дифференцированно распространяет общие условия ограничения или лишения дееспособности на различные виды правоотношений.

Если в силу психического заболевания лицо лишено дееспособности и находится на лечении, он лишён гражданской дееспособности, но не лишен права на административный иск по правилам п. 2 ч. 2 ст. 5 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации¹ (далее – КАС РФ). В то же время, мы согласны с мнением Д.Ю. Ионовой о том, что «лишение таких граждан права самостоятельно обращаться в суд явно не соответствует целям ограничения дееспособности и не может привести к обеспечению надлежащей защиты их прав и законных интересов» [2, с. 20]. Таким образом, существуют случаи, когда субъект административно-процессуального права трансформируется в субъект административно-процессуального правоотношения даже если есть сомнения в том, что лицо в состоянии реализовать процессуальное право своими личными действиями или бездействиями.

Одной из ключевых проблем является вопрос об административно-процессуальном статусе эмансипированных лиц. Для внесудебного порядка рассмотрения жалоб и иных обращений в этом смысле нет проблем, никто не проверяет при рассмотрении обращения фактический возраст лица и наличие акта об эмансипации. КАС РФ в этой части, как и в случае с ограниченно дееспособными, говорит

¹ Кодекс административного производства Российской Федерации от 8 март 2015 г. № 21-ФЗ (в ред. от 30 апреля 2021 г. № 115-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 2015. № 10. Ст. 1391; 2021. № 18. Ст. 3059.

лишь об определенных федеральным законом категориях дел.

Эмансипированное лицо может быть участником административно-процессуальных правоотношений в случае прямого закрепления подобной нормы в соответствующем процессуальном законе.

Отдельного внимания заслуживают субъекты административно-процессуальных правоотношений с иностранным элементом, а также лица без гражданства.

В соответствии с ч. 4 ст. 4 КАС РФ права иностранных субъектов могут быть ограничены в подзаконном порядке.

Определяющим фактором является личный закон иностранного субъекта. Вместе с тем, российское законодательство дает возможность судебной защиты своих прав и тому иностранному субъекту, чьи права ограничены личным законом.

Таким образом, соответствие возрастным критериям, отсутствие иных ограничений дееспособности делают иностранца полноценным субъектом административно-процессуальных правоотношений.

Часть 3 статья 38 КАС РФ не предусматривает какой-либо процедуры наделения иностранца административно-процессуальной дееспособностью. Практически суд не имеет возможности самостоятельно выяснить наличие ограничений административно-процессуальной дееспособности по личному закону иностранца. Возникает вопрос признания компетентными органами России такого ограничения дееспособности если основания ограничения не совпадают с российским гражданским законодательством.

Бипатриды могут признаться недееспособными по законодательству лишь одной из стран, гражданство (подданство) которого у него есть. В данном случае наличие международно-правовой коллизии, разрешение которой – предмет межгосударственных соглашений.

Организации как субъекты административно-процессуальных правоотношений многообразны по организационно-правовой форме, по наличию, или отсутствию властных полномочий. Но вне зависимости от любого из названных обстоятельств легальная организация выступает

в качестве субъекта административно-процессуальных правоотношений.

Обязательным субъектом административно-процессуальных правоотношений выступают организации, наделенные властными публичными полномочиями по разрешению конкретных административных дел.

КАС РФ определяет в качестве административных истцов в том числе иностранные организации и международные организации. При этом не оговаривается наличие статуса юридического лица.

Учреждение и государственная регистрация – разнопорядковые явления в целом ряде государств. В отдельных государствах (например, в ФРГ) вообще отсутствует институт государственной регистрации организаций.

Закон места учреждения юридического лица для стран СНГ закреплен в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г.², в ч. 3 ст. 23 которой указывается, что правоспособность юридического лица определяется законодательством того государства-участника, по законам которого оно было учреждено. Критерий инкорпорации установлен и в п. «а» ст. 11 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г. (Киевское соглашение 1992 г.). Коллизионные нормы законодательства государств - участников СНГ национального уровня также используют критерий инкорпорации при определении национальности юридических лиц.

Аналогичная юридико-техническая конструкция используется и в США. Там для урегулирования корпоративных коллизий выделяется группа внутренних отношений корпорации.

Иностранные государства, как и Россия ограничивают административно-процессуальную дееспособность организаций путем запрещения их деятельности на соответствующей территории. Это, прежде всего, экстремистские организации.

Отдельно фигурируют международные террористические организации³. Списки таких организаций в Евросоюзе публикуются в

² Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.) // Бюллетень международных договоров. 1995. № 2.

³ См., например: Единый федеральный список организаций, в том числе иностранных и международных организаций, признанных в соответствии с законодательством Российской Федерации террористическими // <http://www.fsb.ru/fsb/npd/> (дата обращения – 29 августа 2021 г.).

Официальном журнале Европейского Союза (Official Journal of the European Union)⁴.

Великобритания после выхода из Евросоюза по процедуре «Brexit» публикует информацию о запрещенных организациях на сайте МВД. Соединенные Штаты Америки публикуют подобный реестр на сайте Госдепа США.

Отдельные организации запрещены за рубежом, но не в России. Нам представляется, что отсутствие запрета на деятельность организации в России дает потенциальную возможность быть субъектом административно-процессуальных отношений в России. КАС РФ в ч. 8 ст. 5 разрешает судам признавать административно-процессуальную правосубъектность за организациями даже если в отношении их есть ограничения в своей стране.

Административно-процессуальная правосубъектность международных организаций также определяется положения их учредительных документов и международных договоров. В частности, статьей 105 Устава ООН определяется, что ООН пользуется на территории каждого из своих членов такими привилегиями и иммунитетами, которые необходимы для достижения ее целей, а также что Представители членов ООН и ее должностные лица пользуются привилегиями и иммунитетами, которые необходимы для самостоятельного выполнения ими своих функций, связанных с деятельностью ООН. Подобные правила закреплены в уставах МАГАТЭ, ЮНЕСКО и иных межгосударственных организаций с членством России.

Список использованной литературы:

1. Бурьянова Е.И. Условия, определяющие правосубъектность индивида (общетеоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2006.
2. Ионова Д.Ю. К вопросу об административной процессуальной дееспособности // Законы России: опыт, анализ, практика. 2016. № 5. С. 16-20.
3. Князев С., Яшин А. Курс лекций по избирательному праву и избирательному процессу Российской Федерации // URL: <http://democracy.ru/library/learning/lectures/page4.html>.
4. Кучинский В.А. Современное учение о правоотношениях: монография. Минск. 2008.
5. Лупарев Е.Б. Административно-процессуальная правосубъектность иностранных граждан и организаций // Журнал административного судопроизводства. 2017. № 2. С. 16-19.

В некоторых международных организациях у России нет членства. Например, в Северо-Атлантическом Союзе. Соответственно, основополагающий акт о взаимных отношениях, сотрудничестве и безопасности между Российской Федерацией и Организацией североатлантического договора⁵ от 27 мая 1997 г. вообще не оговаривает возможность защиты интересов НАТО в российских судах [5, с. 19].

References:

1. Buryanova E.I. Conditions that determine the legal personality of an individual (general theoretical aspect): abstract ... Candidate of Law. Volgograd, 2006.
2. Ionova D.Yu. On the issue of administrative procedural capacity // Laws of Russia: experience, analysis, practice. 2016. № 5. Pp. 16-20.
3. Knyazev S., Yashin A. A course of lectures on electoral law and the electoral process of the Russian Federation // URL: <http://democracy.ru/library/learning/lectures/page4.html>.
4. Kuchinsky V.A. Modern doctrine of legal relations: monograph. Minsk. 2008.
5. Luparev E.B. Administrative and procedural legal personality of foreign citizens and organizations // Journal of administrative proceedings. 2017. № 2. Pp. 16- 19.

⁴ См., например: Official Journal of the European Union. 2007. № 340/113–340/114.

⁵ http://www.nato.int/cps/ru/natohq/official_texts_25468.htm (дата обращения - 29 августа 2021 г.).

6. Лупарев Е.Б., Добробаба М.Б., Мокина Т.В. Общая теория публичных правоотношений: монография. М., 2011.

7. Нечаева А.М. О правоспособности и дееспособности физических лиц // Государство и право. 2001. № 2. С. 34-39.

8. Новикова Ю.С. Общая теория правоотношения: учеб. пос. Челябинск, 2004.

9. Cuéllar M.-F. Administrative war George Washington. Law Review. № 82 (5). С. 1343-1445.

10. De Assumpção L.F.M. Projections for A Non-Judicial Model of Labor Conflicts Resolution in the Post-Brazilian Labor Reform and Post-Extinction of the Ministry of Labour // Revista Opiniao Juridica. 2021. № 19 (31). С. 96-126.

11. Perroud T. Government liability in France: A special regime under general principles. Tort Liability of Public Authorities in European Laws. 2021. С. 46-49.

12. Rundle K. Administrative discretion and governing relationships: Situating procedural fairness. Procedural Justice and Relational Theory: Empirical, Philosophical, and Legal Perspectives. 2020. С. 232-251.

13. Scherzberg A., Seidl J. Administrative litigation in Germany. Administrative Litigation Systems in Greater China and Europe 2016. С. 141-162.

14. Strauss P.L., Jerry L. Mashaw and the public law curriculum. Administrative Law from the inside Out: Essays on Themes in the Work of Jerry L. Mashaw. 2017. С. 87-108.

15. Wollenschläger F., Stapf J. The system of public authority liability in Germany. Tort Liability of Public Authorities in European Laws. 2021. С. 50-54.

6. Luparev E.B., Dobrobaba M.B., Mokina T.V. General theory of public relations: monograph. M., 2011.

7. Nechaeva A.M. On the legal capacity and capacity of individuals // State and Law. 2001. № 2. Pp. 34-39.

8. Novikova Yu.S. General theory of legal relations: textbook. Chelyabinsk, 2004.

9. Cuéllar M.-F. Administrative war George Washington. Law Review. № 82 (5). Pp. 1343-1445.

10. De Assumpção L.F.M. Projections for A Non-Judicial Model of Labor Conflicts Resolution in the Post-Brazilian Labor Reform and Post-Extinction of the Ministry of Labour // Revista Opiniao Juridica. 2021. № 19 (31). Pp. 96-126.

11. Perroud T. Government liability in France: A special regime under general principles. Tort Liability of Public Authorities in European Laws. 2021. Pp. 46-49.

12. Rundle K. Administrative discretion and governing relationships: Situating procedural fairness. Procedural Justice and Relational Theory: Empirical, Philosophical, and Legal Perspectives. 2020. Pp. 232-251.

13. Scherzberg A., Seidl J. Administrative litigation in Germany. Administrative Litigation Systems in Greater China and Europe 2016. Pp. 141-162.

14. Strauss P.L., Jerry L. Mashaw and the public law curriculum. Administrative Law from the inside Out: Essays on Themes in the Work of Jerry L. Mashaw. 2017. Pp. 87-108.

15. Wollenschläger F., Stapf J. The system of public authority liability in Germany. Tort Liability of Public Authorities in European Laws. 2021. Pp. 50-54.

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС;
АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

**ЭЛЕКТРОННЫЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ
ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН
(НА ПРИМЕРЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА, ШВЕЙЦАРИИ, УКРАИНЫ)**

**ELECTRONIC EVIDENCE IN THE CIVIL PROCEDURE OF FOREIGN
COUNTRIES
(ON THE EXAMPLE OF THE EUROPEAN UNION, SWITZERLAND,
UKRAINE)**

DOI: 10.31429/20785836-13-3-62-70

Даниелян Армен Сергеевич

кандидат юридических наук

доцент кафедры гражданского процесса и международного права

ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»

ID ORCID: 0000-0002-0661-9010

Danielyan Armen Sergeevich

Candidate of Legal Sciences

Associate Professor of Civil Procedure and International Law department

Kuban State University

Аннотация: Актуальность темы исследования обусловлена тенденцией роста в научной среде интереса к проблемам электронных доказательств как самостоятельных источников получения сведений в рамках судебного разбирательства, вызванной, в свою очередь, перманентно усиливающимися процессами цифровизации посредством развития компьютерных и информационно-коммуникационных технологий.

Электронные документы имеют множество преимуществ по сравнению с бумажными носителями, в частности, в вопросе частоты и скорости обработки информации, а также емкости хранилища данных, что в совокупности позволяет говорить о реализации принципа процессуальной экономии в рамках гражданского судопроизводства.

Целью работы является рассмотрение и анализ опыта иностранных правовых систем в области правового регулирования электронных средств доказывания для проработки возможности его применения в современных условиях отечественной правовой среды в рамках гражданского и арбитражного судопроизводства. Для решения поставленных задач автором выделяются и описываются характерные особенности правового закрепления объекта исследования в ряде юрисдикций континентальной Европы (Европейский Союз, Швейцария, Украина).

По итогам проведенного сравнительно-правового исследования института электронных доказательств делается вывод об отличии их правовой природы от сущности иных средств доказывания, в частности, письменных и вещественных доказательств. В свою очередь, вышеизложенный факт приводит к необходимости проработки перспектив законодательного закрепления электронных доказательств как самостоятельных средств доказывания в контексте национальной правовой системы России. В рамках разработки данного вопроса предлагается:

— закрепить легальную дефиницию понятия «электронные доказательства» путем введения соответствующих статей в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации (ст. 71¹) и Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации (ст. 75¹);

— установить критерии признания соответствующей информации в качестве электронного доказательства;

— в рамках процессуальных кодексов закрепить перечень основных видов электронных доказательств, при этом оставив его открытым для оперативного восприятия в рамках процессуального законодательства;

— проработать возможность обязательного привлечения специалиста в качестве лица,

содействующего исследованию электронных доказательств.

Ключевые слова: электронные доказательства, доказательства, гражданский процесс, гражданско-правовой процесс, правовая компаративистика, цифровизация, электронное правосудие, электронный документ, оценка доказательств, сравнительный гражданский процесс.

Annotation: The relevance of the study is due to the growing interest in the scientific community in the problems of electronic evidence as independent sources of obtaining information in the framework of litigation, caused, in turn, by the constantly intensifying processes of digitalization through the development of computer and information and communication technologies.

Digital documents have many advantages over paper documents, in particular in terms of frequency and speed of processing, as well as storage capacity, which together allows us to talk about the implementation of the principle of procedural economy in the framework of civil proceedings.

The aim of the study is to review and analyze the experience of foreign law and order in the field of legal regulation of electronic means of evidence in order to study the possibility of its application in modern conditions of the domestic legal environment in the framework of civil and arbitration proceedings. To solve the set tasks, the author identifies and describes the characteristic features of the legal consolidation of the object of research in a number of jurisdictions of continental Europe (EU, Switzerland, Ukraine).

Based on the results of the comparative legal study of the institute of electronic evidence, it is concluded that their legal nature differs from the essence of other means of proof, in particular, written and material evidence. In turn, the above fact leads to the need to study the possibility of legislative consolidation of electronic evidence as independent means of proof in the context of the national legal system of Russia. As part of the development of this issue, it is proposed:

— to consolidate the legal definition of the concept of "electronic evidence" by introducing relevant articles into the Civil Procedure Code of the Russian Federation (Article 71¹) and the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation (Article 75¹);

— establish criteria for the recognition of relevant information as electronic evidence;

— within the framework of procedural codes, fix the list of the main types of electronic evidence, while leaving it open for operational perception within the framework of procedural legislation;

— work out the possibility of mandatory involvement of a specialist as a person assisting in the study of electronic evidence.

Keywords: electronic evidence, evidence, civil procedure, civil procedure, legal comparative studies, digitalization, e-justice, electronic document, assessment of evidence, comparative civil procedure.

Введение

Цифровые технологии давно и прочно обосновались в качестве неотъемлемой части как социальной, так и правовой действительности [3]. Цифровизация на современном этапе развития общества уже служит в качестве инструмента совершенствования системы правосудия, обеспечивая возможность использования участниками разбирательства более экономичных средств разрешения споров [11]. Вдобавок, расширяют доступ к правосудию для тяжущихся сторон, которые неспособны в связи с уважительными причинами присутствовать непосредственно в зале судебного заседания и самостоятельно реализовывать закрепленное за ними субъективное право на судебную защиту [10].

В рамках гражданско-правового процесса многие десятилетия ведётся спор между учеными-правоведами о юридической природе и содержании актуальных на сегодняшний период развития общества источников информации в качестве инструментов для сбора данных,

необходимых для разрешения правового спора в судебном порядке, т.е. доказательств. Не способствовало приходу к консенсусу в научной среде и закрепление в действующем Гражданском процессуальном кодексе Российской Федерации РФ (далее – ГПК РФ)¹ нормы, причисляющей отдельные источники информации (в частности, видеозапись и аудиозапись) к перечню самостоятельных средств доказывания.

Логическим итогом возрастающего влияния информатизации на общественные отношения явилось формирование электронных доказательств, практическая реализация которых находит выражение и в правоприменительной деятельности судебных органов [1]. На сегодняшний день аксиоматичным является тот факт, что субъекты процессуальных правоотношений всё в большей степени встречаются с ними и, исходя из этого, созрела потребность в законодательном закреплении данных способов получения информации и признания за ними статуса самостоятельных

¹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ (в ред. от 01 июля 2021 г.) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

средств доказывания. При этом стоит отметить, что в данный момент не решен вопрос ни о легальной дефиниции «электронных доказательств» и, соответственно, их видов, ни о критериях и требованиях, которым они должны соответствовать, что вкуче формирует проблематику их реализации в рамках правоприменительной практики.

Методы исследования

Методология проведенного исследования обусловлена поставленной целью и решаемыми для её достижения задачами, вобрав в себя комплекс общефилософских, общенаучных (анализ и синтез), частно-научных и частно-правовых методов. Особую роль при исследовании сыграл метод сравнительного правоведения (сравнительно-правовой метод) и формально-юридический метод.

Результаты исследования

По итогам проведенного исследования можно сделать однозначный вывод об отличии сущности электронных доказательств от правовой природы иных средств доказывания, в частности, письменных и вещественных доказательств. В свою очередь, вышеизложенный факт приводит к необходимости проработки возможности законодательного закрепления электронных доказательств как самостоятельных средств доказывания в контексте национальной правовой системы России. В рамках разработки данного вопроса предлагается:

— закрепить легальную дефиницию понятия «электронные доказательства» путем введения соответствующих статей в Гражданский процессуальный кодекс РФ (ст. 71¹) и Арбитражный процессуальный кодекс РФ (ст. 75¹);

— установить критерии признания соответствующей информации в качестве электронного доказательства;

— в рамках процессуальных кодексов закрепить перечень основных видов электронных доказательств, при этом оставив его открытым оперативного восприятия в рамках процессуального законодательства;

— проработать возможность обязательного привлечения специалиста в качестве лица, содействующего исследованию электронных доказательств.

В конечном счете, вышеизложенное способствует унификации судебной практики [2] и позволит обеспечить более эффективную

защиту и восстановление нарушенных прав и законных интересов субъектов правоотношений.

Научная дискуссия

Электронное доказательство представляет собой любое доказательство, полученное на основе данных, содержащихся на каком-либо устройстве или созданных им, при этом функционирование такого устройства зависит от программного обеспечения или данных, хранящихся или переданных посредством компьютерной системы или сети².

Как отмечает индийский правовед С. Дхолам, электронные доказательства – это база данных, которая создается, воспроизводится, и передается как в цифровых, так и в аналоговых средствах массовой информации с использованием технических средств, компьютеров и телекоммуникаций [5].

С. Дхолам выделяет три особенности электронных доказательств:

— во-первых, все формы электронных доказательств создаются, хранятся и передаются с помощью компьютерного интеллекта в компьютерных технологиях;

— во-вторых, электронные доказательства создаются и передаются с помощью различных технических средств, в том числе аналоговых доказательств. Мы имеем в виду технические средства компьютеров, телекоммуникации, беспроводную связь, Интернет, навигационные системы, мобильные телефоны;

— в-третьих, использование электронных доказательств в качестве доказательства допустимости доказательств не всегда принимается судьями как недопустимое доказательство [5].

В настоящее время цифровые вычислительные и запоминающие свойства характерны для многих устройств, которые по первоначальной форме и функциям были далеки от традиционных компьютеров. К таким устройствам относятся игровые консоли, носимые устройства (например, фитнес-трекеры, умные часы) и «умные» бытовые устройства (например, умные счетчики электроэнергии, автоматизированные системы центрального отопления) [16]. Большинство этих цифровых устройств имеют общие важные функции с более узнаваемыми традиционными вычислительными устройствами, такими как настольные компьютеры, ноутбуки и компьютерные планшеты [14]. Эти функции основаны на том,

² Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on electronic evidence in civil and administrative proceedings (Adopted by the Committee of Ministers on 30 January 2019, at the 1335th meeting of the Ministers' Deputies) [Электронный ресурс] – URL: <https://rm.coe.int/guidelines-on-electronic-evidence-and-explanatory-memorandum/1680968ab5> (дата обращения – 26 июля 2021 г.).

что иногда называют моделью ввода-обработки-вывода – устройство получает какой-либо ввод посредством локального файла, датчика, мыши, клавиатуры или через канал связи (например, сетевое соединение) и далее осуществляет следующий алгоритм действия:

- 1) обрабатывает информацию;
- 2) производит вывод, например, на дисплей, в локальный файл или на принтер;
- 3) хранит (и/или передает) информацию, по крайней мере должен иметь такую возможность;

- 4) контролирует собственные процессы.

Сравнительно-правовой анализ европейских правовых порядков свидетельствует о наличии в странах Старого Света трех групп электронных доказательств, которые представляются в суд.

Первая группа – сведения, размещенные на общедоступных Интернет-ресурсах и в социальных сетях, в том числе мультимедиа и текстовые сообщения.

Вторая группа – сведения, доступ к которым ограничен: электронная переписка, электронные документы.

Третья группа – предполагаемые идентификационные данные пользователя и сведения о трафике, которые используются для идентификации человека путем определения источника сообщения, но не содержания [13]. В российском законодательстве приведенная градация не применяется, однако ее значимость для отечественной правовой доктрины заключается в возможности разделять электронные доказательства исходя из критерия их доступности – на свободные и ограниченные в доступе.

Европейский Союз

Ключевую роль в правовом регулировании электронных доказательств в рамках стран Евросоюза с недавнего времени играет принятый Комитетом министров 30 января 2019 г. Меморандум «Руководящие принципы электронных доказательств в гражданском и административном судопроизводстве»³.

Так, в документе отмечается, что судам не следует отклонять электронные доказательства и отрицать их юридическую силу исключительно по причине того, что они были собраны и/или предоставлены в электронном виде (п.6). Отдельно подчеркивается, что судам

не следует отрицать юридическую силу электронных доказательств только потому, что они не содержат усовершенствованную, квалифицированную или аналогичным образом защищенную цифровую подпись (п. 7).

В пояснительной записке к Меморандуму обоснованно указывается на тот факте, что в законодательстве и в практике, применимой к электронным доказательствам на международном, европейском или национальном уровне, всё еще присутствуют существенные пробелы.

Целью же Руководящих принципов относительно использования электронных доказательств состоит не в том, чтобы установить обязательные правовые стандарты, а скорее в том, чтобы служить практическим инструментом для государств-членов Совета Европы в адаптации работы их судебных и других механизмов разрешения споров для решения вопросов, возникающих в связи с электронными доказательствами. В этом смысле Руководящие принципы предназначены для повышения эффективности и качества правосудия.

Электронные доказательства во многих отношениях отличаются от других видов доказательств, при этом, при работе с электронными доказательствами в судах и других компетентных органах, выполняющих судебные функции, возникают специфические проблемы. Эти проблемы указывают на необходимость расширения знаний об электронных доказательствах и улучшения обращения с электронными доказательствами в гражданском и административном судопроизводстве.

При этом в качестве фундаментальных при использовании электронных доказательств Меморандумом выделяются следующие три принципа⁴.

Первый принцип объясняет, что хотя роль экспертов в оценке электронных доказательств важна, в конечном итоге суд должны принять решение о потенциальной ценности для судебного разбирательства данного средства доказывания при непосредственной их оценке. При этом суды могут быть связаны презумпциями применимого права (например, предоставлением конкретной доказательной силы для определенных типов электронных доказательств).

³ Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on electronic evidence in civil and administrative proceedings (Adopted by the Committee of Ministers on 30 January 2019, at the 1335th meeting of the Ministers' Deputies) – Режим доступа: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680902e0c (дата обращения – 26 июля 2021 г.).

⁴ Ibid.

Второй принцип подчеркивает, что электронные доказательства не должны подвергаться дискриминации или привилегии по сравнению с другими средствами доказывания.

В этом отношении суды также должны придерживаться нейтрального подхода к технологиям. Это означает, что должна быть принята любая технология, подтверждающая подлинность, точность и целостность данных.

Судебная практика Европейского суда по правам человека сводится к тому, что несмотря на то обстоятельство, что ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. гарантирует право на справедливое судебное разбирательство, она не устанавливает никаких правил относительно допустимости доказательств или способа их оценки, которые, следовательно, в первую очередь подлежат регулированию со стороны национального права и национальные суды⁵.

Третий принцип касается равенства сторон и паритетного отношения к сторонам судебного разбирательства при применении и исследовании электронных доказательств. Обращение с электронными доказательствами не должно быть невыгодным для сторон гражданского или административного разбирательства. Например, сторона не должна быть лишена возможности оспорить подлинность электронных доказательств; или если суд разрешает стороне представлять электронные доказательства только в формате распечатки, эта сторона не должна быть лишена возможности предоставить соответствующие метаданные, чтобы доказать надежность распечатки⁶.

При этом европейские правоведы приводят ряд недостатков и «белых пятен» Руководящих принципов, требующих внимания авторов Меморандума. Так, в Руководящих принципах должны быть представлены новые способы определения источника доказательств, то есть в случае доказательств, полученных из блокчейна, использования алгоритмов искусственного интеллекта или облачных вычислений [12, с. 18]. Недостатки в существующей версии Руководства – это как раз идентификация источника доказательств в случае блокчейна, облачных вычислений или алгоритмов искусственного интеллекта. Важно, чтобы не возникало проблем с подделкой личных

данных. Отделение цифровой идентичности от физической порождает проблемы, связанные с источником доказательств. В этом отношении в Руководстве можно было бы четко указать, что подтверждение личности оператором платежной системы может использоваться в качестве механизма идентификации [14, с. 28].

Еще большее внимание в Руководстве следует уделить осведомленности о потенциальной доказательной ценности метаданных [12, с. 18]. Метаданные в настоящее время определены в Руководстве как данные, относящиеся к другим данным, т.н. «цифровой след» электронных доказательств. Они могут содержать важные доказательные сведения, такие как дата и время создания или изменения файла или документа, данные об авторе или дата и время отправки. Из-за технологических трудностей в потенциально пересмотренной версии Руководства должны быть приведены примеры того, как метаданные должны собираться и оцениваться на практике. Поскольку для сбора метаданных могут потребоваться определенные дополнительные компьютерные программы и конкретные знания, в Руководстве можно указать, как участники процесса должны решать эту практическую задачу. Кроме того, поскольку метаданными можно манипулировать, в Руководстве можно было бы объяснить, как суды должны оценивать метаданные и определять, были ли они изменены.

Швейцария

Первый Федеральный Гражданский процессуальный кодекс Швейцарии вступил в силу 1 января 2011 г. и заменил 26 кантональных гражданских процессуальных кодексов, действовавших до указанной даты⁷. Действующий ГПК в целом принимает во внимание быстрое развитие цифровых технологий. В дополнение к возможности подачи процессуальных документов в электронной форме, позволяющей решить задачу по упрощению обработки и использования электронных записей, процессуальным законодательством предусмотрена представления электронных доказательств. В частности, кодексом предусматривается возможность отправки бумажных документов в электронной форме, тем самым не только ускоряя такие процедуры, но и снижая затраты

⁵ Постановление Европейского суда по правам человека от 21 января 1999 г. Дело «Гарсия Руис (Garcia Ruiz) против Испании» (жалоба № 30544/96) // Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

⁶ Case of Letincic v. Croatia [Электронный ресурс] / Режим доступа: <https://ru.scribd.com/document/311473047/Case-of-Letincic-v-Croatia> (дата обращения – 26 июля 2021 г.)

⁷ Swiss Civil Procedure Code of 19 December 2008 (Civil Procedure Code, CPC) // URL: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/en> (дата обращения – 26 июля 2021 г.)

участников судебного разбирательства [7; 8].

В Гражданский процессуальный кодекс Швейцарии (далее – ГПК Швейцарии) законодатель решил предоставить исчерпывающий перечень (*numerus clausus*) допустимых доказательств. В соответствии со ст. 168 (1) ГПК Швейцарии допустимы следующие доказательства: свидетельские показания, физические записи, осмотр, заключение экспертов, письменные заявления, допрос и показания сторон.

Что касается электронных доказательств, то в основном речь идет о документах. Согласно Посланию Швейцарского Федерального Совета по вопросу принятия Гражданского процессуального кодекса, то термин «документ» следует понимать в весьма широкой трактовке⁸. Статья 177 ГПК Швейцарии предоставляет список примеров записей, которые считаются документами, среди которых есть электронные файлы. Согласно положениям данной правовой нормы, допустимость цифровых записей должна быть предоставлена в той же степени, что и допустимость традиционных записей. Запись должна иметь характер, обеспечивающий доказательство наличия юридически значимых фактов (доказательность). Необязательно, чтобы его первоначальная цель заключалась в том, чтобы служить доказательством (доказательственное намерение).

ГПК Швейцарии не содержит явного упоминания о доказательной силе или доказательной ценности цифровых документов.

В этом отношении суд вправе самостоятельно оценить доказательства в соответствии со ст. 154 ГПК Швейцарии.

Однако можно говорить о различных носителях цифровых данных с разной степенью доказательной силы. Только в отношении публичных документов введено законодательное регулирование. В ст. 179 швейцарского ГПК предусматривается, что публичные реестры и публичные документы рассматриваются как неопровержимые доказательства фактов, которые они подтверждают, при условии доказательства неточности их содержания. Например, с 1 июля 2009 г. реестр актов гражданского состояния в Швейцарии ведется в электронной форме, и в соответствии с п. 1 ст. 139 ГПК в сочетании со ст. 138 ГПК уведомление судов может осуществляться в электронном виде. Презюмирование «установленности факта» – по мысли швейцарских ученых-правоведов – придает

данным видам электронных доказательств наивысшую доказательственную значимость [7].

Доказательственная ценность цифровых записей определяется в зависимости от их целостности и подлинности. Целостность означает неповрежденность носителей данных.

По критерию целостности различают перезаписываемые и неперезаписываемые носители данных. Цифровые записи, записанные на носителях с неперезаписываемыми данными (CD-Rom, DVD, CD-R, смарт-карты), больше не могут быть изменены после того, как они были записаны, и, следовательно, имеют более высокую степень доказательственной ценности. Это контрастирует с цифровыми записями, которые были записаны на перезаписываемых носителях данных (чип-карты, USB-накопители, внешние жесткие диски) и подвержены последующим манипуляциям. С другой стороны, подлинность относится к личности отправителя, которая определяется (цифровой) подписью.

Записи с цифровой подписью обладают наивысшей степенью защиты и доказательной ценностью от манипуляций, независимо от типа носителя данных, на котором они записаны [6, с. 152]. Таким образом, например, неперезаписываемые носители данных считаются менее надежной категорией доказательств.

Статья 178 ГПК Швейцарии устанавливает, что бремя доказывания подлинности документа ложится на сторону, которая ссылается на него в качестве доказательства, поскольку его подлинность оспаривается другой стороной. Тем не менее, сторона спора должна предоставить достаточные основания для возражения.

Определяющим фактором будет степень безопасности цифровых записей. Согласно п. 1 ст. 180 ГПК Швейцарии документы могут быть представлены как в оригинале, так и в копии. Нет права требовать изготовления оригинала.

При наличии достаточных доказательств подлинность может быть поставлена под сомнение противной стороной. Если обстоятельства дела должны быть установлены *ex officio*, суд может потребовать предъявления оригинала.

Копии оригиналов также считаются допустимыми в качестве доказательства, включая, в частности, стандартные фотокопии или распечатки сканированных документов. Доказательная сила последних определяется по результатам свободной оценки доказательств

⁸ Message of the Swiss Federal Council on the federal Code of Civil Procedure (CCP) of 28 June 2006, Federal Law Gazette 2006, 7221.

судом. В контексте, суду будет предложено установить, в частности, являются ли рассматриваемые электронные записи перезаписываемыми или неперезаписываемыми записями [9, с. 85]. Кроме того, следует отметить, что электронные копии могут также иметь характер оригиналов, если они заархивированы в соответствии с стандартами, установленные торговым правом. В таком случае вопрос о том, идет ли речь об оригинале или копии, обычно не имеет значения [7, с. 196].

Можно заключить, что действующий швейцарский Гражданский процессуальный кодекс допускает допустимость цифровых доказательств и признает, в частности, электронные файлы в качестве документов, причем их доказательная ценность зависит от того являются ли они перезаписываемыми или неперезаписываемыми.

При этом остался неурегулированным вопрос относительно критериев и порога оспаривания подлинности электронных документов по сравнению с обычными документами. Имеющиеся мнения ученых диаметрально противоположны по этому поводу [15]. В конечном итоге, как и в случае с обычными документами, важно то, насколько актуальна и реалистична вероятность того, что документ был изменен.

Украина

Началом применения результатов цифровизации в качестве средств доказывания в процессуальном законодательстве явилось введение в действие Гражданского процессуального кодекса Украины (далее – ГПК Украины) в марте 2004 г.⁹ Так, в первоначальной редакции Кодекса в качестве разновидности вещественных доказательств указывались звуко- и видеозаписи (ч. 2 ст. 57). Данная диспозиция в украинском процессуальном законодательстве сохранялась вплоть до внесения поправок в гражданские процессуальные кодексы (Гражданский процессуальный кодекс, Хозяйственный процессуальный кодекс, Кодекс административного судопроизводства) Законом Украины от 03 октября 2017 г. № 2147-VIII в соответствии с которыми звуко- и видеозаписи были отнесены к новому виду средств доказывания – электронных доказательств (§ 5 главы 5 (ст. 100-101) ГПК Украины).

В первую очередь, при подаче в суд в качестве доказательства аудио- или видеозаписи возникает вопрос о законности его получения

стороной по делу, а значит и допустимости использования данных материалов как судебных доказательств, ведь согласно ч. 1 ст. 78 ГПК Украины суд не принимает во внимание доказательства, полученные с нарушением порядка, установленного законом. И здесь, как отмечает С.И. Чванкин, возникает коллизия конституционных норм [4, с. 5]. Так, с одной стороны, в соответствии со ст. 34 Конституции Украины¹⁰ каждый имеет право свободно собирать, хранить, использовать и распространять информацию устно, письменно либо иным способом – по своему выбору, а с другой – в соответствии со ст. 32 Конституции Украины никто не может подвергаться вмешательству в его личную и семейную жизнь, кроме случаев, предусмотренных Конституцией Украины. Не допускается сбор, хранение, использование и распространение конфиденциальной информации о лице без его согласия, кроме случаев, определенных законом, и только в интересах национальной безопасности, экономического благосостояния и прав человека.

Заметим, что вопросы использования звуко- и видеозаписей в процессе судебного доказывания урегулирован в процессуальном законодательстве довольно схематично [4, с. 6]. В соответствии со ст. 236 ГПК Украины содержание личных бумаг, писем, записей телефонных разговоров, телеграмм и других видов корреспонденции физических лиц может быть исследован в открытом судебном заседании или объявлен по ходатайству участника дела только с согласия лиц, определенных Гражданским кодексом Украины. Аналогичное правило установлено положениями ч. 1 ст. 238 ГПК Украины и по воссозданию звукозаписи, демонстрации видеозаписи, имеющих частный характер.

Исходя из положений действующего законодательства, видеозапись будет считаться полученным законным путем при условии, что лицо, на нем изображена дало свое согласие на съемку; если видеозапись осуществлен открыто на улице, на собраниях, конференциях, митингах и других мероприятиях публичного характера; в других случаях, предусмотренных законом (например, если звуко- или видеозапись полученный в уголовном производстве с разрешения суда) [4, с. 7].

Если правовое регулирование порядка использования видеоизображения физического

⁹Цивільний процесуальний кодекс України // URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата обращения – 26 июля 2021 г.)

¹⁰ Конституция Украины // URL: <https://zakonst.rada.gov.ua/docs/ru/constitution-20160315.pdf> (дата обращения – 26 июля 2021 г.)

лица довольно подробным, то по звукозаписи законодатель ограничился лишь указанием в ст. 31 Конституции Украины и ч. 1 ст. 306 ГК Украины о тайне телефонных разговоров.

Кроме законности получения звуко- или видеозаписи на их юридическую силу как судебных доказательств влияет и соблюдение порядка представления их в суд. Как любой другой электронный документ, звуко- и видеозаписи подаются в оригинале или в электронной копии, заверенной электронной цифровой подписью, приравненным к собственноручной подписи (ч. 2 ст. 100 ГПК Украины).

При этом необходимо учитывать, что если представлена копия (бумажная копия) электронного доказательства, суд по ходатайству участника дела или по собственной инициативе может истребовать у соответствующего лица оригинал электронного доказательства. Если оригинал электронного доказательства не

представлены, а участник дела или суд ставит под сомнение соответствие представленной копии (бумажной копии) оригинала, такое доказательство не принимается судом во внимание (ч. 5 ст. 100 ГПК).

Резюмируя правовое регулирование электронных доказательств в Украине хотелось бы отметить два аспекта. Во-первых, положительным моментом бесспорно является в целом выделение электронных доказательств в качестве самостоятельных средств доказывания, чем, в частности, на сегодняшний день не может похвастаться российский законодатель. Во-вторых, перечислив основные виды электронных доказательств (электронные документы, веб-сайты, голосовые и текстовые сообщения, метаданные и т.д.) украинский законодатель оставил перечень открытым, что позволит безболезненно и оперативно использовать новые цифровые источники информации в перспективе.

Список использованной литературы:

1. Даниелян А.С., Коновалова А.Н. К вопросу о правовой природе электронных доказательств в контексте гражданского и арбитражного процесса // Кубанское агентство судебной информации pro-sud-123.ru: юридический сетевой электронный научный журнал. 2021. № 1 (12). С. 50–60.
2. Котлярова В.В. О проблемах правового регулирования электронных доказательств в гражданском процессе // Арбитражный и гражданский процесс. 2019. № 6. С. 37–42.
3. Потапенко С.В., Павлов Е.А. Цифровые права в системе объектов гражданских прав // Юридический вестник Кубанского государственного университета. 2021. №2. С. 9–14.
4. Чванкін С.А. Аудіо- та відеозаписи як різновид електронних доказів у цивільному процесі // Теорія і практика правознавства. 2018. Т. 2. С. 1–17.
5. Dholam S. Electronic evidence and its challenges // URL: [http://mja.gov.in/Site/Upload/GR/Title%20NO.129\(As%20Per%20Workshop%20List%20title%20no129%20pdf\).pdf](http://mja.gov.in/Site/Upload/GR/Title%20NO.129(As%20Per%20Workshop%20List%20title%20no129%20pdf).pdf).
6. Fanger R. Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozessrecht. Doctoral Thesis. Basel, 2005.
7. Gasser C. Digital Evidence in the New Swiss Federal Code of Civil Procedure Digital // Evidence and Electronic Signature Law Review. 2009. Т. 6. С. 194–196.
8. Gasser C. Electronic legal correspondence in Switzerland: the latest developments // Evidence and Electronic Signature Law Review. 2014. Т. 11. С. 25–28.
9. Gasser C., Peters S. Submission of Evidence Through Digital Documents in Swiss Civil Litigation // Evidence and Electronic Signature Law Review. 2006. Т. 3. С. 84–88.
10. Hörnle J. Cross-border Internet Dispute Resolution. Cambridge, 2009.

References:

1. Danielyan A.S., Kononova A.N. On the question of the legal nature of electronic evidence in the context of civil and arbitration procedure // Kuban agency of judicial information pro-sud-123.ru: legal network electronic scientific journal. 2021. № 1 (12). Pp. 50–60.
2. Kotlyarova V.V. On the problems of legal regulation of electronic evidence in the civil procedure // Arbitration and civil process. 2019. № 6. Pp. 37–42.
3. Potapenko S.V., Pavlov E.A. Digital rights in the system of objects of civil rights // Legal Bulletin of the Kuban State University. 2021. №. 2. Pp. 9–14.
4. Chvankin S.A. Audio and video recordings as a type of electronic evidence in the civil procedure // Theory and practice of law. 2018. Vol. 2. Pp. 1–17.
5. Dholam S. Electronic evidence and its challenges // URL: [http://mja.gov.in/Site/Upload/GR/Title%20NO.129\(As%20Per%20Workshop%20List%20title%20no129%20pdf\).pdf](http://mja.gov.in/Site/Upload/GR/Title%20NO.129(As%20Per%20Workshop%20List%20title%20no129%20pdf).pdf).
6. Fanger R. Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozessrecht. Doctoral Thesis. Basel, 2005.
7. Gasser C. Digital Evidence in the New Swiss Federal Code of Civil Procedure Digital // Evidence and Electronic Signature Law Review. 2009. Vol. 6. Pp. 194–196.
8. Gasser C. Electronic legal correspondence in Switzerland: the latest developments // Evidence and Electronic Signature Law Review. 2014. Vol. 11. Pp. 25–28.
9. Gasser C., Peters S. Submission of Evidence Through Digital Documents in Swiss Civil Litigation // Evidence and Electronic Signature Law Review. 2006. Vol. 3. Pp. 84–88.
10. Hörnle J. Cross-border Internet Dispute Resolution. Cambridge, 2009.

11. Hörnle J. Encouraging Online Alternative Dispute Resolution (ADR) in the EU and Beyond // *European Law Review*. 2013. T. 38 (2). С. 187–208.

12. Jokubauskas R., Świerczyński M. Is revision of the council of Europe guidelines on electronic evidence already needed? // *Utrecht Law Review*. 2020. 16 (1). С. 13–20.

13. Mason S., Rasmussen U. The Use of Electronic Evidence in Civil and Administrative Law Proceedings and Its Effect on the Rules of Evidence and Modes of Proof: A Comparative Study and Analysis. Strasbourg. 2016. // URL: <https://rm.coe.int/1680700298>.

14. Schafer B. & Mason S. The characteristics of electronic evidence. *Electronic Evidence* / S. Mason & D. Seng (Eds.). London: University of London Press, 2017. С. 18–35.

15. The New Swiss Civil Procedure Code // URL: https://www.vischer.com/fileadmin/uploads/vischer/Documents/Activities/Brosch_CPC_EN_Web.pdf.

16. Weir George R.S., Mason S. The Sources of Electronic Evidence. *Electronic Evidence* / Под ред. Mason S. and Seng D. London, 2017. С. 1–17.

11. Hörnle J. Encouraging Online Alternative Dispute Resolution (ADR) in the EU and Beyond // *European Law Review*. 2013. Vol. 38 (2). Pp. 187–208.

12. Jokubauskas R., Świerczyński M. Is revision of the council of Europe guidelines on electronic evidence already needed? // *Utrecht Law Review*. 2020. 16 (1). Pp. 13–20.

13. Mason S., Rasmussen U. The Use of Electronic Evidence in Civil and Administrative Law Proceedings and Its Effect on the Rules of Evidence and Modes of Proof: A Comparative Study and Analysis. Strasbourg. 2016. // URL: <https://rm.coe.int/1680700298>.

14. Schafer B. & Mason S. The characteristics of electronic evidence. *Electronic Evidence* / S. Mason & D. Seng (Eds.). London: University of London Press, 2017. Pp. 18–35.

15. The New Swiss Civil Procedure Code // URL: https://www.vischer.com/fileadmin/uploads/vischer/Documents/Activities/Brosch_CPC_EN_Web.pdf.

16. Weir George R.S., Mason S. The Sources of Electronic Evidence. *Electronic Evidence* / Ed. by Mason S. and Seng D. London, 2017. Pp. 1–17.

КОНФЕРЕНЦИИ; СИМПОЗИУМЫ;
НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЕ СЕМИНАРЫ

НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ СЕМИНАР
«УСМОТРЕНИЕ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ»

DOI: 10.31429/20785836-13-3-71-72

Семенцов Владимир Александрович
доктор юридических наук, профессор
профессор кафедры уголовного процесса
ФГБОУ ВО «Кубанский государственный университет»
ID ORCID: 0000-0002-1127-5603
Author ID: 57194869679

Sementsov Vladimir Alexandrovich
Doctor of Law, Professor
Professor of Criminal Procedure Department
Kuban State University

1 июля 2021 г. кафедрой уголовного процесса юридического факультета имени А.А. Хмырова Кубанского государственного университета совместно с коллегией адвокатов «Хмыров, Валявский и партнеры», при поддержке Адвокатской палаты Краснодарского края в зале ученого совета проведен научно-практический семинар «Усмотрение в уголовном процессе».

С приветственными словами на семинаре выступили:

Потапенко Сергей Викторович – декан юридического факультета имени А.А. Хмырова Кубанского государственного университета доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, Кубани и Республики Хакасия, почетный работник судебной системы;



Гладышева Ольга Владимировна – заведующий кафедрой уголовного процесса Кубанского государственного университета, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Кубани;

Семенцов Владимир Александрович – профессор кафедры уголовного процесса Кубанского государственного университета, доктор юридических наук, профессор;

Костенко Роман Валерьевич – профессор кафедры уголовного процесса Кубанского государственного университета, доктор юридических наук, профессор;

Хмыров Ростислав Владимирович – вице-президент Адвокатской палаты Краснодарского края, председатель комиссии по защите профессиональных прав адвокатов, председатель коллегии адвокатов «Хмыров, Валявский и партнеры»;

На семинаре заслушаны и обсуждены доклады:

1. *Формы законодательного выражения усмотрения в уголовному судопроизводстве и его субъекты* – Гладышева Ольга Владимировна, заведующий кафедрой уголовного процесса Кубанского государственного университета, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Кубани.

2. *Соотношение усмотрения и убеждения в уголовном процессе* – Костенко Роман Валерьевич – профессор кафедры уголовного процесса Кубанского государственного университета, доктор юридических наук, профессор.

3. *Усмотрение должностных лиц в уголовном процессе и его влияние на нарушение профессиональных прав адвокатов* – Хмыров Ростислав Владимирович, вице-президент Адвокатской палаты Краснодарского края, председатель комиссии по защите профессиональных прав адвокатов, председатель Коллегии адвокатов «Хмыров, Валявский и партнеры».

4. *Усмотрение и неразглашение данных предварительного следствия* – Карпович Никита Владимирович, адвокат коллегией адвокатов «Хмыров, Валявский и партнеры».

Доклады участников семинара отличались несомненной актуальностью и высокой практической значимостью рассмотренных проблем усмотрения в сфере уголовного процесса.

Участники семинара поблагодарили коллектив кафедры уголовного процесса Кубанского государственного университета за прекрасную организацию научного мероприятия и выразили надежду на продолжение творческого сотрудничества.



СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА; ИСТОРИЯ УЧЕНИЙ О ПРАВЕ И ГОСУДАРСТВЕ

- Адыгезалова Г.Э., Киенко Н.Д.* Сравнительный анализ правового позитивизма Джона Остина и реалистического движения в американской юриспруденции 2
- Михель Д.Е.* Теоретико-методологические проблемы построения российской системы права 8

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

- Зарапина Л.В., Костина О.В.* Нотариальное удостоверение медиативного соглашения как способ осуществления и защиты прав 15

УГОЛОВНЫЙ ПРОЦЕСС

- Семенцов В.А., Дак Биен Май* Процессуальные полномочия прокурора при приеме, проверке и разрешении сообщения о преступлении в Российской Федерации и Социалистической Республике Вьетнам ... 23
- Татьянина Л.Г., Татьянин Д.В.* Производство следственных действий с участием малолетнего свидетеля по уголовным делам 38

КРИМИНАЛИСТИКА; СУДЕБНО-ЭКСПЕРТНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ; ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ

- Калужина М.А.* Система оперативно-розыскного контроля за лицами, освобожденными из мест лишения свободы: российский и зарубежный опыт 39

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО; АДМИНИСТРАТИВНЫЙ ПРОЦЕСС

- Епифанова Е.В.* Понятие охраны здоровья населения в Российской Федерации как объект административно-правового регулирования 46
- Жеребцов А.Н.* О сущности и системе видов миграционных потоков в рамках концепции государственной миграционной политики Российской Федерации 51
- Табельский С.В.* Некоторые проблемы правосубъектности в административно-процессуальных правоотношениях 56

ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС; АРБИТРАЖНЫЙ ПРОЦЕСС

- Даниелян А.С.* Электронные доказательства в гражданском процессе зарубежных стран (на примере Европейского Союза, Швейцарии, Украины) 62

КОНФЕРЕНЦИИ; СИМПОЗИУМЫ; НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЕ СИМИНАРЫ

- Семенцов В.А.* Научно-практический семинар «Усмотрение в уголовном процессе» 71