

Министерство внутренних дел Российской Федерации
Нижегородская академия

ДЕСЯТЫЕ БАБАЕВСКИЕ ЧТЕНИЯ

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЮ ПРАВОМ: ТЕОРИЯ, ПРАКТИКА, ТЕХНИКА

*Сборник статей по материалам
Международной научно-практической конференции
(Нижний Новгород, 23–24 мая 2019 года)*

Под редакцией
доктора юридических наук, профессора В.А. Толстика,
доктора юридических наук, профессора В.М. Баранова,
кандидата юридических наук П.В. Васильева

Нижний Новгород
НА МВД России
2019

УДК 34
ББК 67
П83

Рецензенты:

кандидат юридических наук, доцент *К.Г. Салтыков*
(Дальневосточный юридический институт МВД России);
кандидат юридических наук *А.Г. Репьев*
(Барнаульский юридический институт МВД России)

П83 Противодействие злоупотреблению правом: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 23–24 мая 2019 года) / под ред. В.А. Толстика, В.М. Баранова, П.В. Васильева. – Н. Новгород: Нижегородская академия МВД России, 2019. – 553 с.: цв. ил.

В сборник включены статьи участников Международной научно-практической конференции «Противодействие злоупотреблению правом: теория, практика, техника», состоявшейся в Нижнем Новгороде 23–24 мая 2019 года на базе Нижегородской академии МВД России.

Публикуемые материалы предназначены для научных работников, преподавателей, аспирантов (адъюнктов), студентов юридических образовательных организаций, а также сотрудников правоохранительных органов, органов государственной власти и местного самоуправления.

Печатается по решению редакционно-издательского совета
Нижегородской академии МВД России

ISBN 978-5-88840-169-9

© Нижегородская академия МВД России, 2019

СОДЕРЖАНИЕ

ДОКЛАДЫ НА ПЛЕНАРНОМ ЗАСЕДАНИИ

Баранов В.М. Обход закона: сущность и проблемы противодействия.....	8
Соболева А.К. Злоупотребление правом в практике Европейского суда по правам человека: аргументативная легитимация решений об отказе в рассмотрении жалобы.....	35
Зайцева Е.С. Злоупотребление правом в законотворческой деятельности	48
Колоколов Н.А. Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве.....	58
Поляков С.Б. Злоупотребление правом и принцип формальной определенности закона	85
Головкин Р.Б. Некоторые проблемы противодействия злоупотреблениям в сфере реализации цифровых прав.....	96
Толстик В.А. Техничко-юридические способы противодействия злоупотреблению правом	105

ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

Алексеев С.Н. Злоупотребление правом в контексте реализации согласительных процедур в административном законодательстве.....	121
Алексеева Л.А., Линдт А.А. К вопросу о злоупотреблении правом в избирательном процессе	126
Афанасьев А.Ю. Механизм доказывания злоупотреблений полномочиями.....	132
Баранова М.В. Злоупотребление правом как правокультурный концепт	141
Белинская М.П. Проведение открытого конкурса в сфере госзакупок как разновидность правоприменительных процедур (в контексте злоупотребления правом)	147
Беляков А.В. Советское законодательство о лишении избирательных прав бывших полицейских и практика злоупотребления правом (на материалах Нижегородской губернии)... ..	152

Варенцова Л.Ю. Борьба со злоупотреблениями служителей государственных кабаков в Российском государстве в XVII веке	159
Васильев П.В. О возможностях критериального подхода к изучению юридических явлений (на примере понимания злоупотребления правом)	169
Выборнов А.Ю. Злоупотребление правом на Нижегородской ярмарке во второй половине XIX – начале XX века	181
Ивашевский С.Л. Нормативизация образования и гуманизм в контексте проблематики злоупотребления правом.....	192
Ильин И.В. Вопросы противодействия злоупотреблению правом участниками гражданского и арбитражного процесса..	197
Кабанов П.А. Злоупотребление правом в форме правомерного обхода закона при реализации государственной политики противодействия коррупции	202
Кабышев С.В. Доктрина противодействия злоупотреблению правом в Канаде.....	208
Кодан С.В. Внезаконные нормативные акты в механизмах злоупотребления публичным правом (историко-источниковедческий аспект)	212
Козлова М.Ю. Признаки злоупотребления правом в тексте гражданско-правового договора	223
Крусс В.И., Вихрова В.А. Дистанционное заключение договора банковского вклада: «инновационные» риски злоупотреблений правом	231
Крусс В.И., Воронин А.В. Мессенджеры как средства коммуникации в контексте конституционной теории злоупотребления правом	239
Кудряшова Е.С. Злоупотребление правом при реализации института дисциплинарной ответственности в досудебном уголовном судопроизводстве	246
Купцова О.Б. Взаимодействие государства и гражданского общества в рамках генезиса делиберативной демократии на пути противодействия злоупотреблению правом	253
Ламтева А.В. Уголовно-процессуальные пожелания: в шаге от злоупотреблений.....	257

Лукьянов С.А. Дело «просяньских иудействующих»: о влиянии К.П. Победоносцева на государственную вероисповедную политику в отношении религиозных сектантов в конце XIX века.....	266
Лушин А.Н. Противодействие злоупотреблениям служебными полномочиями чинами полиции в XIX веке (на примере Нижегородской губернии)	277
Магнутов Ю.С. Субкультура АУЕ как форма криминального злоупотребления правом	283
Макарейко Н.В. Пределы государственного принуждения как средство противодействия злоупотреблению правом.....	287
Михайлов А.Е. Злоупотребление правом как нравственная проблема: эвтаназия – убийство или спасение?	294
Орлов Д.В. Противодействие злоупотреблению правом в региональном правотворчестве: специфика и проблемы	302
Осипов М.Ю. Основные причины и условия «злоупотребления правом».....	309
Парфенов А.В. Злоупотребление правом на «компромиссное» поведение.....	314
Петрянин А.В. Злоупотребление как уголовно-правовая категория	324
Петрянина О.А. Злоупотребление правом в области охраны общественной нравственности: международно-национальные аспекты	329
Поляков М.П. Идея асимметрии оценки допустимости доказательств в уголовном процессе как идеологическая предпосылка злоупотребления правом на защиту	335
Пронина М.П. Противодействие злоупотреблению уголовными нормами при квалификации преступлений	344
Ремизов П.В. Злоупотребление специализацией при конструировании норм административно-деликтного права.....	354
Репьев А.Г. Злоупотребление правом на преимущества и дискриминация: оценка взаимопроникновения явлений и понятий..	357
Ромашов Р.А. Злоупотребление правом. Может ли право быть инструментом зла?	365

Салтыков К.Г. Перспективы использования термина «кверулянт» для обозначения субъекта злоупотребления правом граждан на обращения	377
Санинский Р.А. Теневая экономика как форма злоупотребления правом.....	382
Скоробогатов А.В., Краснов А.В. Злоупотребление правом: феноменологический подход	387
Смирницкий А.Е. Роль ведомственной печати в противодействии злоупотреблению правом в сфере советского народного образования в первое послевоенное десятилетие (1945–1955 годы)	394
Соборнов П.Е. Европейская реформация как форма протеста против злоупотребления церковным правом.....	402
Сухова Н.И. Снижение оценочности понятия «злоупотребление правом» в целях противодействия его осуществлению... ..	407
Титова Е.А. Юридический состав злоупотребления правом: общетеоретическая характеристика	412
Третьякова О.Д., Петрова И.Л. Противоправные поликодовые тексты как форма злоупотребления правом на свободу мысли и слова	417
Хужин А.М. Злоупотребление правом как основание гражданско-правовой ответственности	428
Хужина О.Н. К вопросу о злоупотреблении правом адресатом согласования	434
Шаутаева Г.Х. Представление о принятии мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления, как уголовно-процессуальное средство профилактики злоупотребления правом.....	440

Трибуна молодого ученого

Бочкарев М.В. Мера и злоупотребление в праве.....	446
Волк-Леонович С.О. Противодействие злоупотреблению княжеской властью в Древнерусском государстве	453
Говорухина Ю.В. Злоупотребление правом на этапе разработки стратегий	458

Грешнова Г.В. Злоупотребление правом в контексте государственного принуждения	462
Зуева Ю.В. Превышение пределов необходимой обороны как особая форма злоупотребления правом.....	466
Иваньшина А.Э. Противодействие злоупотреблению правом органов предварительного расследования на свободную тактику стимулирования обвиняемого к признанию своей вины в ходе проведения допроса и иных следственных действий	474
Ивенин В.О. Злоупотребление правом как явление, дестабилизирующее оперативно-разыскные отношения.....	480
Кипарисов Ф.Г. Пределы бланкетного регулирования в контексте злоупотребления правом	491
Кочнева А.А. Некоторые вопросы противодействия злоупотреблению абсолютными интеллектуальными правами	498
Момотова Е.П. Злоупотребление правом в период правления императора Павла I	506
Нефедова К.А. Заведомо ложный донос как форма злоупотребления правом	511
Одинокова А.В. К вопросу о статусе специального субъекта при злоупотреблении полномочиями	515
Сидоркин Ю.В. Злоупотребление правом местными властями при реализации законоположений о свободе вероисповедания в Российской империи.....	524
Фомин В.Ю. Нетипичные правовые последствия в механизме противодействия злоупотреблению субъективным юридическим правом на установление рейтинговых систем.....	529
Чунина М.С. Роль правоинтерпретационной практики Верховного Суда Российской Федерации в противодействии злоупотреблению процессуальными правами	541

ДОКЛАДЫ НА ПЛЕНАРНОМ ЗАСЕДАНИИ

УДК 34

Баранов В.М.,

доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности, президент Нижегородского исследовательского научно-прикладного центра «Юридическая техника»

Обход закона: сущность и проблемы противодействия

Г.В.Ф. Гегель, заметив, что «гангренозные члены нельзя лечить лавандовой водой», констатировал: «состояние, при котором яд, убийство из-за угла стали обычным оружием, не может быть устранено мягкими мерами противодействия»¹. По аналогии массовые тяжкие злоупотребления правом должны пресекаться **адекватной** системой мер государственного принуждения, убеждения и поощрения.

В имеющейся ныне системе противодействия злоупотреблению правом есть слабое звено – феномен «обход закона». Сущность, виды, процессы, юридические последствия обхода закона подвергаются исследованиям в основном в цивилистике, но и здесь проблема **противодействия** остается в тени.

«Обход закона», хотя и известен со времен римского права, представляет собой не доктринальное, не академическое понятие,

¹ Гегель Г.В.Ф. Конституция Германии // Политические произведения. Москва: Изд-во «Наука», 1978. С. 152.

а *бытовое, публицистическое* словосочетание. Это **межотраслевой термин**, обозначающий ситуации использования во благо себе, но без цели причинения вреда кому либо, **изъяны** содержания либо формы юридической нормы, процесса ее реализации, неполноты или противоречивости механизма правового регулирования.

В этом контексте нельзя согласиться с исследователями, которые приписывают этому словосочетанию статус юридической категории¹. То, что рассматриваемое словосочетание – законодательное (ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации) и широко применяется в судебной практике, активно используется в письмах ФНС России, ФАС России, информациях Банка России, не превращает его автоматически в правовую категорию.

Кстати, такая же познавательная ситуация сложилась и с применением в юридической науке и практике словосочетания «злоупотребление субъективным правом». Так, в одной интересной в целом монографии первая глава называется «Становление и развитие категории «злоупотребление субъективным правом», генезис ее отражения в материальном и процессуальном законодательстве», но на 43 страницах текста книги вообще нет обсуждения логико-гносеологического статуса этого фено-

¹ См.: Белова Д.В. Исторические аспекты становления гражданско-правовой категории «обход закона» // Аспирант. 2016. № 6 (22); Ветер Н.Ю. К вопросу о сущности юридической категории «обход закона» в современном гражданском праве // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета (Научный журнал КубГАУ) [Электронный ресурс]. Краснодар: КубГАУ, 2014. № 10 (104); URL: <http://ej.kubagro.ru/2014/10/pdf/030.pdf> (дата обращения: 02.10.2019); Камышанский В.П. Категория «обход закона» в российском гражданском праве // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета (Научный журнал КубГАУ) [Электронный ресурс]. Краснодар: КубГАУ, 2014. № 7 (101); Муранов А.И. Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 1999; Никитина М.А. К вопросу об историческом становлении и развитии категории «обход закона» в российском гражданском праве // Научный поиск. 2016. № 2.1; Ряполова О.А. К вопросу о содержании правовой категории «обход закона» // Проблемы современного российского законодательства. Москва: Всероссийский государственный университет юстиции (РПА Минюста России), 2013.

мена¹. Крайне редко он именуется «категория» как само собой разумеющимся описательным приемом, но отнюдь не методологическим средством. Авторы не считают нужным разграничивать по содержанию и форме понятие от термина и категории. Правовые категории – элемент, «верхний эшелон» понятийных рядов юридической науки (теории государства и права и отраслевых правовых дисциплин). Факт закрепления того или иного понятия в законодательстве, разумеется, имеет немалое значение, но не в плане признания его категорией. В нашем случае «обход закона» – термин, обозначающий **деяние**, имеющее правовое значение. Это действие либо бездействие, то есть юридический факт (либо фактический состав), влекущий за собой правовые последствия (подчеркиваю – правовые последствия, но не вред). Термин «обход закона» в системе научных знаний юриспруденции занимает **периферийное** место на стыке понятийных рядов теорий правонарушения, юридической ответственности, правосознания, правовой культуры, правоотношения. Что касается юридической практики, то обход закона, если проводить беспристрастный правовой анализ, не представляет собой деяние, функционирующее в качестве непосредственного предмета гражданского, административного, уголовного и конституционного судопроизводства. Если же это происходит, то за обход закона по самым различным причинам выдаются злоупотребления субъективными правами, причинившие тот или иной (иногда только моральный либо репутационный) вред.

По поводу обхода закона в языках мира существует много образных суждений, афоризмов, пословиц. «Обман уничтожает

¹ См.: *Андреева О.И., Желева О.В.* Злоупотребление обвиняемым субъективными правами и его преодоление в ходе предварительного расследования. Томск: Издательский Дом Томского государственного университета, 2019. С. 6–49. См. также: *Азаров В.А., Нурбаев Д.М.* Категория «злоупотребление правом» в уголовном процессе: межотраслевой взгляд // Вестник Томского государственного университета. Право. 2016. № 3. С. 5–12; *Баев О.Я.* «Злоупотребление правом» как уголовно-процессуальная категория // Вестник Воронежского государственного университета. Серия «Право». 2013. № 2. С. 336–349; *Бармина О.Н.* Злоупотребление правом как общеправовая категория: теоретико-правовой анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Киров, 2014; *Зайцева С.Г.* «Злоупотребление правом» как правовая категория и как компонент нормативной системы законодательства Российской Федерации. Рязань: Поверенный, 2002.

все» – таково красочно выраженное мнение австралийского правоведа Джона Финниса¹.

Русская паремиология фиксирует скептическое отношение к закону и одобрение умений любыми способами его обойти: «Законов свод, а мы в обход», «На то и закон, чтобы его обойти». В.И. Жельвис отмечает, что русские воспринимают закон, как телеграфный столб: его нельзя перепрыгнуть, но можно обойти. Первая мысль русского человека после введения нового закона – как этот закон обойти, и не имеет ни малейшего значения, о чем этот закон, потому что законы в принципе не могут быть полезными для рядового гражданина². Конечно, в этом суждении присутствует нигилистическое преувеличение, но нас в данном случае интересует бесспорный факт – почти у любого принятого закона, как правило, есть противники и некоторые из них нацелены на поиск обходных путей.

Так или иначе, но теория предупреждения преступности (и даже еще шире – противоправности) не может быть признана цельной и совершенной без действенной системы профилактики обхода закона.

Многолетние споры о правовой природе злоупотребления правом (одни считают его особым видом правонарушения, другие – вариантом противоправного поведения, но не правонарушением, третьи – правомерным поведением, четвертые – самостоятельной разновидностью юридически значимого поведения³) имеют непосредственное отношение к понятию «обход закона».

Феномен злоупотребления правом ярко демонстрирует поразительный дефект методологии юриспруденции – **экл**

¹ Финнис Дж. Естественное право и естественные права / пер. с англ. Москва; Челябинск: ИРИСЭН; Социум, 2019. С. 357.

² См.: Жельвис В.И. Эти странные русские. Москва: Издательство Эгмонт Россия ЛТД, серия «Внимание: иностранцы!», 2002. С. 48; Саркисянц В.Р. Юридическая лингвистика и современная лексикография. Ростов-на-Дону: А.О. «Книга», 2017. С. 28.

³ Подробнее см.: Вольфсон В.Л. Противодействие злоупотреблению правом в российском гражданском законодательстве. Москва: Проспект, 2014; Крусс В.И. Злоупотребление правом: учебное пособие. Москва: НОРМА: ИНФРА-М, 2017; Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва: Юрлитинформ, 2017; Шайхутдинов Е.М. Злоупотребление правом: природа и понятие // Российское правосудие. 2019. № 4. С. 22–30.

ность, когда исследователи считают возможным искусственно, руководствуясь лишь научной интуицией, соединять воедино совсем не одинаковые по своей правовой природе явления. Вряд ли это метод диалектики в действии. Например, Д.Н. Горшунов пишет: «Злоупотребление правом – это правомерное по форме, но противоправное, и зачастую одновременно (но не всегда) асоциальное или аморальное (по своему содержанию и субъективным характеристикам), находящееся в состоянии конфликта с охраняемыми законом интересами иных субъектов, при этом юридически значимое поведение субъекта»¹. Абстрагируясь от неоправданной громоздкости дефиниции, отмечу ее отнюдь не диалектические противоречия. Только резкий отрыв формы от содержания позволяет характеризовать злоупотребление правом **одновременно** как правомерное, так и противоправное поведение. Все-таки в любом феномене доминирует содержание и именно оно должно рельефно и определенно выражать сущность – либо противоправность, либо правомерность. Любое правонарушение (в различной степени) аморально и потому оговорка автора «но не всегда» неверна. Аморальное – всегда асоциальное и в этом контексте союз «или» в рассматриваемом определении излишен. Не ясно, что автор имеет в виду под субъективными характеристиками и куда «исчезают» объективные характеристики.

Глубоким содержанием отличается определение понятия «злоупотребление правом», предложенное В.И. Круссом. «Злоупотребление правом, – констатирует он, – это конституционно недопустимое (неправомерное по сути), формально законное недобросовестное деяние (действие или бездействие) субъекта права, нарушающее права и свободы человека и гражданина и способное причинить вред частным или публичным конституционным интересам, а также другим конституционным ценностям»².

Дефиниция, на мой взгляд, страдает чрезмерной абстрактностью и, пожалуй, идеалистичностью. Для «рабочего», как его

¹ Горшунов Д.Н. Некоторые теоретические аспекты категории злоупотребление правом // Актуальные проблемы юридической науки и практики: сборник научных трудов. Тамбов: Издательство «Интеграция», 2006. С. 80.

² Крусс В.И. Злоупотребление правом: учебное пособие. Москва: Норма: ИНФРА-М., 2017. С. 61.

«квалифицирует» сам исследователь, определения оно содержит слишком много оценочных понятий высокого философско-конституционного уровня. Словосочетание «конституционно недопустимое» – явное превышение планки государственных требований. «Формально законное недобросовестное деяние» – противоречиво, поскольку пределы формального законного деяния установить крайне трудно. «Способность причинения вреда частным или публичным интересам и ценностям» – весьма зыбкое основание неправомерности, ибо речь идет об угрозе, которая может никогда не осуществиться.

Определение термину «обход закона» адекватного места в юридической науке и практике – это противодействие множеству зачастую противоречащих друг другу его трактовок и толкований, неосновательно возвышающих, гиперболизирующих его логикогносеологический статус, организационно-управленческие, морально-психологические и культурно-воспитательные возможности. Но самое главное – это поможет исключить незаконные факты привлечения за обход закона к юридической ответственности, когда подменяется субъект асоциальной деятельности субъектом правонарушения, конструируется несуществующий состав правонарушения.

В этой связи один пример. Молодая привлекательная женщина, обладающая знанием законодательства, смогла трижды последовательно и всегда официально зарегистрировать брак с очень состоятельными возрастными мужчинами, у которых была диагностирована четвертая степень рака: через свою подругу, работавшую в онкологическом диспансере, она точно знала об их безнадежном состоянии. Они все умерли, но перед тем развелись с женами. Женщина наследовала имущество, немалые денежные средства. Три прежние семьи объединили усилия и попытались привлечь ее к юридической ответственности по разным статьям. Все их попытки не увенчались успехом. Дама в объяснении прокуратуре твердо стояла на том, что во всех случаях у нее была глубокая любовь к своим избранникам, огромная разница в возрасте (25–30 лет) для нее не имеет значения, за имуществом и деньгами не гналась (на то была воля мужей), закон не устанавливает допустимое количество браков.

Противодействие обходам закона можно активизировать и унифицировать, если определить место этого феномена в фило-

софско-методологической связке – «право – неправо». Как известно, Гегель одним из видов неправы считал **сознательный обман**. По Гегелю, «различие между преступлением и обманом состоит в том, что в обмане в форме его совершения еще заключено признание права, чего уже нет в преступлении»¹. Применительно к обходу закона это означает: правонарушитель асоциально использует возможности права, доверие к нему, уважение его значительным числом граждан. Обход закона – умышленный, «квалифицированный» обман, ибо обходящий юридическую норму не только знает ее, но и нашел в ней «слабое звено». Обход закона, если угодно, требует не только опасно заостренных специальных знаний, умений, навыков, но и определенного уровня «противоправного мастерства». Совершить обход закона случайно вряд ли возможно. Как правило, этот юридический акт (фактический состав) требует значительной предварительной (порой сложной аналитической) подготовки, выстраивания различных сценариев асоциальных шагов, сопоставления выгод и опасностей планируемого деяния. Случайно обнаружить способ обхода закона возможно, а вот совершить его случайно нельзя.

Особой общественной опасностью отличается обход закона в **политической сфере**. Речь идет о злоупотреблении полномочиями в политических целях (в том числе в обход законно установленных демократических процедур) – для укрепления личной или групповой власти, обеспечения поддержки высокого должностного статуса². Здесь имеется в виду и противозаконный лоббизм, когда происходит корыстная «продажа» государственных управленческих решений. Противодействие здесь организовать особенно трудно из-за высокой латентности этих деяний, мощного властного ресурса, недостатка знаний и опыта контроля у институтов гражданского общества. Например, юридическое управление крупной частной корпорации «убеждает» субъекта законодательной инициативы представить и провести законопроект, кото-

¹ Гегель Г.В.Ф. *Философия права* / пер. с нем. Б.Г. Столпнера; вступ. ст. В.С. Соловьева; примеч. В.С. Нерсесянца. Москва: Мир книги, Литература, 2007. С. 145.

² См.: Конституционно-правовые основы антикоррупционных реформ в России и за рубежом: учебно-методический комплекс. Москва: Юстицинформ, 2016. С. 101–102; Лукьянова Е.А., Шаблинский И.Г. *Авторитаризм и демократия*. Москва: Мысль; Бизнес и Мысль, 2018. С. 307.

рый служит главным образом частным (групповым) интересам и немного общественным потребностям. В случае успеха – как доказать, что это реально обход закона: ведь состоялось с соблюдением всех законотворческих процедур решение компетентных коллегиальных органов, появилась подпись главы государства.

Обход закона – сфера сознательного изощренного **пренебрежения юридическими обязанностями**. Должностное лицо либо орган государства может искусственно создавать препятствия и затем пытаться законными средствами преодолеть их, обходя закон. Например, мэрия Сочи при противоправном выделении земельных участков под строительство прибегала даже к судебным решениям, **обязывающим** коррупционерам выделять землю.

Обратимся к другой области – конкурентному праву, которое оперирует понятием «злоупотребление доминирующим положением», выступающим частным случаем злоупотребления правом. Злоупотребление доминирующим положением, по всей видимости, можно трактовать шире – это «питательная среда» обхода закона.

Самым опасным, самым радикальным видом обхода закона (это упускают из поля своего доктринального зрения почти все исследователи) выступает обращение граждан, должностных лиц, общественных объединений при разрешении разных конфликтов к теневого праву¹, к внеправовым инстанциям, включая структуры организованной преступности. В таких ситуациях, по сути, происходит «отбрасывание» законодательства, «отключение» его возможностей. Считается, что быстрее, дешевле и результативнее решить проблему на основе неделовых связей, посредством «телефонного права», через авторитетного посредника («решалу»).

Противодействовать этому виду обхода закона крайне сложно – требуется система разноплановых оперативных и административно-управленческих мер, препятствующих такого рода «коллективным сговорам».

Федеральный Конституционный суд Германии иногда в своих решениях по нормоконтролю применяет понятие «ущерб законодательной власти»². При обращении к теневого праву субъ-

¹ Подробнее см.: *Баранов В.М.* Теневое право. Нижний Новгород, 2002.

² См.: Избранные решения Федерального Конституционного суда Германии. Москва: Инфотропик Медиа, 2018. С. 948.

екты наносят реальный ущерб и законодательной, и исполнительной власти, и всей правоохранительной системе государства.

Когда пишут и говорят об обходе закона, то в качестве примеров обычно приводят конкретные дефектные юридические нормы, пробелы, иногда квалифицированное молчание законодателя. У меня возникает не риторический и, надеюсь, не праздный вопрос: возможен ли обход **принципа законодательства, конституционного принципа**? Не уверен, что это удачный и точный пример, но давайте вспомним жилищное право и так называемые малые доли. Это упущение закона, когда дефект позволяет массово обходить принципы равенства, гуманизма, справедливости.

Некоторые исследователи отмечают «негативную тенденцию по расширению практики нейтрализации норм материального права со стороны процессуальных правовых предписаний»¹, не связывая это с феноменом обхода закона. Между тем это своеобразная и весьма опасная форма и злоупотребления, и обхода закона, когда норма материального права обходится с использованием процессуальных средств (недобросовестное изменение подсудности, затягивание судебного разбирательства, окончание дела без вынесения решения). Речь идет о том, что процессуальные нормы права «блокируют» действие не выгодной, не удобной кому-то материальной нормы права. Такую ситуацию можно назвать «внутриправовой деформацией», которая осуществляется, как правило, при помощи профессиональных юристов.

Анализ постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 16 октября 2018 года № 37 по делу о проверке конституционности ч. 1 ст. 281 Трудового кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки О.А. Третьяковой приводит меня к выводу – в отношении О.А. Третьяковой была предпринята попытка обойти Трудовой кодекс путем назначения ее наблюдательным советом на должность члена правления «Акционерного общества Коммерческий банк “РУБанк”». До этого назначения

¹ См.: *Иващенко К.Б.* Соотношение материального и процессуального права в Российском государстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2018. С. 5; *Боловнев М.А.* Эффективность противодействия злоупотреблениям процессуальными правами: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2018. С. 8.

она работала на основании трудового договора в должности начальника финансово-аналитического отдела банка.

Когда приказом Банка России у «РУБанка» была отозвана лицензия, то О.А. Третьякова была уволена как **руководитель** этой организации по ч. 1 ст. 281 Трудового кодекса Российской Федерации.

Конституционный Суд Российской Федерации расценил, что ее увольнение связано с тем, что был неверно истолкован правовой статус О.А. Третьяковой – на нее возложили необоснованные обременения, установленные для руководителя организации в связи с особой значимостью выполняемой им трудовой функции. В постановлении Суда отмечается: «распространение особенностей увольнения руководителя организации на работника, занимающего должность руководителя структурного подразделения акционерного общества – кредитной организации, который наряду с выполнением обязанностей по трудовому договору осуществляет функции члена коллегиального исполнительного органа данной организации на основании решения ее компетентного органа о его избрании (назначении) без заключения трудового договора приводило бы к несоразмерному ограничению трудовых прав такого работника и вступало бы в противоречие с конституционными принципами справедливости, равенства и соразмерности»¹.

Назначение О.А. Третьяковой членом правления банка без заключения трудового договора не позволило обойти Трудовой кодекс Российской Федерации уволить ее в особом порядке, но это зафиксировал и пресек Конституционный Суд Российской Федерации. Легко представить, сколько подобного рода обходов закона не доходит до суда и решается в административном или дисциплинарном порядке.

В постановлении Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности Закона Республики Ингушетия «Об утверждении Соглашения об установлении границы между Республикой Ингушетия и Чеченской Республикой» и Соглашения об установлении границы между Республикой Ингушетия и Чеченской Республикой в связи с запросом Главы Респуб-

¹ Российская газета. 2018. 26 октября.

лики Ингушетия» № 44-П от 6 декабря 2018 года со ссылкой на Рекомендацию Парламентской Ассамблеи Совета Европы 1704 от 29 июля 2005 года употребляется конструкция «обход принципа верховенства права»¹. В силу иной направленности акта Конституционного Суда Российской Федерации в нем не раскрывается это понятие. Надо признать, что юридическая наука и практика пока не выработали механизм и критерии обхода принципа законодательства, а без этого можно бесконечно долго дискутировать: происходит или нет обход любого конкретного принципа законодательства в той или иной спорной ситуации. Что касается территориального спора между Республикой Ингушетия и Чеченской Республикой, то группой депутатов Народного Собрания Ингушетии была предпринята попытка обхода действующего регионального закона (нормативного акта) посредством необоснованного требования решить спор посредством другой формы права – референдума. Конституционный Суд Российской Федерации пресек эту попытку и не позволил создать прецедент обхода закона через замену (точнее – подмену) его иной формой права, иной процедурой. Нельзя не признать, что выбранный способ обхода закона не лишен правовой и социально-политической оригинальности: предлагалось обратиться к самой демократичной прямой форме народного волеизъявления. При этом сознательно игнорировалась правовая позиция Парламентской Ассамблеи Совета Европы (выражена еще в 2005 году) и постановлений Конституционного Суда Российской Федерации (№ 10 от 11 июня 2003 года и № 3 от 21 марта 2007 года): «референдум не может подменять органы народного представительства».

Противодействие обходам закона может быть более результативным, если этот феномен не будет вольно или невольно выдаваться за иное (возможно и похожее) противоправное поведение. Обратимся к обзору судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 5 (утвержден Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 27 декабря 2017 года), где опубликовано решение по делу № ДК17-8 о правомерности применения к заместителю председателя Центрального районного суда г. Волгограда Г. дисциплинарного взыскания в виде досрочного

¹ Российская газета. 2018. 20 декабря.

прекращения полномочий судьи. Приведем фрагмент судебного решения и, хотя он объемный, но из него ясна суть произведенного обхода закона.

«В судебном заседании установлено, что Г., специализирующийся на рассмотрении уголовных дел и иных материалов, вытекающих из уголовного судопроизводства, достоверно знал, что К. осужден за тяжкие преступления. На момент обращения в суд адвоката П. с ходатайством об условно-досрочном освобождении К. не отбыл половину назначенного ему срока наказания в виде лишения свободы. Вопреки действующему законодательству судья принял заявление адвоката к своему производству и 18 февраля 2016 года в нарушение п. «б» ч. 3 т. 79 Уголовного кодекса Российской Федерации принял решение об условно-досрочном освобождении осужденного из мест лишения свободы.

Принимая к рассмотрению ходатайство адвоката П. об условно-досрочном освобождении К., Г. достоверно знал о том, что дело неподсудно Центральному районному суду, поскольку ФКУ СИЗО-1 УФСИН России по Волгоградской области местом отбывания наказания К. не являлось.

Осужденный К. был этапирован в ФКУ СИЗО-1 УФСИН России по Волгоградской области в порядке ст. 77¹ Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации на основании постановления судьи Г., вынесенного им в рамках находившегося в его производстве уголовного дела в отношении К.

При этом этапирование К. в судебное заседание по уголовному делу в отношении К. необходимо не вызывалось, поскольку он в ходе предварительного следствия в качестве свидетеля по данному уголовному делу никогда не допрашивался, в списке лиц, подлежащих вызову в суд, не указан, в суде К. не допрашивался, что свидетельствует о том, что его доставка в ФКУ СИЗО-1 УФСИН России по Волгоградской области обусловлена желанием Г. *создать видимость законности рассмотрения дела об условно-досрочном освобождении К. именно в Центральном районном суде г. Волгограда*»¹ (курсив мой. – В.Б.).

Я считаю, что в приводимом решении Верховного Суда Российской Федерации точнее было квалифицировать необоснованный

¹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 12. С. 62.

перевод судьей Г. осужденного К. в нужное СИЗО обходом действующего законодательства, обходом установленных правил этапирования. Оценка действий судьи Г. как «видимость законности» чрезмерно неопределенна и малоубедительна. В этой связи итоговая правовая позиция Верховного Суда Российской Федерации могла бы выглядеть так: «Недобросовестное отношение судьи к исполнению профессиональных обязанностей в форме обхода закона при рассмотрении дела привело к искажению фундаментальных принципов судопроизводства, нарушению прав и законных интересов граждан, умалению авторитета судебной власти».

Рискну выдвинуть, наверное, спорное суждение-размышление. Менталитет нации юридической наукой и практикой всегда признавался. И другое дело, что технико-юридическое обеспечение его реальной роли до сих пор не найдено.

Экономист Николай Кричевский, несколько драматизируя, но по сути верно, замечает: «Конфликт с менталитетом нации – самое страшное, что может произойти в государственном управлении. Менталитет существует независимо от того, совпадает он с потребностями власти или нет. Если ты идешь против общественной системы ценностей, рано или поздно получишь мощнейшее противодействие»¹. Обход закона может быть в определенных обстоятельствах средством противодействия государственной власти носителей менталитета, которые далеко не всегда считают нужным принимать доводы разума, аргументы политической власти.

Речь идет о том, что менталитет гражданина дает ему нравственное основание для ухода, бегства от государственного воздействия (влияния), но это отнюдь не означает сопротивления ему. Противодействие, несогласие – да, протест – не всегда.

Широкие (может быть, даже необъятные) возможности для обхода закона открывает конструкция «дух права в ракурсе его соотношения с “буквой закона”». Конечно, для реализации этой конструкции в формате обхода закона требуется супермастерство, определенная философская и культурологическая подготовка, административный ресурс. Обратимся для анализа этой не-

¹ Кричевский Н. Главное – менталитет... // Литературная газета. 2018. 19–25 декабря. С. 5.

простой проблемы к первому крупному, интересному и спорному труду В.В. Сорокина¹.

Автор чрезмерно гиперболизирует выбранную для исследования проблему. На с. 20, провозглашая проблему «духа права» **основной**, В.В. Сорокин пишет: «Все другие, ранее воспринимавшиеся в качестве самостоятельных, окажутся второстепенными и производными». Увлеченность автора темой можно приветствовать, но надо понимать: существуют разные координаты соотношения научных проблем. На с. 206 В.В. Сорокин пишет, что «материальные требования юридической техники отодвигаются на задний план по сравнению с одним важным вопросом – выражает данный правовой акт собой дух права или нет?».

Если есть «дух права», если он – синтез объективного и субъективного, то должны быть и специальные средства его выражения, его проявления, его сохранения. Какие это средства? Исследователи и почитатели «духа права», по всей видимости, эту проблему считают мелкотравчатой.

Исследователь характеризует понятие «дух права» как «могущественное», «таинственное», «выражающее высший божественный план и порядок, идеи абсолютного блага – истины, добра и красоты» (с. 36, 38). На с. 252 В.В. Сорокин констатирует: «Дух права имеет не только **надзаконное**, но и **надгосударственное** значение». Такие оценки и констатации легко могут привести в трепет не только правоприменителя (дознавателя, судью, нотариуса и т. д.), но и законодателя (особенно регионального уровня). Сомневаюсь, что они смогут соотнести ведомственные стандарты и локальные юридические акты, которыми они руководствуются в повседневной жизни, с «духом права». А вот попытаться спекулятивно обратиться к «духу права» вопреки «букве закона» недобросовестные правореализаторы и нормодатели вполне могут в надежде на принятие государственного решения в их пользу.

Что касается формализма юридической техники, то в последние двадцать лет усилиями международного научно-практического форума «Юртехнетика» устойчивым стал тренд – содержатель-

¹ Сорокин В.В. Дух права и буква закона: вопросы понимания, толкования и действия. Москва: Юрлитинформ, 2019.

ность есть базовый принцип технико-правового обеспечения актуальных сфер регламентируемой деятельности¹. Содержание каждого государственного решения подлежит не любому, а строго определенному адекватному правовому оформлению.

Полагаю, что В.В. Сорокин для обоснования своей концепции должен был гораздо больше внимания уделить анализу смыслового измерения права и развернуто показать: почему «дух права», а не смысл его выступает первоосновой. Имеющиеся в гуманитарной литературе работы о природе смысла² не позволяют отдать предпочтение «духу права», поскольку не выяснены их сущностные и функциональные связи. Кстати, судебная практика Верховного Суда Российской Федерации свидетельствует о том, что юридические акты этого органа предпочитают понятие «смысл», а не «дух». Например, п. 11 постановления № 13 Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 мая 2019 года «О некоторых вопросах применения судами норм Бюджетного кодекса Российской Федерации, связанных с исполнением судебных актов по обращению взыскания на средства бюджетов бюджетной системы Российской Федерации» гласит: «Если на момент предъявления к исполнению исполнительного документа, в котором взыскателем является индивидуальный предприниматель, гражданин утратил статус индивидуального предпринимателя, то исходя из смысла статей 23, 24 ГК РФ указанное обстоятельство не влечет возврат исполнительного документа и его исполнение следует осуществлять органом, исполняющим судеб-

¹ Подробнее см.: Нормрайтер как профессия: материалы дискуссии. Москва: РГ-Пресс, 2019.

² См.: *Алефиренко Н.Ф.* Лингвокультурология: ценностно-смысловое пространство языка: учебное пособие. 3-е изд. Москва: Флинта: Наука, 2013; *Гусев С.С.* Смысл возможного. Коннотационная семантика. Санкт-Петербург: Алетейя, 2002; *Ланкин В.Г.* Явление и смысл. Эстезис и логос. Томск: Изд. ТГПУ, 2003; *Разуваев Н.В.* Легитимность права и смысловое измерение правовой реальности // Легитимность права: коллективная монография / под общ. ред. Е.Н. Тонкова, И.Л. Честного. Санкт-Петербург: Алетейя, 2019. С. 142–178; *Франкл В.* Воля к смыслу. Москва: Альпина нон-фикшн, 2018; *Фреге Г.* Смысл и значение // Фреге Г. Избранные работы. Москва: «Лом интеллектуальной книги», 1997. С. 26–43; *Шпет Г.Г.* Явление и смысл. Феноменология как основная наука и ее проблемы. Москва: «Ирмес», 1914; *Шрейдер Ю.А.* Ценности, которые мы выбираем: Смысл и предпосылки ценностного выбора. 2-е изд. Москва, 2010.

ные акты, в пользу этого гражданина, прекратившего свою предпринимательскую деятельность»¹.

Кроме того, желательно было бы узнать от В.В. Сорокина о соотношении понятий «дух времени» и «дух права».

Режиссер Константин Лопушанский, рассуждая об идеях фильма «Сквозь черное стекло», отметил: «Если у человека есть определенные принципы, тем более связанные с религиозным мировоззрением, то они почти всегда бескомпромиссны. Могут обретать как высокие формы, так и совершенно дикие. Этот конфликт духовных баррикад всегда приводил человечество к раздору»². Применительно к теме «духа права» нельзя, чтобы в юриспруденции наступил резкий водораздел.

Дискуссионна доктринальная позиция О.А. Ряполовой, когда она утверждает: «Принцип добросовестности вообще не относится к букве закона и касается лишь его духа, а применение нормы об обходе закона, будучи основанным на целевом толковании избегаемой нормы в конкретном случае, как раз направлено на установление соотношения буквы и духа закона»³.

Поясняя свой тезис, автор на этой же странице пишет: «Установление запрета обхода закона является средством компенсации нехватки его буквы, устранения его неоднозначности. Именно в целях реализации принципа правовой определенности в ст. 10 была использована несколько тавтологичная формулировка «обход закона с противоправной целью» – так законодатель акцентирует внимание на том, что не любое поведение лица, направленное на избежание действия правовой нормы, является обходом закона, а лишь то, последствия которого будут противоречить сути требований отстраняемой нормы».

А.Ю. Царев не без иронии отмечает: «Выходит, что только Конституционный суд, читая иногда текст Конституции через

¹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2019. № 9. С. 6–7.

² Васильева Н. Режиссер Константин Лопушанский – о выборе актеров для новой картины, браках по расчету и столкновении поколений // Известия. 2019. 5 августа.

³ Ряполова О.А. Действие принципов гражданского права при установлении запрета обхода закона // Принципы гражданского права и их реализация: монография / под ред. Т.П. Подшивалова, Г.С. Демидовой. Москва: Проспект, 2019. С. 191.

предложение, вправе сказать, в чем состоит этот дух права»¹. Заключая свою статью, он на с. 267 с явным сарказмом пишет: «Если Конституционный суд ставит дух Конституции выше ее буквы, то стоило ли вообще писать ее текст? Можно было оставить одно название, а потом Конституционный суд выгонял бы из этой Конституции нужных духов».

Интересна, но глубоко спорна позиция К.Е. Торчилина, предложившего следующую дефиницию обхода закона. «Обход закона с противоправной целью, – по его мнению, – поведение, направленное на достижение юридически значимого результата не способом, прямо предусмотренным законодательством, а путем недобросовестного использования других юридических конструкций»². Мне это определение представляется упрощенным, не учитывающим многообразные особенности (по сравнению с гражданским правом) отраслей действующего законодательства, включая международно-правовые элементы. Прежде всего, подлинный обход закона не направлен на достижение противоправной цели: нередки ситуации, когда это деяние совершается ради сохранения существующего положения, без стремления заполучить какие-то блага, денежные средства. Кроме того, обход закона совершается множеством (в том числе и теневых) путей недобросовестного использования не только и не столько юридических конструкций. Любое технико-юридическое средство может быть при необходимости и при определенных условиях вовлечено в процесс обхода закона. Более того, в дополнение к сугубо юридическим средствам мыслимо привлечение иных социальных регуляторов (политических, нравственных, корпоративных, религиозных норм).

Второй параграф третьей главы кандидатской диссертации К.Е. Торчилина имеет наименование «Императивные нормы и обход закона». Возможно, это методологическое и методическое огра-

¹ Царев А.Ю. Об особенностях Конституционного суда России // Российское и международное право: общее и особенное: материалы Всероссийской научно-практической конференции памяти профессора Ф.М. Рудинского, 17 апреля 2019 года / под общ. ред. проф. В.В. Строева, проф. Д.А. Пашенцева. Москва: МГПУ, «Белый Ветер», 2019. С. 266.

² Торчилин К.Е. Императивные нормы в механизме правового регулирования (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2019. С. 13.

ничество и обусловило ход его последующих рассуждений. По его убеждению, «анализ технико-юридических особенностей закрепления данного запрета в ст. 10 ГК РФ указывает на признаки дефинитивной неопределенности, при которой понятие «действия в обход закона» предстает оценочным и зависит от усмотрения суда»¹.

Исследователь выделяет три признака действия в обход закона — **целенаправленность, противоправность, недобросовестность**. И здесь же подчеркивает: данной форме злоупотребления правом не свойственен признак наказуемости. Аргумент на с. 30 автореферата приводится всего один, и он сугубо формально-юридический: «в силу норм ГК РФ, а также с учетом предметных разъяснений Пленума Верховного Суда РФ установление судом факта обхода закона влечет возможность применения мер защиты, но не служит основанием для привлечения недобросовестного субъекта к гражданско-правовой ответственности».

К.Е. Торчилин на с. 30 автореферата диссертации категорично утверждает, что именно императивные нормы права закрепляют правила поведения, преодоление которых образует ключевую задачу обхода закона для достижения противоправной цели. Более того, на с. 31 автореферата диссертации он, на мой взгляд, бездоказательно делает вывод о «невозможности обхода рекомендательных норм, а также практической неосуществимости обхода поощрительных предписаний».

По всей видимости, автор, будучи увлеченным темой исследования, не только гиперболизирует ее, но и не замечает серьезных противоречий своих рассуждений.

Во-первых, он не поясняет, почему **противоправность** действий в обход закона, обход закона с **противоправной целью** не подлежит никакой ответственности. Получается странная картина: юрист в диссертационной работе фиксирует противоправность деяния (а значит общественную опасность его в большей или меньшей степени), считает вполне нормальным, допустимым

¹ Торчилин К.Е. Императивные нормы в механизме правового регулирования (вопросы теории и практики): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2019. С. 29. На с. 6 и 14 автор подчеркивает, что обход закона — качественно новая форма злоупотребления правом, противоправного поведения, но в чем это выражается — не поясняет.

оставлять его без неблагоприятной реакции государства и осуждающей позиции гражданского общества. Такой подход, конечно, «оригинален», но он не согласуется с аксиомами теории права, фундаментальными принципами юридической ответственности, началами законности.

Во-вторых, он, связывая проблематику обхода закона только с гражданско-правовой сферой, императивными юридическими нормами, вторгается в область уголовно-правовых и административно-правовых запретов (с. 31 автореферата), но не учитывает специфики их обхода. И здесь уместно обратиться к постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2019 года № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации», где, в частности, отмечается: «Судам следует учитывать, что не любая императивная норма в значении статьи 422 ГК РФ является нормой непосредственного применения.

К нормам непосредственного применения по смыслу статьи 1192 ГК РФ относятся только такие императивные нормы, которые вследствие указания в них самих или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Императивная норма права имеет особое значение и относится к нормам непосредственного применения, если она имеет своей основной целью защиту публичного интереса, связанного с основами построения экономической, политической или правовой системы государства»¹. Речь идет о том, что императивные нормы права неоднородны и это надо учитывать при анализе феномена «обход закона».

В-третьих, поощрительные нормы права (некоторые правоведы безосновательно именуют их «поощрительными санкциями»²), как и любая иная разновидность юридических норм, могут

¹ Российская газета. 2019. 17 июля.

² Развернутое обоснование теоретической, практической, дидактической неоправданности конструкции – «поощрительная санкция» в юриспруденции. См.: Депоощрение по российскому праву (доктрина, практика, техника): монография / В.М. Баранов, А.Г. Девяшин, Д.А. Пешехонов, А.Г. Чернявский. Москва: ИНФРА-М, 2017.

быть и нередко являются «объектами» обхода. Дело в том, что поощрительные нормы права, будучи особой разновидностью юридических установлений, отличаются многообразием, и это либо затрудняет, либо облегчает их обход.

Проще всего (часто именно это обстоятельство и используется) обойти то поощрительное установление, которое не содержит точного (количественно определенного) описания основания (то есть заслуги) его назначения.

Когда заслуга в поощрительной норме права описывается оценочными понятиями (высокие достижения, добросовестное отношение и т. п.), то государственное поощрение (в обход сути и духа закона) может быть назначено по усмотрению руководителя (начальника). И оспорить такого рода награду невозможно, как невозможно и претендовать на нее.

Иначе дело обстоит с обходом тех поощрительных норм права, где зафиксирована определенная (проверяемая, доказуемая) заслуга. Достижение этих показателей в принципе означает появление у субъекта **права на установленное поощрение**, которое можно потребовать.

Иногда это происходит, но в подавляющем большинстве случаев граждане в силу менталитета либо особенностей характера (полагают, что это унижительно) не считают нужным просить и, тем более, требовать себе награду. Кстати, этот вариант обхода поощрительной нормы права учитывается руководителем, когда подчиненный реально заслуживает награду, но в силу личной неприязни или по другим причинам руководитель не назначает ее.

Обход этого разряда поощрительных норм права происходит в основном при формировании пакета наградных документов, когда заслугами «становятся» вполне рядовые достижения, обычные средние показатели. Надо признать, что элемент субъективизма в государственной поощрительной практике преодолеть трудно, а, может быть, и невозможно. Оптимальное технико-юридическое и одновременно содержательное средство противодействия обхода законодательных поощрительных норм – сведение к минимуму государственных установлений с неопределенной фиксацией заслуги и максимальное расширение предельно конкретных описаний оснований правовых форм поощрения.

В-четвертых, рекомендательные нормы права, вопреки мнению К.Е. Торчилина, – благодатный объект для обхода.

Думается, автор не вполне отчетливо представляет многоплановую правовую природу рекомендательных норм¹. Многие из них в силу закона обладают обязательностью.

Когда официально выдвинутая государством рекомендация **должна быть рассмотрена** (ее можно и не реализовывать), а компетентный орган или общественная организация «не замечают» ее, не ставят на обсуждение, то иначе, чем обходом закона, это назвать нельзя.

Имеются юридические рекомендации по распределению различного рода правовых льгот в области налогообложения, таможенных отношений. Вполне понятно, что неверная реализация и нереализация этого вида рекомендаций влечет серьезные финансовые издержки, а обход их создает преференции в экономической сфере, выступает источником экономической дискриминации.

«Катализатором» не только обхода закона, но и правонарушений выступают юридические рекомендации, где отсутствует указание на источник материального обеспечения ее реализации. Обход таких юридических рекомендаций может происходить так: источник денежных средств станет определяться по усмотрению либо по корысти, размер материальной поддержки будет определяться субъективно по протекции, по минимуму средства будут выделяться неугодным. Иногда юридическая рекомендация безлична, не устанавливает круг субъектов – ее исполнителей (реализаторов). Ясно, что типичным вариантом обхода этой дефектной юридической рекомендации явится бездействие органов государственной власти и управления. Противодействие обходу законодательных рекомендаций можно осуществлять разными способами. Наиболее радикальный из них – «переформатирование» (если предмет регламентации позволяет) рекомендательных норм права в императивное предписание, обход которых значительно сложнее, и где ответственность за «обходные маневры» выше. «Императивные нормы права, – отмечается в литературе, – это

¹ Подробнее см.: *Баранов В.М., Маслов Д.Е. Юридическая рекомендация: доктрина, практика, техника: монография.* Москва: Проспект, 2018.

нормы высшей степени властности (императивности) и подчинения, выраженные в форме обязанностей или запретов (категорические предписания), исключающие любые альтернативные варианты поведения участников, исполнение которых потенциально обеспечено реализацией неотвратимых юридических последствий, а в случае несоблюдения либо неисполнения предписаний – действительным применением к нарушителям мер государственного принуждения»¹.

Противодействие обходу юридических рекомендаций вполне успешно можно осуществить технико-юридическими приемами, повышая качество выдвигаемых, рекомендуемых вариантов деятельности.

Полагаю, что привязка запрета обхода закона к какому-то одному виду юридических норм, одной отрасли законодательства непродуктивна и вряд ли верна по сути. Доминирующая цель упрочения правопорядка, укрепления законности требует формулирования **универсального, гибкого запрета обхода закона**. Важно при предельно широком его дефинировании учесть фактор его гармонизации с иными социальными регуляторами (прежде всего нравственными, религиозными, политическими установлениями).

Весьма своеобразными способами совершается обход существующих законодательных, правительственных и ведомственных актов, регламентирующих порядок защиты докторских и кандидатских диссертаций с грифом «секретно»². Этот факт отметил Главный ученый секретарь ВАК при Минобрнауке России профессор И.М. Мацкевич на Координационном совещании председателей диссертационных советов, созданных на базе образовательных

¹ Дудина А.Н. Императивные нормы права (теоретико-правовое исследование): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Пенза, 2019. С. 12.

² Имеются в виду постановление Правительства Российской Федерации от 17 марта 2015 года № 235 «О порядке присуждения ученых степеней лицам, использующим в своих работах сведения, составляющие государственную тайну» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 12, ст. 1665 и приказ Минобрнауки России от 30 ноября 2015 года № 1388 «Об утверждении положения о специальном совете по защите диссертаций, содержащих сведения, составляющие государственную тайну, на соискание ученой степени кандидата наук, на соискание ученой степени доктора наук». URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71245606/> (дата обращения: 03.10.2019).

и научных организаций системы МВД России, состоявшемся 17 мая 2019 года в Нижегородской академии МВД России.

Цель обхода существующих правовых требований некоторым диссертантам ясна и проста – избежать открытой многоуровневой экспертизы подготовленной квалификационной научной работы. «Закрытие» темы диссертации позволяет: а) освещать результаты диссертационного исследования в изданиях, имеющих ограничительный гриф распространения и использования; б) не размещать диссертацию для публичной оценки на сайте организации, где планируется защита; в) не публиковать для всеобщего ознакомления отзывы ведущей организации и официальных оппонентов; г) проходить контроль в ВАК при Минобрнауке России в специальном (узком по количественному составу) Экспертном совете.

«Болевая точка» здесь, которую не просто обнаружить и которую сложно профилировать, – монографическое диссертационное исследование по своему содержанию никаких государственных тайн не содержит, но формальные основания для ухода под «завесу секретности» есть.

Основными приемами неосновательного засекречивания диссертаций по юриспруденции являются:

- помещение общего плана (то есть не имеющего прямого, а порой и косвенного отношения к содержанию работы) сноски на некоторые действующие или действовавшие ранее секретные документы;

- включение в текст диссертации фрагмента или параграфа, содержащего сведения, составляющие государственную тайну, но которые реально не имеют отношения к раскрытию сущности темы;

- размещение в списке литературы (библиографии работы) документов закрытого характера, которые в тексте диссертации не использованы;

- отстаивание соискателем личной позиции, когда он официально заявляет, что представленная им в диссертации информация по своему характеру **должна** быть секретной.

Конечно, специализированные диссертационные советы проверяют обоснованность включения в диссертацию сведений, составляющих государственную тайну, но далеко не всегда это доказуемо.

Ради справедливости должен признать, что изложенный вариант обхода закона – своеобразная «защитная» реакция на чрезмерно бюрократические правила предзащиты и защиты открытых диссертационных работ, формирования аттестационных дел и прохождения диссертаций в Экспертном совете ВАК при Минобрнауки России по праву.

Радикальный путь противодействия этой разновидности обхода закона – не выдавать лицам, защитившим по этой схеме диссертации, обычный диплом, а разработать и вручать специальные дипломы об ученой степени, которые могут быть применимы в определенных видах деятельности и служить основанием для поощрительной доплаты к заработной плате. То, что ныне защитившие диссертацию с грифом «секретно» получают точно такие же дипломы, как и лица, прошедшие открытую защиту работы, не вполне справедливо. Предлагая эту меру противодействия, я имею в виду диссертации по юридическим и другим гуманитарным наукам. Возможно для секретных изобретений и открытий, которые «оформляются» в виде диссертаций, есть резон выдавать два диплома – обычный и специальный.

Моя доктринальная позиция такова. Обход закона – неординарный вариант **социально-негативной деятельности** субъекта, находящегося в правовом пространстве. Аномальное, антиобщественное, асоциальное, патологическое, деструктивное, деликвентное, маргинальное, аддитивное, девиантное поведение – это все возможные стороны, грани, аспекты, моменты, стадии, состояния социально-негативной деятельности. Речь идет о самых разных видах отрицательного (превосходящего в негативном ракурсе обычно принятый стандарт деятельности) поведения, влекущих нежелательные последствия для государства, общества, индивида¹.

Асоциальность при обходе закона обычно представляет собой **синтез** отступлений от требований правовых, моральных, религиозных, политических, корпоративных и других социальных

¹ Подробнее см.: *Вдовина Т.В.* Понятие и виды социально-негативного поведения // *Lex Russica*. 2005. № 1. С. 164–176; *Депощение по российскому праву (доктрина, практика, техника): монография / В.М. Баранов, А.Г. Чернявский, И.В. Девяшин, Д.А. Пешехонов.* Москва: ИНФРА-М, 2017. С. 44–45.

норм. Именно невероятно причудливые комбинации, экзотические сочетания асоциальности отличают обход закона.

Обход закона – **социальное зло**, и именно по этой причине ему необходимо активно противодействовать. Если проецировать обозначенные в философии формы социального зла¹, то обход закона – не «радикальное», а «банальное» либо «циничное» зло. Это не означает его малой опасности и не предполагает выбора государством либеральных (в смысле сверхмягких) мер пресечения.

Обход закона нельзя трактовать в качестве «объективно приемлемого».

Подлинный обход закона – социально-негативная, но **нейтральная** для государства сфера деятельности. Обход закона – асоциальное деяние (действие либо бездействие), не нарушающее ни принцип законодательства, ни конкретную юридическую норму и потому не являющееся противоправным. Здесь обходящий закон использует во благо себе найденные им дефекты правового регулирования. Обход закона – самобытная **внеправовая** деятельность. Обход закона не является злоупотреблением права, не выступает формой противоправного поведения либо особой разновидностью правонарушения. Не относится обход закона и к правомерному поведению, ибо государству и обществу невыгодно, чтобы юридические установления не действовали, а служили «прикрытием», «ширмой» их реализации. Природа нейтральной для государства деятельности изучена пока слабо, ее структура и функциональные возможности еще не подвергались специальному общенаучному анализу. Ясно одно – нейтральная для государства деятельность – предмет оправданного «квалифицированного молчания законодателя»². Попытки юридически урегулировать нейтральную деятельность означают нарушение государством пределов его вмешательства в частную жизнь и другие сходные «участки» деятельности людей. Обход закона не имеет широкого распространения. Он совершается нечасто в силу

¹ См.: *Яркеев А.В.* Онтологические основания зла в современном обществе: философско-герменевтический аспект: автореф. дис. ... д-ра философ. наук. Ижевск, 2019. С. 14, 18.

² См.: *Баранов В.М.* Риски «квалифицированного молчания законодателя»: доктрина, практика, техника // *Юридическая техника: Ежегодник. 2019. № 13.* С. 63–81.

сложности, «трудоемкости», опасности разоблачения и возвращения в прежнее невыгодное для субъекта обхода состояние (положение).

Правовая природа обхода закона становится яснее, если еще раз в другой связи обратиться к постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 9 июля 2019 года № 24. В пункте 6 постановления разъясняется: «Если с помощью международных договоров Российской Федерации и иных указанных в пункте 1 настоящего постановления источников невозможно определить подлежащее применению право, то суд применяет право государства, с которым гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано». И далее поясняется: «При определении наиболее тесной связи суд на основе изучения существа возникших правоотношений сторон, а также совокупности иных обстоятельств дела определяет преобладающую территориальную связь различных элементов правоотношения с правом конкретного государства и, в частности, учитывает место жительства и гражданство сторон – физических лиц; основное место деятельности и место учреждения сторон – юридических лиц; место нахождения обособленного подразделения юридического лица, участвовавшего в заключении договора; место нахождения объекта гражданских прав, по поводу которого возникло правоотношение; место исполнения обязательств. При определении наиболее тесной связи суд также может принимать во внимание, применение права какой страны позволит наилучшим образом реализовать общепризнанные принципы гражданского права и построения отдельных его институтов (защита добросовестной стороны, недопустимость извлечения преимуществ из своего недобросовестного поведения, запрет злоупотребления правом, защита слабой стороны, предпочтительность сохранения действительности сделки, запрет необоснованного отказа от исполнения обязательства и т. п.)»¹. Как видим, Пленум Верховного Суда Российской Федерации не отождествляет понятия «запрет злоупотреблению правом» и «недопустимость извлечения преимуществ из своего недобросовестного поведения», размещая их через запятую. Думается, что сло-

¹ Российская газета. 2019. 17 августа.

восочетание «недопустимость извлечения преимуществ из своего недобросовестного поведения» наиболее рельефно и четко выражает правовую сущность обхода закона. Это словосочетание и отражаемый им феномен, на мой взгляд, образует «ядро» обхода закона и «стержень» мер противодействия анализируемому социальному злу.

Нельзя не замечать **позитивного аспекта** обхода закона. Во-первых, субъекты обхода закона своими способностями и необычными средствами обнаруживают дефекты правового регулирования, которые «не увидел» законодатель и правоприменитель. Во-вторых, ставшие известными факты обхода закона заставляют органы государственной власти и управления искать пути срочного преодоления нежелательных последствий обхода закона, а затем и устранения этой правовой лакуны.

Если рассматриваемую проблему художественно «приземлить» и прибегнуть к метафорическому сравнению, то «исполнитель» обхода закона – своего рода Остап Бендер. Вспомним его «умственные упражнения» о четырехстах сравнительно честных способах отъема денег и его «уважение» к Уголовному кодексу, его «чистоту» перед законом. «Нет расчета грабить коллектив. Дайте мне индивида побогаче... Но я чту Уголовный кодекс. Это моя слабость»¹. Если угодно – субъекты обхода закона увеличивают «бендеровское» число относительно честных способов удовлетворения своих интересов без нарушения юридических норм, «обогащают» незаметные для других средства правовой регламентации.

И последнее. В силу того, что «обход закона» на практике в значительной степени выступает предметом усмотрения суда, а также иных правоприменителей и отличается высочайшей латентностью, целесообразно исключить этот термин из действующего законодательства и актов официального толкования.

¹ Ильф И., Петров Е. Золотой теленок. Москва: Издательство «Детская литература», 1931. С. 23.

Соболева А.К.,

кандидат филологических наук, магистр права, доцент, доцент кафедры теории и истории права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», член Совета по развитию гражданского общества и правам человека при Президенте Российской Федерации

**Злоупотребление правом
в практике Европейского суда по правам человека:
аргументативная легитимация решений
об отказе в рассмотрении жалобы¹**

Европейский суд по правам человека (далее – ЕСПЧ) в тексте Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция) упоминает запрет на злоупотребление правами дважды: в ст. 17 и в п. 3а ст. 35.

1. Обращение за защитой действий, направленных на упразднение прав и свобод, гарантированных Конвенцией, как злоупотребление правами

Статья 17 так и называется «Запрещение злоупотреблений правами». Она гласит: «Ничто в настоящей Конвенции не может толковаться как означающее, что какое-либо Государство, какая-либо группа лиц или какое-либо лицо имеет право заниматься какой бы то ни было деятельностью или совершать какие бы то ни было действия, направленные на упразднение прав и свобод, признанных в настоящей Конвенции, или на их ограничение в большей мере, чем это предусматривается в Конвенции». Она применяется, например, в делах по свободе выражения мнения, когда речь идет о «языке

¹ Данная статья подготовлена в рамках гранта РФФИ, предоставленного на проект «Дискурсивная легитимация права: речевой акт как форма с нормативным содержанием», договор № 18-011-00177/18.

вражды» – запрещенных формах высказывания, подстрекающих к насилию или разжигающих ненависть. ЕСПЧ считает, что такие высказывания отрицают ценности Конвенции, подрывают гарантированные ей права и свободы и потому не подлежат защите. Еще в 1979 году Европейская комиссия по правам человека в решении по делу «Глимммервеен и Хагенбеек (*Glimmerveen and Hagenbeek*) против Нидерландов»¹ сформулировала позицию, что одобрение попыток воспользоваться ст. 10 Конвенции, гарантирующей свободу выражения, направленных на то, чтобы отстоять право заниматься деятельностью, которая противоречит духу и букве Конвенции, привело бы к упразднению прав и свобод. Жалоба заявителей, которые были привлечены к ответственности за распространение листовок, призывающих изгнать всех «небелых» из Нидерландов, и обратились в ЕСПЧ за защитой своего права на свободу выражения мнения, была признана неприемлемой именно на том основании, что суд посчитал ее злоупотреблением правом.

Похожим образом ЕСПЧ аргументировал неприемлемость жалобы заявителя из России Павла Иванова², учредителя и редактора газеты «Русское вече», который был осужден Новгородским городским судом и приговорен к штрафу 10 000 рублей по п. 1 ст. 282 Уголовного кодекса Российской Федерации за разжигание национальной, расовой и религиозной вражды и ненависти после серии публикаций, в которых он утверждал, что «сионско-фашистское еврейское руководство» является источником всех зол в России, призывал к исключению евреев из общественной жизни, настаивая, что существует причинно-следственная связь между социальным, экономическим и политическим неблагополучием России и злонамеренной деятельностью евреев. ЕСПЧ напомнил, что, хотя его практика и закрепляет преобладающее значение свободы выражения мнения в демократическом обществе, высказывания, несовместимые с ценностями, провозглашаемыми и закрепленными в Конвенции, лишаются защиты ст. 10 в

¹ Решение Европейской комиссии от 11 октября 1979 года, жалобы № 8348/78 и 8406/78.

² Павел Иванов против Российской Федерации: решение о неприемлемости жалобы от 20 февраля 2007 года № 35222/04 // Бюллетень Европейского суда по правам человека. 2007. № 8.

силу содержания ст. 17 Конвенции. В тексте решения по делу он сослался на свои предыдущие решения, в которых вывел из-под защиты Конвенции «утверждения, отрицающие факт Холокоста, оправдывающие профашистскую политику, свидетельствующие о якобы имевшем место преследовании поляков еврейским меньшинством и неравенстве между ними или приписывающие всем мусульманам связь с терроризмом (см. дело «Леидо и Изорни против Франции», упомянутое выше, § 47 и 53; «Гароди против Франции», реш. № 65831/01, ЕСПЧ 2003-IX; «В. П. и другие против Польши», реш., № 42264/98, 2 сентября 2004 года; «Норвуд против Соединенного Королевства», реш. № 23131/03, 16 ноября 2004 года и «Вицша против Германии», реш., № 7485/03, 13 декабря 2005 года)). ЕСПЧ принял во внимание, что издатель газеты Павел Иванов написал и опубликовал серию статей, в которых обвинил целую этническую группу в заговоре против народа России и приписал лидерам еврейских организаций фашистскую идеологию. Соответственно, у ЕСПЧ «не возникло сомнений относительно ярко выраженной антисемитской тональности взглядов Заявителя», поэтому он согласился с оценкой, данной национальными судами: «Такие яростные нападки на одну этническую группу противоречат ценностям, лежащим в основе Конвенции, а именно терпимости, общественному спокойствию и отсутствию дискриминации. Следовательно, Суд приходит к выводу, что на основании положений статьи 17 Конвенции Заявитель не может пользоваться защитой, предоставляемой статьей 10 Конвенции».

В деле *«Леруа (Leroy) против Франции»*¹ заявитель, художник-карикатурист, жаловался на то, что его привлекли к ответственности и приговорили к уплате штрафа за рисунок, на котором он изобразил нападение на Всемирный торговый центр с подписью: «Мы все мечтали об этом – «Хамас» сделал это». ЕСПЧ выразил мнение, что своей работой заявитель оказал моральную поддержку исполнителям нападения, одобрительно высказался по поводу насилия, совершенного в отношении тысяч гражданских лиц, и унизил достоинство жертв. Власти Франции как государства-ответчика просили признать жалобу неприемлемой, опираясь на

¹ Постановление от 2 октября 2008 года, жалоба № 36109/03.

ст. 17 Конвенции, однако в данном случае ЕСПЧ перешел к рассмотрению дела по существу, посчитав, что спорная публикация не относится к числу исключаемых по основанию злоупотребления правом. Во-первых, по мнению ЕСПЧ, высказывания заявителя не могут быть приравнены к расизму или исламофобии; во-вторых, заявитель прямо не оправдывает террористические акты и не призывает к ним. Вместе с тем, ЕСПЧ отметил, что публикация рисунка два дня спустя после нападения террористов на башни-близнецы Всемирного торгового центра в Нью-Йорке вызвала определенную общественную реакцию, которая могла породить волну насилия и иметь значительные последствия для общественного порядка. Время публикации и выбор издания – баскской газеты, издаваемой в политически неспокойном регионе, – увеличивали вероятность этого, а наложенный штраф по своему размеру не был велик. В результате ЕСПЧ пришел к выводу, что право заявителя на свободу выражения мнения было ограничено соразмерно преследуемой правомерной цели и нарушения Конвенции не было, хотя в данном случае не было и злоупотребления правом со стороны карикатуриста.

В похожем по фактическому составу деле *«Фере (Féret) против Бельгии»*¹, в котором член парламента и председатель партии «Национальный фронт» распространял лифлеты с лозунгами «Восстаньте против исламизации Бельгии!», «Прекратите позорную политику интеграции!» и был приговорен к 10 месяцам общественных работ за подстрекательство к расовой дискриминации, ЕСПЧ вообще не стал рассматривать вопрос о том, было ли здесь злоупотребление правом в свете ст. 17, то есть подрывают ли данные высказывания ценности Конвенции и не направлены ли они на отрицание гарантированных Конвенцией прав и свобод, а сразу проанализировал содержание высказываний и соразмерность наказания, придя к выводу, что право заявителя на свободу выражения мнения в данном случае не подлежит защите и национальные суды правильно привлекли его к ответственности за провоцирование расовой ненависти к членам иммигрантского сообщества.

¹ Постановление от 16 июля 2009 года, жалоба № 15615/07 // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2007. № 2. С. 97–104.

Таким образом, для отклонения жалобы по ст. 17 необходимо, чтобы высказывания, которые вызвали наложение санкций в соответствии с национальным правом, однозначно воспринимались аудиторией как направленные на разжигание вражды и ненависти против определенных групп, носили явно выраженный дискриминационный характер и не вызывали ни малейшего сомнения в их квалификации как «языка вражды». Если же требуется более глубокий анализ высказываний с целью определения, был ли соблюден необходимый баланс между правом на свободу выражения мнения и правом других лиц на защиту от дискриминации, ЕСПЧ приступает к рассмотрению дела по существу и выносит решение в соответствии с критериями, разработанными в его практике по ст. 10.

2. Злоупотребление правом на подачу жалобы

Помимо ст. 17, Конвенция говорит о злоупотреблении правом в п. «а» § 3 ст. 35, регулирующей приемлемость жалобы: «Суд объявляет неприемлемой любую индивидуальную жалобу..., если он сочтет, что: (а) эта жалоба является... явно необоснованной или является злоупотреблением правом подачи индивидуальной жалобы». Комментаторы отмечают: «Понятие “злоупотребление” из статьи 35 § 3 пункт «а» Конвенции необходимо воспринимать в его традиционном смысле, устоявшемся в общей теории права. Речь идет о ситуации, когда управомоченное лицо при реализации своего права грубо выходит за рамки дозволенного. Отсюда следует, что злоупотребление есть любое поведение заявителя, явно не соответствующее назначению гарантированного Конвенцией права на обращение, нарушающее установленный порядок работы ЕСПЧ или затрудняющее надлежащее протекание разбирательств в ЕСПЧ»¹.

О.В. Желева делит такие жалобы на две категории: жалобы с пороком повода и жалобы с пороком основания². К первым автор относит жалобы, в которых «указывается на мнимое, надуманное причинение вреда правам и законным интересам заявителя (жалоба с пороком повода, то есть с недействительным юридическим

¹ Решение о неприемлемости по жалобе № 798/05 от 15 сентября 2009 года, § 62 и 65.

² См.: Желева О.В. Злоупотребление правом на обжалование в суд действий (бездействия) и решений государственных органов и должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование // Вестник Томского университета. 2016. № 405. С. 169.

фактом, порождающим уголовно-процессуальные отношения по обжалованию», а ко вторым – «жалобы, основанные на недоброкачественных доказательствах (недоверенных, неотносимых или недопустимых) или юридически несостоятельных фактах, о чем субъекту было заранее известно». Оба случая автор относит к недобросовестной подаче заведомо неосновательной жалобы на действия следствия и суда, поскольку лицо, злоупотребляющее правом, «осознает законность и обоснованность действия (бездействия), решения государственного органа или должностного лица, но, тем не менее, обжалует их с целью затянуть следствие, втянуть должностное лицо, осуществляющее расследование, в бесконечную тяжбу по второстепенным вопросам процесса, что, несомненно, становится препятствием для достижения назначения уголовного судопроизводства»¹. Стоит заметить, однако, что ЕСПЧ сложно сделать однозначный вывод о том, что заявитель сознательно затягивает процесс, – для этого необходимо анализировать дело по существу, а при отклонении жалобы по причине злоупотребления правом на ее подачу все-таки больше анализируются чисто формальные критерии.

Таковыми формальными критериями для признания факта злоупотребления правом при подаче жалобы ЕСПЧ признавал: употребление оскорбительных выражений в адрес суда; введение в заблуждение и дезинформацию ЕСПЧ; нарушение обязанности хранить конфиденциальность по вопросу мирового соглашения; подачу жалобы без каких-либо серьезных оснований, чисто из сутяжнического интереса; желание приобрести популярность, развернуть кампанию вокруг подачи своей жалобы даже при понимании того, что реальные права заявителя никоим образом не задеты, то есть подачу жалобы исключительно с целью «попиариться».

2.1. Грубая лексика или оскорбления

Некий гражданин², который обвинялся в мошенничестве, направил в Европейскую комиссию жалобу по поводу своей экс-

¹ Желева О.В. Злоупотребление правом на обжалование в суд действий (бездействий) и решений государственных органов и должностных лиц, осуществляющих уголовное преследование // Вестник Томского университета. 2016. № 405. С. 169.

² Европейская Комиссия. Решение о неприемлемости по жалобе «L.R. против Австрии» № 2424/65 от 24 мая 1966 года.

традиции из Германии в Австрию. Когда дело было коммуницировано властям Австрии, он стал допускать в переписке с Комиссией диффамационные высказывания в адрес австрийского правительства, например: «В ответ я могу констатировать, что джентльмен, представляющий Правительство, либо не имеет представления о содержании файлов, либо сознательно дезинформирует Высокую Комиссию по правам человека... Когда на стр. 17 протокола этот джентльмен, представляющий государство, говорит о неуважении к суду, я готов с ним согласиться, но только это касается поведения представителя Правительства, а не моего поведения, поскольку я никогда бы не осмелился дезинформировать этот высокий институт....». Европейская комиссия попросила заявителя прислать другой документ, не содержащий подобных выпадов, однако он отказался изменить или удалить эти абзацы. Соответственно, ЕСПЧ не стал далее рассматривать эту жалобу по существу.

В деле *Черницына*¹ власти Российской Федерации просили ЕСПЧ объявить жалобу неприемлемой на том основании, что заявитель допустил некоторые неуместные и чрезмерно эмоциональные выражения. ЕСПЧ отклонил это требование, поскольку власти «не указали на предположительно ругательные выражения или высказывания, допущенные заявителем в его доводах, или на то, что жалоба заявителя была построена на заведомо ложных фактах». Однако в дальнейшей переписке с ЕСПЧ заявитель высказал серьезные обвинения в отношении политиков, судей и сотрудников правоохранительных органов Российской Федерации, а также поставил под сомнение честность Уполномоченного Российской Федерации при ЕСПЧ и утверждал, что последний действует недобросовестно. ЕСПЧ установил, что подобные высказывания заявителя не являются правомерной реализацией права на свободу выражения мнения, но все же принял во внимание то, что заявитель воздерживался от употребления провокационных или оскорбительных высказываний, а после официального предупреждения со стороны Европейского суда отозвал свои оскорбительные высказывания и принес

¹ Черницын (Chernitsyn) против России: решение по вопросу приемлемости жалобы № 5964/02 от 8 июля 2001 года.

извинения ЕСПЧ, Российской Федерации и ее представителю. При данных обстоятельствах ЕСПЧ пришел к выводу, что нет оснований, которые могли бы привести к вынесению решения о неприемлемости жалобы ввиду злоупотребления правом на ее подачу.

Похожая аргументация ЕСПЧ содержится и в другом российском деле – деле *Свитича*¹. Поскольку Правительство Российской Федерации «не утверждало, что жалоба была основана на каких-либо недостоверных фактах или что существовали какие-либо другие чрезвычайные обстоятельства, которые могли бы позволить отклонить жалобу как оскорбительную», и не указало, «какие выражения или предложения в возражениях заявителя оно считает оскорбительными или унижительными», ЕСПЧ не усмотрел «какого-либо оскорбления, произвола или провокации в возражениях заявителя». ЕСПЧ посчитал, что некоторые утверждения заявителя были не относящимися к делу и чрезмерно эмоциональными, но, тем не менее, они не представляли из себя «обстоятельства того типа, которые могут оправдать решение об объявлении жалобы неприемлемой как злоупотребление правом подачи жалобы». Из этого был сделан вывод, что заявление Правительства о злоупотреблении правом на подачу жалобы должно быть отклонено.

В деле *«Партии труда Грузии (Georgian Labour Party) против Грузии»*² лидер партии-заявителя принес извинения ЕСПЧ за искажение информации о страсбургском разбирательстве, в связи с чем возражения государства-ответчика, касающиеся злоупотребления заявителем правом подачи жалобы, были отклонены, а вот в деле *«Ди Сальво (Di Salvo) против Италии»*³ использование заявителем оскорбительных выражений в адрес представителя государства-ответчика в своих возражениях послужило причиной признания жалобы неприемлемой именно в силу положений о злоупотреблении правом.

¹ Постановление от 31 июля 2007 года по делу «Свитич против Российской Федерации», жалоба № 39013/05.

² Постановление от 8 июля 2008 года по жалобе № 9103/04.

³ Решение по вопросу приемлемости от 11 января 2007 года по жалобе № 16098/05.

2.2. Дезинформация суда

Иногда заявители или их представители сознательно искажают факты с целью ввести ЕСПЧ в заблуждение. Например, в качестве злоупотребления правом на подачу жалобы были признаны следующие действия: подача жалобы от чужого имени (*«Дрийфхоут (Drijfhout) против Нидерландов»*¹); подделка документов, направляемых в ЕСПЧ (*«Жуан (Jian) против Румынии»*²; *«Багери и Малики (Bagheri and Maliki) против Нидерландов»*³; *«Познанский (Poznanski) и другие против Германии»*), а также введение в заблуждение путем бездействия или умолчания, когда заявитель изначально не сообщает ЕСПЧ ключевую информацию по своему делу (*«Аль-Нашиф (Al-Nashif) и другие против Болгарии»*)⁴, или когда в процессе разбирательства в деле происходят важные изменения, а заявитель не информирует о них ЕСПЧ (*«Предеску (Predescu) против Румынии»*⁵).

Так, в деле *«Жуан против Румынии»* заявитель скрыл часть одного документа, чтобы утаить факт своего отказа от медицинского освидетельствования и то, что он решил не подавать заявления о преступлении. Он также представил в ЕСПЧ подложное медицинское свидетельство в поддержку своих утверждений о жестоком с ним обращении. ЕСПЧ отметил, что он тем самым пытался ввести Суд в заблуждение, представив искаженную версию событий. Такое поведение ЕСПЧ посчитал грубым и тяжким злоупотреблением правом на подачу жалобы. В *деле супругов Малик*, граждан Ирана, которые обжаловали отказ властей Нидерландов предоставить им убежище, ЕСПЧ признал жалобу неприемлемой, поскольку в поддержку своих заявлений о предоставлении убежища они приложили сфабрикованные документы: якобы полученные ими повестку Ширазского Исламского Революционного Трибунала и решение Тегеранского Исламского Революционного Трибунала.

¹ Решение по вопросу приемлемости от 22 февраля 2011 года по жалобе № 51721/09, § 27–29.

² Решение по вопросу приемлемости от 30 марта 2004 года по жалобе № 46640/99.

³ Решение по вопросу приемлемости от 15 мая 2007 года по жалобе № 30164/06.

⁴ Постановление от 20 июня 2002 года по жалобе № 50963/99.

⁵ Постановление от 2 декабря 2008 года по жалобе № 21447/03.

Умолчание о каких-либо фактах не всегда ведет к признанию жалобы неприемлемой. В деле сирийца *Аль-Нашифа, его жены и дочери* правительство Болгарии ссылалось на то, что первый заявитель не сообщил ЕСПЧ о том, что его жена и ее дети покинули Болгарию. Адвокат тоже не был уведомлен об этом факте, но уточнил его перед началом слушания дела в Страсбурге и довел до сведения судей. ЕСПЧ, «полагая, что жалоба, намеренно основанная на описании фактов, минуя события первоочередной важности, в принципе представляет собой нарушение права на подачу жалобы в соответствии с пунктом 3 статьи 35 Конвенции», не посчитал установленным, что такая ситуация возникла в данном случае, поскольку якобы сокрытая информация касалась только новых событий после депортации, на которые подавалась жалоба. В результате ЕСПЧ рассмотрел дело по существу и принял решение в пользу заявителей.

В деле г-жи Предеску, которая жаловалась на нарушение ее права собственности при изъятии дома, злоупотребление правом было найдено только в отношении сына заявительницы, который не уведомил ЕСПЧ о смерти своей матери и не подтвердил этот существенный для рассмотрения дела факт, пока Секретариат ЕСПЧ не запросил информацию о матери у ее представителя; сын также не привел никаких уважительных причин своего поступка. Соответственно, ЕСПЧ решил, что поведение сына заявительницы, по-видимому, имело целью ввести ЕСПЧ в заблуждение относительно существенного элемента рассмотрения жалобы и потому противоречило цели права на обращение в ЕСПЧ. С учетом этого жалоба в данной части была признана неприемлемой в связи со злоупотреблением правом обращения. Однако дочь, которая не была проинформирована о подаче жалобы матерью и вступила в дело в качестве ее правопреемницы только в момент переписки с ЕСПЧ, своего права на рассмотрение жалобы не утратила¹.

2.3. Нарушение обязанности хранить конфиденциальность по вопросу мирового соглашения

Обязанность хранить конфиденциальность условий мирового соглашения установлена ст. 39 § 2 Конвенции и правилом 62 § 2

¹ William A. Schabas. The European Convention on Human Rights[^] A Commentary. Oxford University Press, 2015. P. 780.

Регламента¹. Следует отметить, что запрет не является полным и безусловным: существуют ограничения лишь на его обнародование в СМИ, в переписке, которую читает большое количество людей, и на иные способы придания ему публичности, при этом нарушение конфиденциальности должно быть явно умышленным. Например, в деле *«Гадрабова (Hadrabová) и другие против Чехии»*² жалоба была признана неприемлемой потому, что заявители раскрыли содержание проводившихся ими переговоров о мировом соглашении и при этом отказались предоставить ЕСПЧ важную информацию по делу. Признал жалобы неприемлемыми по этому основанию ЕСПЧ и в делах *«Мандил (Mandil) против Франции»*, *«Барро (Barreau) и другие против Франции»* и *«Декеинк (Deceuninck) v. France»*³. Заявители являлись членами организации «Жнецы-волонтеры». По призыву организации они отправились на поле, где росла генно-модифицированная кукуруза, для того, чтоб вырвать и уничтожить посевы, за что были привлечены к ответственности. Когда дело дошло до ЕСПЧ, французская газета «L'Est Républicain» опубликовала статью о том, что правительство Франции предложило «жнецам» 1500 Евро за мирное урегулирование спора по жалобе с ЕСПЧ. Журналист одного пресс-агентства обратился в ЕСПЧ с запросом, соответствует ли такое соглашение духу Конвенции. После этого жалоба была признана злоупотреблением правом на подачу жалобы.

2.4. Сутяжничество

К явному сутяжничеству относится подача жалоб, многократно повторяющих содержание тех, что уже были признаны неприемлемыми, либо таких, которые лишены сколько-нибудь серьезной подоплеки. До 1 июня 2010 года к ним относились и жалобы по спорам о ничтожной денежной сумме (после этой даты они стали отклоняться на основании п. «b» § 3 ст. 35 Конвенции – отсутствие значительного ущерба). Например, в деле *«Бок (Bock) против Германии»*⁴ заявитель жаловался на длительность

¹ Соловьева Т.В. Мировое соглашение в деятельности Европейского суда по правам человека // Законы в России: опыт, анализ, практика. 2011. № 8. С. 37–41.

² Решение по вопросу приемлемости жалоб № 42165/02 и 466/03.

³ Жалобы № 67037/09, 24697/09 и 47447/08.

⁴ Решение по вопросу приемлемости от 19 января 2010 года по жалобе № 22051/07.

рассмотрения гражданского дела, которое он инициировал с целью возмещения затрат на прописанную врачом пищевую добавку стоимостью 7,99 евро.

Критерии злоупотреблением правом подачи индивидуальной жалобы, установленные в решении по делу Бока, были применены и в деле *«Дудек (Dudek) против Германии»*¹. ЕСПЧ отметил, что они присутствуют: «во-первых, не затронуты важные вопросы принципа; во-вторых, тактика заявителя не являлась безупречной (он проявлял склонность к возбуждению параллельных разбирательств, представлению объемных объяснений за пределами срока и предъявлению совершенно несоразмерных требований; и, наконец, вопрос о длительности разбирательства уже рассматривался Европейским Судом во многих делах, в том числе против государства-ответчика». В соответствии с ними жалоба была признана неприемлемой.

2.5. Желание достичь рекламного или пропагандистского эффекта

С первого взгляда обычно невозможно определить, подавалась ли жалоба в ЕСПЧ исключительно с целью добиться рекламного или пропагандистского эффекта, поэтому она не отклоняется автоматически. Кроме того, ст. 35 «не исключает жалобы, носящие “политический” характер или поданные с целью получения огласки»². Для того чтобы найти злоупотребление правом, необходимо анализировать, как вел себя заявитель в процессе ее рассмотрения. Например, в деле *«Макфили (McFeeley) и другие против Соединенного Королевства»*³ власти Великобритании утверждали, что жалоба заявителей была мотивирована желанием огласки и стремлением оказать давление на правительство, а Европейская Комиссия отклонила этот аргумент, поскольку жалоба была подкреплена серьезными доказательствами и не выходила за рамки Конвенции. Если же заявитель не подкрепляет жалобу серьезными аргументами, но, подав ее, дает интервью, демон-

¹ Решение по вопросу приемлемости от 23 ноября 2010 года по жалобе № 12977/09.

² Обращение в Европейский суд по правам человека: учебное пособие / под ред. Ф. Лича. Москва, 2006. С. 230.

³ См.: Европейская Комиссия. Решение по поводу приемлемости от 15 мая 1980 года по жалобе № 8317/78.

стрирует легкомысленное к ней отношение, то это может быть расценено как злоупотребление правом на подачу жалобы¹.

Заключение

«Злоупотребление в праве» используется ЕСПЧ в соответствии с общим пониманием этого института в теории права; при этом положения Конвенции о злоупотреблении находят свое толкование и уточнение в решениях о неприемлемости жалоб и в постановлениях, в которых ЕСПЧ все же переходит к рассмотрению дела по существу, не соглашаясь с аргументами национальных властей о якобы наличии в конкретном деле поводов для признания подачи жалобы злоупотреблением. Использование оскорбительных утверждений может привести к признанию жалобы неприемлемой только при экстраординарных обстоятельствах, то есть, как говорит сам ЕСПЧ, является исключительной мерой. ЕСПЧ дает возможность заявителю принести извинения или удалить выпады в адрес национального правительства, его судебных органов или самого ЕСПЧ, и если заявитель отзывает документы, содержащие такие выражения, и заменяет их корректными, то жалоба продолжает рассматриваться в обычном порядке. В то же время, не относящиеся к делу и чрезмерно эмоциональные высказывания заявителя не являются обстоятельствами, которые оправдали бы решение признать жалобу неприемлемой по причине злоупотребления правом подачи жалоб. Однако отклоняются жалобы от одних и тех же лиц, посылаемые по разным ничтожным поводам в большом количестве, или жалобы, которые уже были отклонены судом. Естественно также, что недопустимо сознательно искажать факты и подделывать документы, желая ввести судей ЕСПЧ в заблуждение.

¹ См. подробнее: *Рябцева Е.В.* Международное судебное разбирательство по уголовным делам: монография. Москва, 2016.

Зайцева Е.С.,

*кандидат исторических наук, доцент,
доцент кафедры теории и истории права
и государства Омской академии
МВД России*

Злоупотребление правом в законотворческой деятельности

Более полувека назад существование злоупотребления правом как самостоятельного явления ставилось под сомнение и нередко рассматривалось как лишённое смысла соединение исключających друг друга понятий¹. На сегодняшний день, получив «постоянную прописку» не только в гражданском законодательстве, злоупотребление правом абсолютно справедливо претендует на статус общеправового понятия, нуждающегося в теоретическом осмыслении.

Обращаясь к любым аспектам данной проблемы, связанным со сферой распространения, субъектами, формами, причинами, средствами и механизмами по противодействию злоупотреблению правом, невозможно обойти ключевой вопрос о понятии «злоупотребления правом», вызывающий серьезные дискуссии в юридической науке.

Можно выделить четыре подхода, в рамках которых по-разному определяется юридическая природа злоупотребления правом. Согласно первому, злоупотребление правом рассматривается в качестве правонарушения². В частности, профессор В.П. Грибанов рассматривает злоупотребление правом как особый тип гражданского правонарушения, совершаемого субъектом права и представля-

¹ *Агарков М.М.* Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 2. Москва, 2002. С. 364.

² *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. Москва, 2001. С. 63; *Поротикова О.А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва, 2007. С. 163.

ющего собой использование недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения¹.

По мнению сторонников второго подхода, злоупотребление правом возможно в рамках реализации субъективного права и соответственно не предполагает выход за границы правомерного поведения². При этом, как правило, подчеркивается морально-нравственная оценка данного поведения как противоречащего нравственным требованиям долга, совести, справедливости и ответственности и в силу этого характеризующегося как социально неприемлемое поведение субъекта³.

В соответствии с третьей точкой зрения злоупотребление правом – это разновидность правового поведения, которое нельзя в чистом виде отнести ни к правомерному поведению, ни к правонарушению⁴.

Самостоятельное место занимает подход, предложенный профессором А.А. Малиновским, согласно которому злоупотребление правом не является ни самостоятельным видом правового поведения, ни разновидностью исключительно противоправного или правомерного поведения. В зависимости от ситуации возможно существование как правомерного, так и противоправного злоупотребления правом⁵.

Солидаризируясь с представителями второго подхода, мы рассматриваем злоупотребление правом как правомерное поведение, предполагающее использование субъективного права в про-

¹ См.: *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. Москва, 2001. С. 63.

² См.: *Янев Я.* Правила социалистического общежития (их функции при применении правовых норм). Москва, 1980. С. 181–182; *Ноянова А.А.* Морально-этические проблемы неисполнения обязанностей и злоупотребления правами участниками арбитражного судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 8. С. 8.

³ См.: *Ноянова А.А.* Морально-этические проблемы неисполнения обязанностей и злоупотребления правами участниками арбитражного судопроизводства // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 8. С. 8.

⁴ См.: *Дурново Н.А.* Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ): автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006. С. 98–99; *Шабуров А.С.* Поведение людей в правовой сфере. Теория государства и права: учебник / под ред. В.М. Корельского, В.Д. Перевазова. Москва, 1998. С. 414.

⁵ См.: *Малиновский А.А.* Злоупотребление субъективным правом. Москва, 2007. С. 58.

тиворечии с его социальным назначением и причиняющее вред личности, обществу, государству.

Достаточно интересным и весьма дискуссионным представляется вопрос о сфере распространения и субъектах злоупотребления правом. Традиционно злоупотребление правом связывают с заключительной стадией механизма правового регулирования – реализацией права. Более того, одной из непосредственных форм реализации – использованием субъективного права. Факт исключения из объема данного понятия иных непосредственных форм реализации очевиден. А вот исключение возможности злоупотребления правом в процессе правоприменения представляется далеко не однозначным, так же, как необоснованным представляется отсутствие внимания исследователей к проблемам злоупотребления правом в правотворческой деятельности. Правотворчество, выступая важнейшей составляющей начальной стадии механизма правового регулирования, в то же время предполагает, что субъекты, осуществляющие эту деятельность, реализуют свои права, а соответственно могут ими и злоупотреблять.

Как отмечает профессор В.М. Баранов, злоупотребления в нормотворчестве, наряду с противоправными юридическими решениями, – это почти закрытая и неисследованная тема¹.

Невнимание к данной проблематике, возможно, обусловлено существующим в юридической науке мнением о невозможности использования понятия «злоупотребление правом» применительно к государственным органам и должностным лицам в связи с тем, что данные категории субъектов обладают не правами, а специальными полномочиями². Конструкция полномочия отличается от классического субъективного права тем, что предполагает слияние с юридической обязанностью. С такой позицией нельзя согласиться. Особенности конструкции полномочия (и принципиальная особенность прав должностных лиц) не отменяет возможность существования в сфере действия публичного

¹ См.: Баранов В.М. Нормотворец как профессия // Вестник Саратовской юридической академии. 2017. № 6. С. 24.

² См.: Куликов М.Ю. Формы и виды злоупотребления избирательными правами (классификация злоупотреблений избирательными правами) // Право и выборы. 2015. № 4. С. 17–18.

права злоупотребления правом¹. Кроме того, органы государственной власти, должностные лица, как и граждане, имеют «чистые» субъективные права, не предполагающие слияния с юридической обязанностью. Например, ст. 104 Конституции Российской Федерации предоставляет целому ряду субъектов право законодательной инициативы.

Поскольку это одно из наиболее значимых субъективных прав в процессе осуществления законотворческой деятельности, злоупотребление им является серьезной проблемой современной российской правовой действительности, а начальный этап ответственного законотворческого процесса в целом характеризуется как самое «слабое звено»², остановимся именно на нем.

На страницах юридических изданий неоднократно обращалось внимание на проблему выдвижения большого количества законодательных инициатив, многие из которых имеют весьма сомнительный характер³.

Например, весьма сомнительной законодательной инициативой последнего времени является законопроект № 430928-7 «О народосбережении (об образовании Национального совета по сбережению народа)», главная цель которого – рост благосостояния населения и повышение уровня его доходов, а средство, предлагаемое для достижения этой цели, – создание Национального совета по сбережению народа. Внесенный в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации 2 апреля 2018 года и прошедший стадию предварительного рассмотрения, он был отклонен в первом чтении 6 февраля 2019 года. Работа над этим законопроектом велась Советом Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации, ответ-

¹ См.: *Червонюк В.И.* Злоупотребления правом в сфере действия частного и публичного права // Вестник Московского университета МВД России. 2017. № 3. С. 169.

² См.: *Баранов В.М.* Идея и концепция законопроекта как базовые начальные факторы повышения эффективности современного российского правотворчества // Очерки техники правотворчества. Избранные труды. Нижний Новгород, 2015. С. 610.

³ См.: *Баранов В.М.* Идея и концепция законопроекта как базовые начальные факторы повышения эффективности современного российского правотворчества // Очерки техники правотворчества. Избранные труды. Нижний Новгород, 2015. С. 613; *Малько А.В., Агабекова Л.Г.* Законодательная инициатива как особая разновидность правовой инициативы // Юридическая наука. 2016. № 6. С. 36.

ственными комитетами, было издано двенадцать документов Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации, подготовлено заключение Правительством Российской Федерации. Таким образом, на рассмотрение данного законопроекта были потрачены значительные материальные, организационные и человеческие ресурсы. И это только один отклоненный законопроект, а их ежегодно отклоняют десятки.

Удивительно, что в финансово-экономическом обосновании данного законопроекта его инициаторы обозначили, что он не повлечет дополнительных расходов из средств федерального бюджета. В то время как очевидным является тот факт, что создание любого нового органа предполагает его финансирование, а, следовательно, дополнительные расходы из бюджета государства. На данное обстоятельство было обращено внимание в заключении Правительства Российской Федерации. В этой связи абсолютно оправданно возмущение профессора И.М. Мацкевича по поводу несоответствия декларативных положений пояснительной записки законопроектов о том, что их принятие не приведет к дополнительным финансовым расходам, реальному положению дел. Одной только бумаги на тексты этих законов будет потрачено на десятки тысяч рублей, не говоря уже о потраченной электроэнергии и т. п.¹ Все это бременем ложится на государственный бюджет, на каждого из налогоплательщиков.

Примечательно, что в качестве главной цели указанного законопроекта обозначается рост благосостояния населения и повышение уровня доходов. Мало того, что средство, выбранное для достижения данной цели – создание очередного государственного органа (Национального совета по сбережению народа), весьма сомнительно. Само выдвижение законодательной инициативы уже влечет за собой нерациональное расходование, в том числе и финансовых ресурсов, и косвенно негативно сказывается на благосостоянии граждан и уровне их доходов.

Анализ злоупотребления правом в законотворческой деятельности позволяет сказать, что для данного явления характерны

¹ *Мацкевич И.М.* Субъекты законотворчества: к вопросу о нормарайтерах и не только // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 2. С. 335.

те же признаки, что и для злоупотребления правом в процессе реализации, но с некоторыми особенностями.

Наиболее существенным признаком исследуемого правового феномена является причинение вреда посредством осуществления права. Под вредом в данном случае понимаются любые негативные последствия, явившиеся прямым либо косвенным результатом осуществления субъективного права, вне зависимости от того, признает ли их социально вредными законодатель или нет¹. Когда речь идет о вреде, причиняемом государству и обществу, то он может быть самым разнообразным: политическим, экономическим, организационным, идеологическим².

Любая необоснованная законодательная инициатива, как это было отмечено выше, приводит к нерациональному использованию материальных, организационных, человеческих и иных ресурсов, тем самым нанося вред как обществу и государству, так и отдельной личности. Еще более существенный вред приносит принятие отдельных норм или законов, не имеющих под собой достаточных оснований. К сожалению, попытки создания методики определения вреда от принятия необоснованного нормативного правового акта на сегодняшний день отсутствуют³.

Вторым существенным признаком злоупотребления правом является осуществление субъективного права в противоречии с его назначением⁴. По мнению профессора А.А. Малиновского, анализируя назначение субъективного права, необходимо обращать внимание не только на цель субъективного права, но и на цель правовой нормы, а также на общеправовые цели⁵. Если возможность оценить назначение права «обычным» субъектом права ставится некоторыми исследователями под сомнение, то в случае злоупотребления правом специальным субъектом, непосредственно связанным с законотворческой деятельностью, необхо-

¹ См.: Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом. Москва, 2007. С. 58, 69.

² См. там же. С. 66–69.

³ См.: Баранов В.М. Нормотворец как профессия // Вестник Саратовской юридической академии. 2017. № 6. С. 24.

⁴ См.: Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом. Москва, 2007. С. 70.

⁵ См. там же. С. 83–84.

димось понимания назначения права, определение его целевых установок не вызывают сомнения.

Помимо указанных признаков, злоупотребление правом в законотворческой деятельности характеризуется некоторыми особенностями.

Во-первых, в результате злоупотребления правом в законотворческой деятельности всегда затрагиваются интересы не конкретного субъекта, а общества и государства в целом. Фактически создается ситуация, при которой интересы злоупотребляющего субъекта права вступают в конфликт с интересами общества и государства.

Во-вторых, ущемление этих интересов происходит не прямо, а косвенно. Это обусловлено тем, что помимо конкретного правоотношения, предполагающего наличие корреспондирующих субъективных прав и юридических обязанностей, возникающих у субъектов законодательной инициативы и законодательного органа, при реализации указанного субъективного права косвенно затрагиваются интересы неопределенного круга лиц, которые это не осознают и в силу этого не готовы об этом заявить. Таким образом, злоупотребление правом в правотворческой деятельности, как правило, носит латентный характер.

Следует отметить, что корреспондирующим по отношению к понятию «злоупотребление правом» является понятие «законный интерес». Именно он затрагивается в процессе злоупотребления правом. А поскольку законный интерес не предполагает прямого закрепления в законодательстве, факт его существования и возможность его ущемления становятся очевидными только после того, как субъект права заявляет об этом. При злоупотреблении правом в законотворческой деятельности такого конкретного субъекта нет.

Обращаясь к анализу причин исследуемого явления, необходимо отметить, что возможно как умышленное, так и неосторожное злоупотребление правом в законотворческой деятельности.

Лоббирование интересов торговых, промышленных, финансовых, криминальных «элит» приводит к умышленному злоупотреблению правом. В современной российской практике встречаются различные примеры влияния банков на принятие изменений в законодательство о банковском контроле над сделками при

проведении безналичных расчетов, потребительском кредите в части очередности платежей по просроченным кредитам и др.¹ На наш взгляд, действия субъектов в данной ситуации обусловлены косвенным умыслом, когда субъект осознает, что осуществление субъективного права противоречит его назначению, предвидит наступление вредных последствий для общества и государства и, не желая этого, сознательно допускает причинение такого вреда или относится к этому безразлично.

Не менее значимой и достаточно распространенной причиной являются личные политические амбиции субъектов законодательной инициативы, когда ее выдвижение обусловлено своеобразной политической рекламой², имитацией активной деятельности. В этой ситуации возможно как умышленное, так и неосторожное злоупотребление правом законодательной инициативы. По мнению профессора А.В. Малько, причиной роста ложных законодательных инициатив является законотворческий романтизм³. На наш взгляд, в этой ситуации в большей степени проявляется не правовой романтизм, а правовой эгоцентризм, форма деформации правосознания, предполагающая использование правовых предписаний для удовлетворения своих эгоистических потребностей при явном игнорировании интересов общества и государства.

Реализация права законодательной инициативы предполагает сочетание объективного (публичного) и субъективного интереса. При этом публичный интерес, бесспорно, должен занимать ведущее место, отражая потребность в правовом регулировании тех или иных общественных отношений⁴. Фактически же можно наблюдать, что субъекты правотворчества ставят свои интересы выше интересов общества и государства, не задумываясь о по-

¹ См.: Жевняк О.В., Жевняк М.П. Банковский лоббизм в современной России как вид лоббизма // Научные ведомости. Серия: История. Политология. 2018. Т. 45. № 4. С. 779.

² См.: Баранов В.М. Признаки ошибочности законопроекта // Очерки техники правотворчества. Избранные труды. Нижний Новгород, 2015. С. 300.

³ См.: Малько А.В., Агабекова Л.Г. Законодательная инициатива как особая разновидность правовой инициативы // Юридическая наука. 2016. № 6. С. 36.

⁴ См.: Бошино С.В. Законодательная инициатива: внесение законопроектов в Государственную думу // Право и образование. 2004. № 2. С. 163.

следствиях принятия предлагаемых ими текстов законов¹. Представляется, что большинство из тех, кто выступает с необоснованными законодательными инициативами, не оценивает свое поведение как злоупотребление правом. Латентный характер – это проблема не только для общества, но и для самих злоупотребляющих субъектов.

Широкое распространение и негативный характер этого явления обуславливают необходимость поиска средств, направленных на противодействие ему. Следует отметить, что бороться с этим явлением достаточно сложно. Условно можно выделить средства информационно-идеологического и организационного характера.

В качестве информационно-идеологического средства можно рассмотреть формирование общественного мнения в правильном направлении, связанном с обозначением и обсуждением этой проблемы. Примечательно, что статистические данные сайта Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации отражают только количество законопроектов, отклоненных Президентом Российской Федерации и Советом Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. Что касается законопроектов, отклоненных на более ранних стадиях, то такая статистика не ведется, вероятно, в силу того, что этому не придается существенного значения.

Общественное мнение занимает особое место в механизме социального регулирования, выступая одним из значимых средств обеспечения эффективности действия как нормативных, так и ненормативных регуляторов. Кроме непосредственного воздействия на акты поведения отдельной личности, общественное мнение путем одобрения или осуждения воздействует и на сами нормативные и ненормативные средства регулирования².

В одной из своих работ профессор В.М. Баранов высказывает предложение о привлечении субъектов законотворчества к дисци-

¹ См.: *Мацкевич И.М.* Субъекты законотворчества: к вопросу о нормарайтерах и не только // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2018. № 2. С. 335.

² См.: *Пеньков Е.М.* Социальные нормы – регуляторы поведения личности. Некоторые вопросы методологии и теории. Москва, 1972. С. 29.

плинарной либо моральной ответственности за неоднократное предложение явно необоснованной идеи законопроекта¹. Рассматривая возможность реализации указанного предложения, отметим, что основания для привлечения к моральной ответственности могут содержаться в профессиональном этическом кодексе. Стоит отметить, что идея появления Кодекса парламентской этики существует, и даже существует его проект. В то же время появление очередного этического кодекса вызывает двойственное отношение: с одной стороны, теоретически этический кодекс позволит не только закрепить нравственно-этические стандарты профессионального поведения, но и может способствовать предотвращению злоупотребления правом², с другой стороны, создание подобных актов далеко не всегда достигает поставленной цели.

Организационным средством противодействия злоупотреблению правом законодательной инициативы может выступить появление дополнительного этапа законотворческого процесса, предложенного профессором В.М. Барановым и обозначенного как «идея законопроекта», предполагающего своевременный учет и адекватную оценку выдвинутых идей³. Реализация этого предложения позволит снизить общественно вредные последствия рассмотрения сомнительных законодательных инициатив путем отсеивания необоснованных идей законопроектов на более ранней стадии их рассмотрения.

Таким образом, злоупотребление правом в законотворческой деятельности является актуальной и злободневной проблемой российской правовой действительности. Для злоупотребления правом в законотворческой деятельности характерны те же признаки, что и для злоупотребления правом в процессе реализации, но с некоторыми особенностями. Противодействие этому негативному явлению должно осуществляться с учетом анализа его причин.

¹ См.: *Баранов В.М.* Идея и концепция законопроекта как базовые начальные факторы повышения эффективности современного российского правотворчества // Очерки техники правотворчества. Избранные труды. Нижний Новгород, 2015. С. 621.

² См.: *Малиновский А.А.* Злоупотребление субъективным правом. Москва, 2007. С. 260.

³ См.: *Баранов В.М.* Идея и концепция законопроекта как базовые начальные факторы повышения эффективности современного российского правотворчества // Очерки техники правотворчества. Избранные труды. Нижний Новгород, 2015. С. 612.

Колоколов Н.А.,

*доктор юридических наук, доцент, судья
Верховного Суда Российской Федерации
(в отставке), профессор кафедры уго-
ловно-правовых дисциплин Института
социально-гуманитарного образования
Московского педагогического государ-
ственного университета (МПГУ)*

Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве

Общеизвестно, что проблемы, напрямую связанные со злоупотреблением правом, также стары и актуальны, как и само право. Поэтапное выделение уголовного судопроизводства из общей правовой массы в самостоятельную отрасль, безусловно, способствовало отпочкованию некоторых проблем злоупотребления уголовно-процессуальным правом в очерченный лишь в самых общих чертах самостоятельный институт. В то же время реальный уголовный процесс буквально перенасыщен проблемами, корнящимися в злоупотреблении правом, имеющими междисциплинарный, а то и вовсе морально-нравственный, организационный характер.

Непосредственно с социально-правовым институтом беззастенчивого злоупотребления правом автору довелось столкнуться в 1991 году в ходе рассмотрения заурядного гражданского дела по иску Б. к родственникам о признании права собственности на часть жилого дома. Метод включенного наблюдения в этот пилотный проект позволил мне уяснить многие скрытые пружины анализируемого в настоящей статье, скорее негативного, чем позитивного процессуального явления.

Позиция истицы базировалась на сравнительно свежем нотариальном акте, согласно которому за Б. в порядке наследования закреплялось право собственности на ½ домовладения. Ссылаясь на некоторые конкретные известные только ей обстоятельства,

Б. требовала 11/12 от спорного имущества. Иск был подготовлен адвокатом Н., в прошлом нотариусом, женой бывшего сотрудника КГБ СССР, на момент рассмотрения дела инспектора по кадрам управления юстиции Курского облисполкома. Оснований предполагать, что адвокат и ее доверитель блефуют, совершенно не было.

Однако в ходе рассмотрения дела, по вине сторон затянувшегося (тоже форма злоупотребления правом) на несколько лет, постепенно прояснились следующие обстоятельства:

1) Б. – наследник по завещанию, сделанному еще в 60-е годы прошлого века, своевременно подавшая заявление о принятии наследства, однако окончательно оформившая результаты нотариального производства лишь накануне обращения с иском в суд;

2) нотариусы российские, в отличие от их французских коллег, удостоверяют не реалии жизни, а «бумаги, которые, как известно, все стерпят»;

3) предмет спора на основании соответствующего и не оспоренного постановления органов исполнительной власти от 29 июня 1973 года был снесен;

4) этим же постановлением доля Б. в домовладении была определена «бревнами, оставшимися после разборки старого дома»;

4) с разрешения компетентных органов ответчики возвели совершенно новый дом, да еще и в другом месте;

5) все перечисленные факты изначально были известны истце и ее адвокату;

6) на вопрос суда, почему иск не был подан ранее, до сноса дома, Б. честно призналась: «Не было у нее такого адвоката, как Н.».

Предсказуемый итог: решением Промышленного районного народного суда от 2 февраля 1995 года Б. в удовлетворении иска было полностью отказано. Скажем больше, истце настолько понравился предложенный Н. вариант толкования событий, что она, явно злоупотребляя правом, еще долго донимала различные органы государственной власти своими жалобами и заявлениями, требуя, между прочим, привлечения к уголовной ответственности всех, включая судей.

Совершенно очевидно, что Б., предъявляя иск о признании права собственности на тот объект, которого давно нет, а адвокат

Н., обосновывая его, злоупотребили правом. Читателю судить, чего в действиях Б. было больше: авантюры или реального непонимания ситуации. Что касается адвоката Н., то качество ее поведения отцами Судебной реформы 1864 года было определено как «купленная совесть».

«Совесть! Ее за гроши покупай, чтобы стать хорошим». В этой связи считаем необходимым напомнить читателям про существование понятия «ловкий адвокат», «умный, тертый и бывалый», который легко «обведет вокруг пальца» прокурорамальчишку, добившись от присяжных заседателей оправдания заведомо виновного, честно сознающего в преступлении убийцу.

Представители адвокатского сообщества нам могут возразить: помимо права реального, существует еще и право предполагаемое, защищать которое как раз и призваны адвокаты. Как видим, оценки ситуации из правового поля резко сместились в бездну нравственных категорий. Теоретически Н. была обязана проявить принципиальность, своевременно предупредить Б., что ее задумка – заполучить долю в новом доме, построенном родственниками, – яйца выеденного не стоит. На что адвокаты возражат: нельзя оставлять гражданина без правовой помощи – это неконституционно.

Данный хрестоматийный пример юридического обоснования абсурда, который автором активно использовался в рамках чтения курса дисциплины «Судебная риторика», нами приведен только для того, чтобы попытаться объяснить читателю, что проблема злоупотребления правом не столько правовая, сколько морально-нравственная. Для того чтобы вникнуть в суть анализируемого явления, предлагаем попытаться сначала разобраться с такими понятиями, как «добро» и «зло».

«Добро» и «зло» – парная категория

Термины «зло», «злоупотребить», «злоупотребление» – не только весьма распространены в нашем повседневном языковом обороте, но и имеют несколько взаимосвязанных толкований. Для того чтобы уяснить их буквальное содержание, обратимся к фундаментальному отечественному изданию – «Словарю русского языка», подготовленному еще Институтом русского языка АН СССР. «Зло – все дурное, плохое и вредное. Употребить во

зло – воспользоваться чем-то с дурной целью. Я знаю, вы не употребите во зло моей откровенности и подадите мне дружеский совет (Тургенев, Переписка)»¹.

«Злоупотребить – неумеренно воспользоваться чем-либо, употребить в **большем** (выделено нами. – **Н.К.**), чем допустимо, количестве». «Злоупотребление – 2. проступок, связанный с незаконным, преступным действием. Открылись якобы упущения, недочеты сумм и разные злоупотребления (А. Островский, Доходное место)»².

Филологи, как видим, злоупотребление определяют как употребление чего-либо, пусть даже и не обязательно дурного, плохого, вредного, а то не исключено, что и хорошего, но в недопустимо **большом** (выделено нами. – **Н.К.**) объеме, количестве. Именно эти измеряемые качества – объем, количество – трансформируют нечто сущее само по себе, как минимум, нейтральное, а зачастую и вовсе позитивное во зло, то есть в дурное, плохое, в итоге – вредное. Не случайно в народе говорят: «Все хорошо в меру», «От добра добра не ищут», «Лучшее – враг хорошего».

Отец медицины Гиппократ на заре европейской цивилизации любил повторять: «Всякий излишек противен природе».

Философами категория «зло» толкуется очень своеобразно. Зло в их трудах – это обязательно противовес добра. Скажем больше, некоторые известные представители философской мысли (например Аврелий Августин) и вовсе полагали, что зла в природе нет, реально только добро. Более того, зло – необходимый составной элемент добра. Другие авторы (Кант, Гегель, Маркс) зло классифицировали как необходимый стимул прогресса³.

«Метафизическое зло – в несовершенстве, физическое – в страдании, а моральное зло в грехе. Если Бог есть – откуда зло? Если же его нет – откуда добро? (Лейбниц)». «Злодей – человек, ведущий себя как преступник, или, чаще, просто как негодяй»⁴.

¹ Словарь русского языка: в 4 т. 3-е изд. Москва, 1985. Т. 1. С. 611–612.

² Там же. С. 614.

³ Словарь философских терминов. Москва, 2014. С. 170–171.

⁴ *Конт-Спонвиль А.* Философский словарь. Москва, 2012. С. 196–197.

Позиция автора этих строк: «добро» и «зло» – парная категория, явления эти во всей их глубине далеко не познаны. Провести между ними четкую границу невозможно даже в принципе. Фактически данная категориальная пара – феномен, ибо они, как и многое другое в жизни, даны нам в ощущение, но трудно объяснимы. «Добро» и «зло» – сложная, системная, историческая реальность, уникальные и в то же время закономерно возникающие общественные отношения. Своим возникновением они обязаны социальной природе человечества, которое, базируясь в своей эволюции на определенные, более или менее постоянные, ценности, в числе которых государство и право, способно мобилизовать свои (опять-таки природные) ресурсы для разрешения конфликтов.

Существование в общественном сознании категорий «добро» и «зло» – институализация (пусть и наивного) ожидания обществом того, что социальным конфликтам, их разрешению (например судом) будет уделено достойное внимание.

Проведение границы между «добром» и «злом» – принятая человеческой общностью парадигма поведения при разрешении социальных конфликтов. Граница данная весьма условна, поскольку то, что в одних исторических условиях конкретным обществом расценивается как добро, например, уничтожение класса эксплуататоров, спустя определенный промежуток времени квалифицируется как допущенное по глупости непоправимое зло, так как в революционный период были уничтожены многие социально активные, безусловно, нужные в стране люди.

Злоупотребление правом

В отечественной юридической науке до сих пор не сформулировано общепризнанное междисциплинарное определение понятия «злоупотребление субъективным правом». Отсутствует и единообразие в понимании сущности анализируемого феномена. Палитра научных мнений о природе злоупотребления правом настолько разнообразна, что включает в себя противоречащие друг другу теории. Встречаются как концепции, полностью отрицающие наличие у управомоченного лица возможности злоупотребить своим правом, осуществить право во вред другим лицам, так и доктрины, в соответствии с которыми злоупотребление правом является исключительно «обычным правонарушением».

Отдельные аспекты проблемы злоупотребления субъективным правом неоднократно являлись объектами научного изучения, что нашло свое отражение в монографических¹ и диссертационных исследованиях², а также в брошюрах и научных журнальных публикациях³. Фундаментальных работ общетеоретического характера, посвященных анализу феномена «злоупотребление субъективным правом», нет. Ученые, как правило, концентрируют свое внимание на изучении отраслевых проблем вредоносного осуществления права⁴, на анализе отдельных злоупотреблений субъективными правами⁵, а также на исследовании некоторых правовых институтов, связанных со злоупотреблением правом⁶.

Российским правоприменителям еще только предстоит научиться ограничивать злоупотребление субъективным правом от сходных правовых явлений; выявить специфические признаки злоупотребления субъективным правом как правового поведения; осуществить психолого-правовой анализ этого феномена, обратить особое внимание на деформацию индивидуального правосознания управомоченного субъекта, злоупотребляющего своим

¹ См., например: *Юдин А.В.* Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве. Санкт-Петербург, 2005; *Поротикова О.А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва, 2007.

² См.: *Зайцева С.Г.* Злоупотребление правом как правовая категория: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2003; *Дурново Н.А.* Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ): дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006.

³ См.: *Крусс В.И.* Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека // Государство и право. 2002. № 7.

⁴ См.: *Яценко Т.С.* Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. Москва, 2003; *Избрехт П.А.* Злоупотребление гражданскими правами в сфере предпринимательской деятельности: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005.

⁵ См.: *Белоножкин А.Ю.* Содержание и формы злоупотребления субъективным гражданским правом: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005; *Офман Е.М.* Злоупотребление правом субъектами трудовых отношений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2006; *Советников И.В.* Злоупотребления правом в избирательном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2006.

⁶ См.: *Знамеровский Е.В.* Административная ответственность за злоупотребления свободой массовой информации: дис. ... канд. юрид. наук. Хабаровск, 2005; *Ясер Сулейман Хассан Мохамед.* Гражданско-правовая защита от злоупотребления в праве России и Йемена: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005.

правом; внести предложения по совершенствованию действующего законодательства, направленные на предупреждение злоупотреблений отдельными правами и свободами¹.

Закрепленная в законе конкуренция прав – база злоупотребления ими

Общепризнано, что субъект правоотношений (лицо физическое или юридическое) априори свободен в выборе и реализации своих прав. Известно всем также и то, что права и свободы одного субъекта правоотношений, как правило, заканчиваются в том месте, в котором они сталкиваются с общепризнанными правами и свободами других субъектов. Вторжение такого субъекта правоотношений в зону общепризнанных прав и свобод других субъектов – при условии, если таковое повлекло умаление, ограничение прав и свобод этих других субъектов – не что иное, как злоупотребление субъектов своими персональными правами и свободами.

За многие тысячелетия своего существования человечество выработало качественные и количественные характеристики прав и свобод человека и гражданина, а равно лиц юридических, в том числе и государств. По общему правилу, естественные права и свободы человека и гражданина не могут быть ограничены. В то же время общество ревниво следит за тем, чтобы реализация личностью своих прав и свобод не вела к ущемлению прав и свобод других участников правоотношений.

Равенство прав и свобод человека и гражданина, а равно лиц юридических – категория весьма условная, если не сказать гипотетическая. Проблема не только в том, что у каждого из субъектов правоотношений имеются свои персональные возможности и запросы на реализацию прав и свобод, которые могут как превышать некую официально разрешенную границу их осуществления, так и не достигать ее. Поскольку природа не терпит пустоты, то правовое пространство, «не выбранное» одними субъектами права, как правило, автоматически тут же будет захвачено другими субъектами, иными словами, конкуренция прав субъектов неизбежна.

¹ См. подробнее: *Малиновский А.А.* Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен: дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2009.

При таких обстоятельствах задача общества – не столько воспрепятствовать гиперреализации прав отдельными субъектами, сколько обеспечить защиту прав и свобод тех субъектов, которые не в состоянии самостоятельно защитить свои исконные права и свободы.

В целях защиты прав и свобод личности, юридических лиц общество изобрело множество различных регуляторов (этика, мораль, право, насилие), из которых мы более или менее детально попытаемся осветить только одну тему – злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве.

Уголовная политика: загадочная очевидность¹

Уголовный кодекс Российской Федерации (далее – УК РФ) – официальная реакция общества в лице государства на зло, алгоритм реализации данной реакции прописан в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации (далее – УПК РФ). Конструкция этой официальной реакции по своей сути проста до примитивности: ответим злом на зло, «око – за око, зуб – за зуб». Особенность уголовно-правовой реакции государства на зло заключается в легитимации его права на насилие в тех случаях и в тех объемах, в которых аппарат государства в лице законодателя считает это необходимым. Формулирование уголовного закона К. Маркс называл «великим лицедейством»². В своей работе «Дебаты по поводу закона о краже леса» он подверг убийственной критике попытку одного из региональных органов государственной власти (ландтага) упорядочить, в том числе и путем криминализации деяния, ответственность крестьян за совершенно безобидный сбор валежника.

С тех пор минуло два века, в наши дни уже региональный российский законодатель приступил к упорядочиванию сбора валежника. В одних субъектах Российской Федерации длина сухой хворостины определена в 1 метр, в других 1,2 метра³. В результа-

¹ См.: Колоколов Н.А. Уголовная политика: загадочная очевидность. Москва, 2014.

² Маркс К. Дебаты по поводу закона о краже леса // Маркс К., Энгельс Ф. Собрание сочинений. 2-е изд. Москва, 1952. Т. 1.

³ См.: Чернышев А. Почему извратили закон о валежнике? // Аргументы и факты. 2019. № 3; Его же. Когда отменяют наказание за сбор валежника? // Там же. № 5.

те в Краснодарском крае прежде чем пойти за валежником, следует подать уведомление, чиновники должны его рассмотреть и учесть. В Пензенской области собирать валежник можно только вручную. Если на валявшемся бревне есть следы спиливания – это не валежник. В Ханты-Мансийском автономном округе собирать валежник можно только на тех участках, где это разрешили делать лесничества. В Тверской области решили: длина палок не должна превышать 1 метра. В Хабаровском крае собирать валежник можно только с помощью ручного инструмента, указанного лесничеством.

Злоупотребление правом на легитимное насилие

Что делать с преступностью вообще, с конкретными преступниками в частности, а равно лицами, освободившимися «по сроку» из мест лишения? В частности, профессор Ю.Е. Пудовочкин вопрошает: «Как вернуть совершившего преступление человека в «нормальное», «здоровое», «официальное» общество»? Как видим: люди совершили «нелегитимное зло», данный клин выбит другим клином – «злом легитимным», то есть добром в виде уголовного наказания. Как тут не вспомнить народную мудрость: «Не спешите делать людям добро, они вас не поймут».

К профессору Ю.Е. Пудовочкину неизбежно возникает вопрос, где он обнаружил описанное им общество в истории человечества? Вариант первый: массы, возбужденные лозунгом «Грабь награбленное!» (экспроприировавшие экспроприаторов). Вариант второй: россияне, пережившие обратный переход общенародной собственности к олигархам. В первом случае речь идет о ресоциализации падших в рамках уголовно-правового регламента, авторами которого выступили революционеры, а во втором – олигархи.

Проблемы зла, караемого в уголовном порядке, и ожидаемого обществом добра в виде уголовного наказания всегда стояли перед обществом. Истории известна масса прожектов, авторы которых доказывают: они изобрели (нашли) философский камень – эффективный метод борьбы с преступностью, знают, как перековать случайно оступившихся граждан в честных тружеников.

Результаты внедрения всех этих прожектов в жизнь доказывают: нет у современного общества эффективных методов проти-

востояния преступности. Апофеоз человеческой мысли – могучее государство способно: отдельных преступников уничтожить (казнить)¹, часть из них взять в плен (лишить свободы)², третьих – ограничить в материальных благах (штраф, конфискация). На сегодняшний день: казнить – негуманно, держать в плену – дорого³, лишать материальных благ – бесперспективно, так как подавляющее большинство преступников материальных благ не имеет⁴, а сам их недостаток, а то и полное отсутствие таковых как раз-то и подвигло миллионы изгоев на преступление.

В 1917 году лидеры нашего Отечества в деле борьбы с преступностью вооружились палочкой-выручалочкой под названием труд. В местах лишения свободы трудились миллионы: от лесорубов до авиаконструкторов (узники НИИ тюремного типа: С.П. Королев, А.Н. Туполев и др.).

Не злоупотребило ли Советское государство правом на легитимное насилие? Эффективен ли рабский труд ээка? Исследователи лагерной индустрии утверждают: исправительные учреждения ГУЛАГа всегда являлись дотационными, так как приговор рабскому труду как способу производства вынесен историей нашей цивилизации две тысячи лет назад.

В наши дни эффективностью труда заключенных уже не бредят. Цель привлечения их к труду – способ отвлечь внимание тюремного населения от стресса, вызываемого таким особенным

¹ По данным Amnesty international, в 2018 году было приведено в исполнение всего 690 смертных приговоров (в 2017 году – минимум 993). См.: Смертные приговоры и казни. 2018. Amnesty international – глобальный доклад. 2019.

² На момент написания статьи число таких пленных в России составляло 657 789 человек. Для сравнения, в США – 2 121 600 (25% от числа заключенных на планете). В этих странах имеется примерно такое же количество лиц, осужденных, но оставленных на свободе.

³ В США пенитенциарная система ежегодно поглощает 80 млрд долларов, в штате Нью-Йорк день содержания одного заключенного в сутки обходился налогоплательщикам в 210 долларов.

⁴ Заместитель министра юстиции Российской Федерации Д.В. Новак, выступая на I Всероссийской научно-практической конференции «Новые вехи в развитии административного и административно-процессуального права» (11 апреля 2019 года, Москва, ВШЭ), констатировал, что реально удастся взыскать менее 50% штрафов. Дальнейшие усилия государства по взысканию штрафов нерентабельны, ибо затраты на взыскание превышают размер взысканного.

правовым состоянием его членов, как бессмысленное «сидение под замком».

Возможности возместить причиненный преступлением имущественный ущерб, доказать право на условно-досрочное освобождение, а то и просто подзаработать – утопия, так как размеры заработков в местах лишения свободы символические.

Папа Римский в 2016 году так оценил современную уголовную политику: обществу пора прекратить прятаться за тюремными стенами.

Злоупотребление уголовно-процессуальным правом

Как правило, в основе уголовного судопроизводства лежит состязательность сторон. Легитимное противостояние сторон обвинения и защиты – основа для злоупотребления правом каждой из них.

Злоупотребление правом на заявление (жалобу)

Основным назначением субъективного права на подачу жалобы, например в порядке ст. 125 УПК РФ, является формальная провозглашенность и государственная гарантированность возможности человека удовлетворить свою потребность (интерес) установленным в законе способом или способом, не противоречащим закону. При этом каждой значимой витальной и социальной потребности индивида должно корреспондироваться соответствующее субъективное право. Если индивид удовлетворяет потребность (интерес) посредством осуществления ненадлежащего субъективного права, то данное право осуществляется в противоречии с его назначением.

Злоупотребление субъективным правом представляет собой такой способ осуществления субъективного права в противоречии с его назначением, посредством которого причиняется вред личности, обществу, государству, в анализируемых ниже случаях – судопроизводству. Основными (универсальными) признаками злоупотребления субъективным правом являются: осуществление субъективного права в противоречии с его назначением и вредоносность осуществления права. Другие признаки, такие как осуществление субъективного права с единственной целью причинить вред другому лицу; безнравственное, недобросовестное, неразумное осуществление права, относятся к факкультативным.

Недопустимость злоупотребления субъективным правом – общеправовой принцип. Он выражается в запрете вредоносного осуществления любого субъективного права в противоречии с его назначением, а также в запрете недобросовестного, неразумного или безнравственного осуществления субъективного права.

Злоупотребления субъективными правами можно классифицировать как правомерные (легальные) и противоправные. Основанием данного деления является юридический критерий оценки вреда (причиненного зла). Психологической детерминантой злоупотребления субъективным правом является деформация индивидуального правосознания управомоченного лица в форме правового эгоцентризма. Данная деформация характеризуется прагматичным знанием индивидом своих прав (интеллектуальный элемент правосознания) и наличием желания к их исключительно утилитарному осуществлению (волевой элемент правосознания). Правовой эгоцентризм обуславливает сформированность у субъекта специфичной правовой установки, которая выражается в его готовности удовлетворить свою конкретную потребность посредством осуществления любого права любым способом¹.

К вышеперечисленным злоупотреблениям правом мы относим попытки побудить суд, включая его высшие инстанции, требовать от органов внутренних дел на стадии возбуждения уголовного дела «установить причину появления пятна на стене, царапины на ножке кресла», на стадии предварительного расследования «найти маленькую собаку по кличке «Флейта», пропавшую несколько лет назад»².

В первом случае сотрудники органов внутренних дел позволили себя «развести», зарегистрировав в книге учета преступлений факт появления пятен и царапины, во втором – суды, удовле-

¹ См. подробнее: *Колоколов Н.А.* Злоупотребление правом на обжалование // Уголовное судопроизводство / под ред. Н.А. Колоколова: в 3 т., 2019. Т. 2. С. 334–353.

² См. подробнее: *Колоколов Н.А.* Что следует понимать под злоупотреблением права на обжалование в порядке ст. 125 УПК РФ? В чем суть злоупотребления правом на обжалование // Практика применения УПК РФ / под ред. В.М. Лебедева. 7-е изд., Москва, 2016. С. 226, 227.

творявшие жалобы потерпевшего и побуждавшие следователя «живое имущество» все же найти, забыли, что «во время пути собака могла подрасти».

Злоупотребление правом – категория историческая

Злоупотребление правом для обжалования для России не новость. Борьбе с лицами, злоупотреблявшими правом на принесение жалоб, в нашей истории посвящена не одна страница. Александр I в 1804 году даже был вынужден издать именной Указ «О предании суду просителей, коих жалобы на несправедливые решения Сената окажутся вовсе неосновательными». Император отмечал: «Соединяя правосудие с милосердием, отверзли Мы свободный путь жалобам на обиды и притеснения, оставляемые со стороны Судебных мест без должного удовлетворения. Но из множества вступающих к Нам прошений не только на нижние места, но и на самый Сенат весьма мало оказывается таких, кои бы справедливо требовали собственного Нашего внимания, напротив того, большая часть, будучи совершенно недельны, не заслуживает никакого уважения»¹.

Исключительно подробно тема злоупотребления правом раскрыта в трудах выдающегося российского юриста А.Ф. Кони. Оценим несколько зарисовок великого метра.

Потерпевшего – в тюрьму, вора – оправдать

Юноша предстал перед судом за кражу куска хлеба из незапертой булочной. На вопрос судьи о мотиве содеянного подсудимый ответил: «Я был голоден, милорд». Председательствующий: «Если бы я следовал только указаниям закона, то осудил бы вас, ибо закон не знает никакого различия такими предметами, как золотая цепь и кусок хлеба. Однако, руководствуясь моей судейской совестью, я оправдываю вас». Примечательно, что факт кражи хлеба без правовой оценки не остался: на основании старого закона королевы Елизаветы, карающего каждого за уход из незапертой лавки, судья приговорил владельца булочной к одному дню тюрьмы².

Современный читатель скажет: судья вышел за пределы обвинения, злоупотребил правом, по современному россий-

¹ Цит. по: Власть. 2009. № 25. С. 55.

² См.: Кони А.Ф. Собрание сочинений. Москва, 1966. Т. 1. С. 343–344.

скому закону максимум, что служитель Фемиды вправе себе позволить, так это вынести частное определение (ч. 4 ст. 29 УПК РФ). Впрочем, еще совсем недавно советскому правосудию была известна практика, в рамках которой судьи в процессе брали под стражу свидетелей, каковых они расценивали в качестве лиц, прикосновенных к преступлению, совершенному подсудимым.

Так, в 1987 году судья Фрунзенского народного суда г. Кишинева Харитоненко, явно злоупотребляя правом, взяла под стражу двух освобожденных от уголовной ответственности свидетелей (правда по нереабилитирующим основаниям), поскольку последние, злоупотребляя оказанным им доверием, в судебном заседании отказались изобличать подсудимого. Как известно, данный механизм существует и в наши дни. В частности, лицо, своевременно не уплатившее судебный штраф, рискует быть осужденным в общем порядке (ч. 2 ст. 104.4 УК РФ).

Беззастенчиво завравшиеся противники

А.Ф. Кони: «Мне пришлось в Сенате участвовать в рассмотрении дела, в котором сторонами в речах были сделаны совершенно недопустимые на суде выпады против подсудимого и некоторых свидетелей, направленные к возбуждению и разжиганию племенных страстей и оставленные председательствовавшим не только без своевременной остановки беззастенчиво зарвавшихся противников, но и без всякого указания в руководящем напутствии на их более чем неуместный характер»¹.

Неуместные вопросы

У дамы, остановившейся в гостинице, похитили портфель. Защитник подсудимого свой допрос потерпевшей начал с вопроса: «Мы позволим себе полюбопытствовать, где вы провели ночь?» Председательствующий в процессе Петербургского окружного суда А.Ф. Кони: «Свидетельница, я запрещаю вам отвечать на этот вопрос, а вас, господин защитник, предупреждаю, что при повторении подобных вопросов, указывающих на непонимание вами прав и обязанностей вашего знания, я вас удалю из залы заседания!»²

¹ Кони А.Ф. Собрание сочинений. Москва, 1966. Т. 1. С. 355.

² Там же. С. 348.

Не случайно П.С. Пороховщиков (П. Сергеич) в своей книге «Искусство речи на суде» писал: «во-первых, половина вопросов, задаваемых у нас в уголовном суде с участием присяжных, суть вопросы праздные; во-вторых, из другой, меньшей половины большая часть состоит из вопросов, вызывающих неблагоприятные ответы у спрашивающих; в-третьих, большинство этих последних случаев неблагоприятные, ответ бывает заранее предreshен неудачным вопросом».

Автору этих строк довелось выступать в должности председательствующего в процессе в период, когда первых участников процесса (подсудимых, потерпевших, свидетелей, экспертов) допрашивал активный судья. В отличие от сторон (прокуроры, адвокаты), председательствующий, будучи ответственным за приговор, имея четкое представление о перспективе дела, в условиях перманентного цейтнота спрашивал у допрашиваемых им лиц только то, что всем участникам процесса нужно было знать по делу. После этого по закону возможность задать вопросы предоставлялась прокурору и адвокату. О чем им спрашивать, если председательствующий за стороны поработал и все что нужно выяснил? Мудрые участники процесса в таких случаях ограничивались фразой: «Вопросов не имею». Однако бывали и такие, которые пытались повторить вопросы председательствующего. Подобных дублеров приходилось останавливать: «Разве вы не помните, что ответ на данный вопрос допрашиваемое лицо уже давало?»

В 2005 году автору довелось председательствовать в процессе по первой инстанции по УПК РФ 2001 года, по которому, согласно регламенту участников процесса, первыми допрашивают стороны. Вопросы, в том числе и от государственного обвинителя (прокурора Генеральной прокуратуры Российской Федерации), посыпались «как из пулемета», допрашиваемое лицо не успевало ответить на один вопрос, как следовал следующий. Пришлось оставить процесс, разъяснить сторонам, что вопрос им сначала лучше всего сформулировать письменно, задать его участнику процесса, да так, чтобы речь допрашивающего успел записать секретарь судебного заседания, после чего выслушать ответ, дожидаться момента фиксации его секретарем судебного заседания.

Суд над убитой

Сторона защиты таким образом организовала допрос свидетелей по делу об убийстве жены мужем, что, как заявил в прениях прокурор: «Я не знаю, чем руководствовались те свидетели, которые без краски стыда бросали здесь комья грязи в могилу покойной»¹. Не исключено, что потерпевшая была, как говорится, «не без греха», однако спросим читателя, насколько уместен вопрос защитника: «Что ему помешало вступить в связь с убитой – собственное нежелание или ее добродетель?»²

Адвокаты «голосуют ногами»

Что делать адвокату, которого не слышит председательствующий? По закону – писать жалобы. Вот только вопрос: прочтут ли их внимательно в суде вышестоящий инстанции?

О реальном уровне эффективности рассмотрения жалоб в судах общей юрисдикции очень интересно и предельно честно высказался М.В. Кротов – полномочный представитель Президента Российской Федерации в Конституционном Суде Российской Федерации, выступая в Общественной палате Российской Федерации на конференции, посвященной 25-летию Конституции Российской Федерации: «Многие дела наша судебная система разрешить не в состоянии, граждане по пустяковым вопросам вынуждены обращаться в Конституционный Суд Российской Федерации, Европейский суд по правам человека. Данные инстанции, несмотря на то, что разрешение этих «пустяковых вопросов» не их функция, терпеливо разрешают возникшие коллизии, вынесенные в результате этого судебные решения – база для пересмотра правовых позиций судов общей юрисдикции».

По данному поводу в народе говорится: «До бога – высоко, до царя – далеко». В таких условиях некоторые адвокаты, чтобы привлечь к себе внимание, «голосуют ногами», без разрешения председательствующего самовольно покидают процесс. Безусловно, подобный «исход» защитников – классический пример злоупотребления правом, о вариантах которого писал еще А.Ф. Кони, отмечавший недопустимость подобных действий сторон в процессе.

¹ Кони А.Ф. Собрание сочинений. Москва, 1966. Т. 1. С. 349.

² Там же.

Данная разновидность злоупотребления правом со стороны адвокатов, выливающаяся в адвокатские войны, нами неоднократно описывалась¹.

Органы предварительного расследования vs прокурора

Если основной причиной злоупотребления правом со стороны адвокатов является мечта о некой адвокатской вольности, то аналогичные действия со стороны представителей Следственного комитета Российской Федерации, направленные на дележ «обвинительного пирога», на наш взгляд, совершенно недопустимы. Обвиняемых в уголовном порядке преследует государство, за что, согласно УПК РФ, персонально отвечают назначенные им прокуроры. Следовательно, именно органы прокуратуры, а не предварительного следствия определяют текущую уголовную политику. Эпизоды противостояния следователей прокурорам нами также были неоднократно описаны².

Злоупотребление правом на обвинение

Органы предварительного расследования, выявив факт несвоевременной уплаты предприятием налогов на сумму 834 рубля 35 копеек (позволим читателю самостоятельно оценить степень общественной опасности содеянного), по ч. 4 ст. 159 УК РФ возбудили уголовное дело в отношении его директора Г., получившего государственную субсидию на погашение процентов по кредиту в размере 34 636 992 рублей. Неужели инициаторы уголовного преследования Г. ничего не знают про ч. 2 ст. 14 УК РФ, в которой указывается, что форма (да, уплатил налоги позже, пусть и до по-

¹ См.: Колоколов Н.А. Последствия саботирования адвокатом процесса с участием присяжных // Уголовный процесс. 2010. № 5. С. 29–31; *Его же*. Адвокатский бойкот // Адвокатская практика. 2010. № 3. С. 6–8; *Его же*. Еще раз о праве на «справедливую войну» в судопроизводстве // Адвокатская практика. 2011. № 4. С. 43–48; *Его же*. Злоупотребление правом на защиту // Закон. 2015. № 7. С. 28; *Его же*. Адвокат – суду не враг, адвокат – суду помощник // Евразийская адвокатура. 2014. № 2 (9). С. 7–12; *Его же*. Адвокатский саботаж и непроцессуальное поведение // Уголовный процесс. 2016. № 8. С. 37–43.

² См.: Колоколов Н.А. «Великое противостояние»: следователь VS прокурора // Библиотека криминалиста. Научный журнал. 2014. № 5. С. 9–29; *Его же*. Как один суд прокурора защитил // ЭЖ-Юрист. 2014. № 48. С. 8; *Его же*. «Силу следствия» не суду следует демонстрировать, а преступному миру // Юридический мир. 2015. № 9. С. 66–71.

лучения субсидии) не должна противоречить содержанию (поддержка бизнеса – стратегическая задача государства).

По приговору Суджанского районного суда Курской области Г. был оправдан, к сожалению, без ссылки на правила ч. 2 ст. 14 УК РФ¹.

Злоупотребление правом на отмену

Институт апелляции был учрежден для того, чтобы уголовное дело не ходило бесчисленное число раз из одной инстанции в другую, решение суда второй инстанции в рамках ординарного производства призвано быть окончательным. Анализ апелляционной практики региональных судов позволяет сделать вывод о том, что суды субъектов Российской Федерации, «не желая» рассматривать дела в полном объеме, злоупотребляют правом на их возвращение в суд первой инстанции. По этому пути, в частности, пошла судебная коллегия Курского областного суда, отменившая оправдательный приговор по делу Г.², как видим, решение принято, дело возвращено в Суджу.

Злоупотребление правом на фактический отказ от защиты

По общему правилу адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты. По делу Г. адвокат проживает в областном центре, непрерывные командировки в Суджу его утомили, в апелляционном решении он усмотрел отсутствие положительных перспектив, по его мнению, Г. грозит реальный срок, результат, явно не работающий на имидж успешного адвоката. В итоге защитник предлагает Г. сознаться... Подсудимый вынужден искать новых адвокатов.

Злоупотребление правом на провокацию

В общей структуре преступности значительное место занимают латентные преступления, то есть те деяния, о совершении которых правоохранительным органам официально ничего не известно. В современном обществе обозначилась тенденция, суть которой заключается в следующем: не дожидаясь фактического

¹ См.: Приговор Суджанского районного суда Курской области от 7 марта 2019 года № 1-1/2019 // Архив Суджанского районного суда Курской области за 2019 год.

² См.: Апелляционное определение Курского областного суда от 15 мая 2019 года № 22-602/2019 // Архив Курского областного суда за 2019 год.

совершения преступления, заранее выявить возможность его совершения, чтобы затем сразу задержать преступников, их сообщников с поличным, выйти на тех, кто за ними стоит. От органов уголовного преследования сегодня ожидают, что они ведут интенсивное наблюдение за определенной средой с целью обнаружения преступлений еще на раннем этапе, в том числе и в тех случаях, когда еще не появилось никакого подозрения, о формах которого пишется в УПК РФ. Не секрет, что борьбе с преступностью известен институт «инициативного расследования», – цель существования которого выявить факты, наличие которых может свидетельствовать, что преступление возможно.

Выявив такие факты, правоохранительные органы могут:

- заблаговременно готовиться к будущему уголовному преследованию, педантично собирать материалы о группе вероятных преступников, чтобы в случае перехода некоторых из них в активную стадию противоправного действия иметь четкие преставления о параметрах преступной системы;

- внимательно следить за развитием ситуации, терпеливо дожидаясь момента, когда злоумышленников можно будет задержать с поличным (так поступают сотрудники уголовного розыска, борющиеся с ворами-карманниками);

- не дожидаясь завершения формирования преступного умысла естественным путем, провоцировать совершение конкретного преступления.

Данные механизмы находятся на вооружении практически всех спецслужб в мире, главное, что от них в таком случае требуется, это то, чтобы собственный вклад преступника в содеянное не отходил на второй план при оценке результатов им содеянного.

Есть государства, в которых вышеперечисленные действия правоохранительных органов зафиксированы в уголовно-процессуальных кодексах, прочих общеизвестных законах, как это сделано, например, в ФРГ. В России совершение данных действий правоохранительными органами для общества столь же латентно, как совокупность преступлений, с которыми они борются.

Сторона защиты о проведении таких действий (как правило, лишь о небольшой части некоторых из них) узнает уже после задержания конкретного лица с поличным, оформления комплекса соответствующих документов. Скажем больше, вопреки Консти-

туции Российской Федерации – закону прямого действия, декларирующему право на профессиональную юридическую помощь, появление адвоката в момент задержания виновного (в силу презумпции невиновности еще невиновного) с поличным – явление исключительное.

В частности, в Российской Федерации сложилась устойчивая практика применения ч. 2.1 ст. 14.16 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ) и ст. 151.1 УК РФ. Анализ состоявшихся судебных постановлений позволяет сделать вывод, что в подавляющем большинстве случаев действия продавцов были спровоцированы поведением несовершеннолетних покупателей, которые действовали по поручению сотрудников полиции.

Вопрос о допустимости провокации в отношении потенциального правонарушителя (преступника) нами не обсуждается, ибо это общепризнанная мировая практика. Естественно, что провокационная деятельность должна проходить в строго очерченных рамках и под надлежащим прокурорским надзором и судебным контролем, следовательно, она не может быть произвольными действиями сотрудников полиции.

Вопрос о допустимости привлечения к участию в провокациях несовершеннолетних, их возраст оставим на усмотрение читателя.

Лицо, в отношении которого совершены провокационные действия, обладает правом требовать от органов, их осуществивших, соответствующего обоснования.

Лицо, задержанное в процессе провокационных действий, имеет право на адвоката с момента задержания. Данное правило в полном объеме распространяется на лиц, совершивших правонарушение, предусмотренное КоАП РФ, особенно, если его результаты будут положены в основу обвинения по уголовному делу¹.

23 ноября 2016 года Смоленским областным судом по п. «б», «в» ч. 3 ст. 286 УК РФ был осужден сотрудник МВД России Го-

¹ Подробнее о комплексе проблем злоупотребления правом в рамках провокационных действий см.: *Колоколов Н.А.* Принципиальность адвоката помогла доказать провокацию взятки // Уголовный процесс. 2018. № 4. С. 88–91; *Его же.* Можно ли доказать провокацию противоправного деяния // Уголовный процесс. 2018. № 6. С. 74–79.

лубцов, который, согласно версии, выдвинутой органами предварительного расследования, явился организатором череды незаконных оперативно-разыскных мероприятий (фактически провокаций) в отношении сотрудников администрации г. Смоленска. Поскольку материалы данного уголовного дела в основном засекречены, то мы ограничимся лишь ссылкой на официальный документ¹.

Также секретно уголовное дело в отношении Сугрובה, который со своими подчиненными, согласно итоговым судебным решениям, буквально специализировался на злоупотреблении правом в рамках многочисленных провокаций².

Злоупотребление правом на пытку

В Средние века пыткой руководил судья-инквизитор, дозируя вид и интенсивность истязания. Обвиняемого порой пытали публично. Общество глубоко верующих идеалистов зло видело во плоти человеческой, ибо в нее мог вселиться дьявол. Публичная пытка оценивалась народом. Признался подсудимый – хороший судья. Не признался – плохой. Умер испытуемый на дыбе – неумелый судья.

Современная цивилизация декларирует – пытки запрещены. Не будем кривить душой, ибо запрет этот лишь на бумаге. На самом деле современным обществом пытки не порицаются, особенно если они приносят быстрый и положительный эффект. Анализ уголовных дел о преступлениях, совершенных в условиях неочевидности, свидетельствует, что без признания виновного приговора, как правило, не было бы.

Безусловно, далеко не все эти признания получены под пыткой, однако наличие дел, подобных делу Михеева (один из фактов пыток в Нижегородской области, установленных ЕСПЧ), позволяет сделать неприятный вывод: от пыток не отказались, с привлечением к уголовной ответственности истязателей не спешат.

¹ См.: Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 12 апреля 2017 года № 36-АПУ17-10сс // Электронный архив Верховного Суда Российской Федерации за 2017 год.

² См.: Апелляционное определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации от 19 декабря 2017 года № 5-АПУ17-103сс // Электронный архив Верховного Суда Российской Федерации за 2017 год.

Злоупотребление правом на отказ от пытки

В Курске пропали четыре девочки. Подозрения пали на мальчиков – их ближайшее окружение. Пытать ребят не решились. Спустя 10 лет трупы девочек были случайно обнаружены. Опять вышли на уже взрослых «мальчиков», один из которых признался, что девочки были убиты ими.

Суд с участием присяжных заседателей пришел к выводу, что убийство совершили именно они, после чего освободил виновных от наказания ввиду истечения сроков давности привлечения к уголовной ответственности.

Злоупотребление правом на отказ в освобождении

Как следует из процессуальных документов, «группа в составе депутата Магаданской областной думы Шамиряна Г.Л., Трифоновой В.В., Шубина Ю.А. и иных неустановленных следствием лиц» в период с 27 октября по 16 декабря 2009 года «обещала председателю правления АКБ «МФТ-Банк» Разумову П.В. за 1,5 млн долларов «продать» должность члена Совета Федерации».

16 декабря 2009 года переговоры о «сделке» трансформировались в оперативный эксперимент, в ходе которого Шамирян был задержан при получении от Разумова через С.А. Гридасова 45 000 000 рублей.

В этот же день в отношении Шамиряна, Трифоновой и Шубина были возбуждены уголовные дела № 141418 и 141419, которые тут же были соединены в одно производство. Предварительное расследование по данному делу осуществлялось следственно-оперативной группой, возглавляемой следователем по особо важным делам отдела по расследованию преступлений коррупционной направленности Следственного управления Следственного комитета при Прокуратуре Российской Федерации по Московской области.

16 декабря 2009 года Трифонова задержана в порядке ст. 91–92 УПК РФ. С самого начала следователю, а равно его руководству достоверно известно, что задержанная – тяжело больна, ее лечение в условиях следственного изолятора – неэффективно.

Позже в ведомственном акте будет отмечено: «в нарушение требований ст. 99 УПК РФ, приказов Первого заместителя Генерального прокурора РФ, Председателя СК при прокуратуре РФ

№ 5 и 6 от 7 сентября 2007 года данный факт следствием не проверен»¹.

Явно вопреки здравому смыслу 18 декабря 2009 года в отношении Трифионовой Одинцовским районным судом Московской области избирается мера пресечения в виде заключения под стражу. «Без дальнейшей проверки доводов Трифионовой о состоянии здоровья»² 25 декабря 2009 года ей предъявили обвинение в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, ч. 4 ст. 159 УК РФ. 15 февраля 2010 года срок содержания обвиняемой под стражей продлен до 4 месяцев, то есть до 16 апреля 2010 года.

Защитники Трифионовой неоднократно ходатайствовали об изменении в отношении последней меры пресечения, назначении комплексной судебно-медицинской экспертизы для установления состояния ее здоровья, однако все они «следователем были отклонены без исследования доводов адвокатов и состояния здоровья обвиняемой».

«Следствием также оставлены без рассмотрения и два обращения начальника ИЗ-77/1 УФСМН по г. Москве о необходимости изменения Трифионовой меры пресечения в связи с ухудшением состояния здоровья»³.

31 марта 2010 года следователь возбудил перед Одинцовским районным судом Московской области ходатайство об изменении меры пресечения на залог.

Постановлением Одинцовского районного суда Московской области от 6 апреля 2010 года в удовлетворении данного ходатайства было отказано. Мотив – тяжесть содеянного Трифионовой, степень ее общественной опасности настолько велики, что законность и обоснованность ее содержания под стражей у суда не вызывает сомнения. Более того, из представленных в суд документов «не следует, что Трифионова не может содержаться под стражей в условиях изолятора», «органы предварительного следствия,

¹ О привлечении к дисциплинарной ответственности, освобождении от должности и увольнении: приказ первого заместителя Генерального прокурора Российской Федерации, Председателя Следственного комитета при Прокуратуре Российской Федерации от 4 мая 2010 года № 47м/п.

² См. там же.

³ См. там же.

при необходимости, могут самостоятельно изменить ей меру пресечения на подписку о невыезде».

Совершенно очевидно, что препятствий для изменения меры пресечения в отношении Трифоновой на подписку о невыезде у органов предварительного расследования не было. Ущерб ее преступными действиями потерпевшим причинен не был. Почему меру пресечения в отношении Трифоновой менять следует именно на залог, из ходатайства не ясно.

Совершенно очевидно и то, что, разрешая ходатайство следователя, суд забыл о презумпции невиновности, особенно такой ее составляющей, как презумпция на лишение свободы.

Выбор меры пресечения – прерогатива следователя (ч. 1 ст. 108 УПК РФ). С предложением последнего относительно ее строгости суд вправе согласиться (п. 1 ч. 7 ст. 108 УПК РФ), если же суд с предложением следователя не согласен, то максимум, что разрешает ему закон – определить менее строгую меру пресечения (ч. 7.1 ст. 108 УПК РФ). Данный закон не может быть истолкован иначе, как прямой запрет на избрание судом меры пресечения более строгой, чем об этом ходатайствовал следователь. Поскольку следователь ходатайствовал об избрании такой меры пресечения, как залог, то суд, как минимум, мог позволить себе с ним согласиться, фактически же он был должен избрать менее строгую меру пресечения, например: подписку о невыезде. Решение суда: сохранить меру пресечения «Содержание под стражей», полностью переложить решение вопроса о ее виде – явно незаконно.

Анализ двух последних документов позволяет сделать вывод о том, что компетентные инстанции сознательно последовательно уклонялись от принятия решения о мере пресечения: следствие решило «освободить» Трифонову «руками» суда, а последний «на данную провокацию» не поддался.

Желая добиться освобождения Трифоновой именно «руками» суда, Заместитель руководителя Следственного управления Следственного комитета при Прокуратуре Российской Федерации по Московской области старший советник юстиции А.П. Филиппов ходатайствовал перед исполняющим обязанности прокурора Московской области А.Н. Игнатенко об «опротестовании» постановления Одинцовского районного суда от 6 апреля

2010 года. При этом Филиппов указал, что «учитывая обстоятельства и тяжесть совершенного Трифионовой корыстного преступления, избрание в отношении нее иной более мягкой меры пресечения, не связанной с лишением свободы, нежели чем залог, недопустимо».

Кассационная инстанция тоже не поддавалась на «провокацию» органов предварительного расследования, 20 апреля 2010 года оставила постановление Одинцовского районного суда Московской области без изменения. Мотив: «документов о том, что Трифионова не может содержаться под стражей, в суд не представлено, учитывая тяжесть и обстоятельства совершенного ею преступления, оснований для изменения меры пресечения нет». Выше применительно к постановлению суда первой инстанции уже было приведено обоснование, почему такое решение является явно незаконным.

Разрешая надуманный спор, кому после уклонения суда от изменения меры пресечения следовало освободить Трифионову, А.И. Бастрыкин в своем приказе однозначно констатировал: «Однако следователем мера пресечения не была изменена».

Все ли от нее зависящее сделала защита? В приказе А.И. Бастрыкина есть ответ и на данный вопрос. «В центральный аппарат СК при прокуратуре РФ от участников уголовного процесса обращений по делу Трифионовой не поступало»¹.

Как известно, за решениями и действиями (бездействием) органов предварительного расследования в непрерывном, сплошном режиме осуществляются ведомственный контроль и прокурорский надзор.

Процитированный выше абзац из приказа адвокатами должен быть истолкован как прямая обязанность одновременного принесения жалоб во все надзорные и контрольные инстанции. Вдруг вас хоть кто-то услышит...

Что еще по делу Трифионовой констатировал в своем приказе А.И. Бастрыкин? Волокиту! План расследования по делу не вы-

¹ См.: О привлечении к дисциплинарной ответственности, освобождении от должности и увольнении: приказ первого заместителя Генерального прокурора Российской Федерации, Председателя Следственного комитета при Прокуратуре Российской Федерации от 4 мая 2010 года № 47м/п.

полнен. Три следователя и сотрудники Департамента экономической безопасности МВД России за 4,5 мес. провели всего 35 следственных действий, из них сотрудники Департамента – 11. «Руководитель СУ не принял должных мер по своевременной реализации законных решений и обеспечению контроля», а его заместитель – за «неукоснительным обеспечением конституционных прав граждан при избрании меры пресечения»¹.

Чего ждали следователи? Ответ на данный вопрос в доступных широкой публике процессуальных документах отсутствует. Предположений может быть только два. Они – заурядные волокитчики, цена их бездействия – смерть обвиняемой. Следователи рассчитывали, что сломленная болезнью Трифонова заговорит. Пытка не удалась, подследственная скончалась.

Победителей не судят, но горе побежденному. Непосредственные руководители следователя уволены, в отношении последнего 4 мая 2010 года заместителем Председателя Следственного комитета при Прокуратуре Российской Федерации возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного ч. 2 ст. 293 УК РФ².

Основные научно-практические выводы:

1. Регламент понятия «злоупотребление правом» непосредственно в уголовно-процессуальном законе отсутствует. Прежде чем формировать соответствующую правовую норму, законодатель должен глубоко задуматься, нужно ли ему тратить немалые бюджетные деньги на принудительное приведение ее в действие, может быть достаточно морали? Не случайно категория «злоупотребление правом» в самостоятельный институт оформилась в России как раз в тот момент, когда в обществе была старая процессуальная мораль, а о новой соответствующей моменту морали представления имелись весьма и весьма смутные. Впрочем, новая процессуальная мораль сама по себе так никогда и не появится, не случайно XX съезд КПСС в Моральный кодекс строителя

¹ См.: О привлечении к дисциплинарной ответственности, освобождении от должности и увольнении: приказ первого заместителя Генерального прокурора Российской Федерации, Председателя Следственного комитета при Прокуратуре Российской Федерации от 4 мая 2010 года № 47/п.

² См. подробнее: Колоколов Н.А. Пытка – традиционный метод доказывания // ЭЖ-Юрист. 2012. № 27 (730). С. 10.

светлого будущего записал апробированные временем старые библейские истины. В не меньшей степени это касается и морали процессуальной. Очевидно и то, что в отсутствие «бесплатной» или «малозатратной» морали государству приходится тратиться на преодоление никому не нужных барьеров в судопроизводстве.

2. Что же осталось от прежних «процессуальных периодов»? А то, что было и ранее – «злоупотребление процессуальными правами», в основе которого кроется нарушение общественного порядка судопроизводства, формы же этого нарушения могут быть самыми разными, порой экзотическими. Естественно, что предвосхитить правоигнорирующую фантазию отдельных личностей невозможно, следовательно, невозможно обойтись и без «резиновой» нормы, позволяющей органам государства наиболее одиозные злоупотребления правом пресекать. Только мудрый правоприменитель в самой сложной ситуации правильно определит степень опасности злоупотребления правом каждым субъектом процесса, успешно разрешит задачу, пользуясь не только тем инструментарием, который ему выделило государство, но и своим правосознанием.

3. Для успешного функционирования механизмов пресечения злоупотребления правом необходимы следующие условия: в каждой отдельно взятой стране должно быть ясное, четкое и единообразное понимание природы уголовного процесса, роли следователя, прокурора и суда в приведении действующих норм УПК РФ в действие. За судом должны быть закреплены полномочия на творческое применение права, в том числе и международного. У населения страны должно существовать доверие к судебному корпусу, деятельность судов по пресечению фактов злоупотребления правом должна отличаться ясностью и прозрачностью. Процессуальное законодательство должно содержать совершенный механизм исправления следственных, прокурорских и судебных ошибок.

4. Юридическая текучка постепенно выявляет все новые и новые формы злоупотребления правом.

Поляков С.Б.,

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры теории и истории государства и права Пермского государственного национального исследовательского университета

Злоупотребление правом и принцип формальной определенности закона

В постановлении от 13 июля 2010 года № 15-П Конституционный Суд Российской Федерации (далее – Конституционный Суд РФ) указал: «Принцип формальной определенности закона, предполагающий точность и ясность законодательных предписаний, будучи неотъемлемым элементом верховенства права, выступает и в законотворческой деятельности, и в правоприменительной практике необходимой гарантией обеспечения эффективной защиты от произвольных преследования, осуждения и наказания»¹. В его же постановлениях от 30 ноября 2012 года № 29-П, от 21 мая 2013 года № 10-П сказано, что равенство может быть обеспечено лишь при условии единообразного понимания и толкования правовой нормы всеми правоприменителями. Неопределенность содержания законодательного регулирования, напротив, допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведет к произволу, а значит – к нарушению принципов равенства и верховенства закона².

Злоупотребление правом – понятие, определенное гражданским законодательством, но используемое в правоприменительной практике не только по гражданским делам с широким спектром толкований, о чем свидетельствует обширная юридическая литература и обобщения справочных правовых систем.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 29, ст. 3983.

² Там же. 2012. № 51, ст. 7323; 2013. № 22, ст. 2861.

В абзаце 1 п. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) указано: «Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)».

Из этого следуют варианты злоупотребления правом с признаками:

- осуществления гражданских прав + намерения причинить вред другому лицу;
- действий в обход закона + противоправной цели;
- иного заведомо недобросовестного осуществления гражданских прав.

Последний предельно широкий вариант лишает особого смысла более-менее определенные первые два варианта, которые соотносятся с последним как часть и целое.

В абзаце 2 п. 1 ст. 10 ГК РФ предусмотрен частный случай (в указании специальных объектов причинения вреда – второго признака) первого варианта злоупотребления правом.

Помимо буквального толкования закона, в юридической литературе и судебной практике можно найти иные варианты злоупотребления правом. В науке распространено деление злоупотребления правом по субъективному признаку на действия исключительно с намерением причинить вред другому лицу (шikanа) и направленные на достижение иной цели¹. Ко вторым, например, относят злоупотребление правом с целью обогащения, то есть с целью получения имущественной выгоды (наживы); с целью избегания (уклонения) от выполнения своих обязанностей; с целью воспрепятствования, блокировки реализации субъективных прав кредиторов на их защиту и восстановление².

В определении Верховного Суда Российской Федерации от 3 февраля 2015 года № 32-КГ14-17 сказано: «Злоупотребление

¹ См.: Малиновский А.А. Злоупотребление правом // Общая теория государства и права. Академический курс: в 3 т. / отв. ред. М.Н. Марченко. Москва, 2007. Т. 3. С. 580–584.

² См.: Волков А.В. «Иные формы» злоупотребления гражданскими правами по статье 10 ГК РФ // Юрист. 2008. № 2. С. 2–6.

правом, по смыслу статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, то есть осуществление субъективного права в противоречии с его назначением, имеет место в случае, когда субъект поступает вопреки правовой норме, предоставляющей ему соответствующее право; не соотносит свое поведение с интересами общества и государства; не исполняет корреспондирующую данному праву юридическую обязанность»¹.

В буквальном значении ст. 10 ГК РФ можно увидеть следующее. Осуществление гражданских прав означает, что субъект реализует адресованные ему управомочивающие нормы. В случаях, когда наличие и реализация права на активные действия связана с установленными в законе условиями, такие действия являются запретными при отсутствии прямо указанных условий вследствие, как писал С.С. Алексеев, «зеркальной обратной связи» дозволений и запретов: либо то, либо другое². Например, ст. 81 Трудового кодекса Российской Федерации (далее – ТК РФ) устанавливает право работодателя по своей инициативе уволить работника в случаях, указанных в пунктах и подпунктах этой статьи. Увольнение помимо воли работника в иных случаях будет незаконным нарушением работодателем запретов, зеркально установленных в ст. 81 ТК РФ, влекущим применение как минимум правовосстановительных санкций (восстановление на работе – ст. 394 ТК РФ). Подобные нарушения запретов нет необходимости квалифицировать как злоупотребление правом, хотя оно буквально соответствует приведенному положению судебной практики об одном из его видов: «субъект поступает вопреки правовой норме, предоставляющей ему соответствующее право».

Субъективное право, не ограниченное гипотезами норм, существует по общедозволительному методу правового регулирования вне поля запрещающих норм (ст. 17, 18, 55 Конституции Российской Федерации (далее – Конституция РФ)). Оно ограничивается общим запретом: «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.12.2018).

² См.: Алексеев С.С. Общие дозволения и общие запреты в советском праве. Москва, 1989. С. 57, 66.

лиц» (ч. 3 ст. 17 Конституции РФ). У лица нет права на нарушение права и свободы других лиц.

Согласно п. 2 ст. 10 ГК РФ, суд, арбитражный суд или третейский суд с учетом характера и последствий допущенного злоупотребления отказывает лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично, а также применяет иные меры, предусмотренные законом. Под иными мерами, как правило, понимается возмещение причиненных «злоупотреблением правом» убытков по правилам ст. 15, 1064 ГК РФ. Почему основание этого – не запрещенные ст. 15, 1064 ГК РФ действия, а именно злоупотребление правом (п. 4 ст. 10 ГК РФ), непонятно. При убытках (реальном ущербе и упущенной выгоде) лицо вправе в силу ст. 15 ГК РФ требовать от лиц, совершивших действия, повлекшие эти убытки, его возмещения. Независимо от того, причинены ли убытки повреждением имущества буйством или договором двух лиц, направленным на причинение ущерба потерпевшему – третьему лицу, причинители вреда по презумпции вины, установленной п. 2 ст. 1064 ГК РФ, должны доказать наличие правовой основы для своих действий.

В постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 21 мая 2013 года № 17388/12 со ссылкой на п. 5 Информационного письма Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 25 ноября 2008 года № 127 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 10 Гражданского кодекса Российской Федерации» сказано: «Непосредственной целью санкции, содержащейся в статье 10 Гражданского кодекса, а именно отказа в защите права лицу, злоупотребившему правом, является не наказание лица, злоупотребившего правом, а защита прав лица, потерпевшего от этого злоупотребления. Следовательно, для защиты нарушенных прав потерпевшего суд может не принять доводы лица, злоупотребившего правом, ссылающегося на соответствие своих действий по осуществлению принадлежащего ему права формальным требованиям законодательства. Поэтому упомянутая норма закона может применяться как в отношении истца, так и в отношении ответчика»¹.

¹ Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. 2013. № 10. С. 135.

Отказ лицу в защите «принадлежащего ему права» назван санкцией. Этот термин в современной юридической литературе утратил свое изначальное значение как предусмотренной законом реакции на правонарушение и применяется как угодно («поощрительные санкции» и т. п.). Разновидность широкого употребления термина «санкция» мы видим и в данном случае. Отказ лицу в защите права происходит в результате установления судом того, что субъективное право не возникло из-за нарушения лицом, утверждающим наличие у него некоего права, предусмотренного ст. 17 Конституции РФ, или условий гипотезы управомочивающей нормы. Поэтому слова «принадлежащего ему права» в п. 2 ст. 10 ГК РФ введены неточно. Как, например, невыполнение истцом условий подачи иска и требований к исковому заявлению не порождает у него права на судебную защиту по конкретному делу и влечет отказ в приеме искового заявления или возвращение его (ст. 134–136 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ))¹. В то время как санкция в исконном значении – это реакция на неисполнение обязанности или на нарушение запрета. Широкое употребление термина «санкция» позволяет еще больше замутить реализацию и без того неясного понятия «злоупотребление правом».

У автора быстро иссяк энтузиазм в исследовании судебных актов со ссылками на злоупотребление правом для перепроверки выводов уже имеющихся анализов судебных постановлений: «в большинстве из них квалификация судом деяния как злоупотребления правом вызывает возражения, которые можно свести к трем моментам: лицо, уличенное в злоупотреблении, вовсе не обладало субъективным правом, или это было для него не право, а обязанность, или то право, которое оценивал суд в действительности, совсем иное право»².

В подготовленной специалистами СПС «КонсультантПлюс» подборке по вопросу «1.3. Как определить, является ли конкрет-

¹ См.: *Лейст О.Э.* Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). Москва, 1981. С. 24–34.

² *Мусарский С.В.* Обзор судебной практики применения норм о запрете злоупотребления правом (ст. 10 ГК РФ) (полный анализ всей судебной практики за 1995–2011 годы). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.12.2018); *Поротикова О.А.* Еще раз о злоупотреблении гражданским правом // *Гражданское право*. 2013. № 2. С. 12–14.

ное поведение добросовестным» предлагается проверить судебную практику на сходство с обстоятельствами решаемого дела, оценить различную совокупность фактов с приведением ряда примеров. Примечательно, что все это заканчивается выводом: «В любом случае решение вопроса о добросовестности зависит от особенностей конкретной ситуации и усмотрения суда»¹. Из этого следует, что невозможно заранее предвидеть исход дела, в условия решения которого включены понятия «злоупотребление правом», «добросовестность». Притом что в уже процитированном постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 13 июля 2010 года № 15-П сказано: «По мнению Европейского Суда по правам человека, закон во всяком случае должен отвечать установленному Конвенцией стандарту, требующему, чтобы законодательные нормы были сформулированы с достаточной четкостью и позволяли лицу предвидеть, прибегая в случае необходимости к юридической помощи, с какими последствиями могут быть связаны те или иные его действия».

Возможность применения введенного в 2013 году варианта злоупотребления правом – действия в обход закона с противоправной целью² – делает еще более непредсказуемыми последствия юридически значимых действий, которые совершаются в соответствии со ст. 2, 17, 18, 55 Конституции РФ, п. 2 ст. 1 ГК РФ по своей воле и в своем интересе.

В юридической литературе много критики понятия «обход закона» за «его неконкретность»³. Можно встретить не только критику, но даже «мнение о положительном значении действий субъектов, совершаемых в обход дискриминационных норм права, но в духе концепции естественных прав человека»⁴.

¹ Что такое принцип добросовестности. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 29.12.2018).

² См.: О внесении изменений в главы 1, 2, 3 и 4 части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: федеральный закон от 30 декабря 2012 года № 302-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2012. № 53, ч. 1, ст. 7627.

³ См.: *Фоков А.П.* Законодательные новеллы части первой Гражданского кодекса России: комментарии и размышления // Российский судья. 2013. № 2. С. 2.

⁴ *Цыреторов А.И.* Обход закона как явление правовой действительности // Российская юстиция. 2018. № 8. С. 54.

В пункте 8 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 23 июня 2015 года № 25 сказано: «К сделке, совершенной в обход закона с противоправной целью, подлежат применению нормы гражданского законодательства, в обход которых она была совершена. В частности, такая сделка может быть признана недействительной на основании положений статьи 10 и пунктов 1 или 2 статьи 168 ГК РФ. При наличии в законе специального основания недействительности такая сделка признается недействительной по этому основанию (например, по правилам статьи 170 ГК РФ)»¹. Из этого следует, что соответствующие нормы гражданского законодательства могут применяться при наличии в деле обстоятельств, соответствующих их гипотезам, а при их отсутствии – с «костылями», именуемыми «обход закона» по непредсказуемому желанию суда. Например, Верховным Судом Российской Федерации квалифицировано как обход закона с отменой состоявшихся судебных решений проведение процедуры замещения активов в отношении социально значимых объектов в обход законодательных ограничений, установленных в отношении этих объектов при смене их собственника вследствие банкротства².

Наоборот, определением № 305-КГ17-6981 Верховный Суд Российской Федерации отменил судебные решения, которыми признаны обходом закона действия налогоплательщика по выдаче распоряжения о списании денежных средств с его счета для уплаты налогов банку, в работе которого произошел технический сбой по проведению платежей³.

Напрашивается вопрос: как субъекты права в отсутствие запрета и условия обязанности, действуя в своем интересе, могут предвидеть, что их действия могут оказаться «обходом закона» и, соответственно, злоупотреблением правом, если судебные инстанции путаются в квалификации таких действий? Можно дать только один ответ. В правовом государстве (ч. 1 ст. 1 Конститу-

¹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 8. С. 3.

² Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 1 (2018) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 28.03.2018). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.05.2019).

³ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 5 (2017) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 27.12.2017) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 12. С. 40–41.

ции РФ) следует предвидеть, что любое действие в своем интересе может быть квалифицировано как обход закона или иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом), потому что частный интерес произвольно может быть назван судом «противоречащим назначению субъективного права», «не соотносимым с интересами общества и государства», «недобросовестным». Это подтверждает вековую русскую мудрость: от сумы и от тюрьмы не зарекайся.

Самостоятельным из всей совокупности явлений, именуемых в судебной практике «злоупотребление правом», по содержанию и по последствиям, предусмотренным п. 2 ст. 10 ГК РФ, видится только решение в гражданском деле вопроса о наличии или отсутствии субъективного права, за защитой которого обратилось в суд лицо, причем тогда, когда основанием спорного отношения является договор, при заключении которого одна из сторон добилась условий, нарушающих положения ч. 3 ст. 17, ч. 1 ст. 19 Конституции РФ. В таком случае суд выполняет функцию нормоконтроля за диспозитивно установленными участниками правоотношения правилами. Все остальное либо «двойная фамилия» известных запрещенных действий (например, ст. 1064 ГК РФ), либо незаконное применение санкций за непредусмотренные законом обязанности и запреты.

Значительное место в юридической литературе и судебной практике уделяется злоупотреблению процессуальными правами. Например, обсуждаемое понятие используется при решении иска реабилитированного о компенсации вреда к заявителю по уголовным делам частного обвинения¹.

Удовлетворение ходатайств в ходе рассмотрения дела и принятие решений по существу спора зависят от установления целей противоборствующих сторон, которые по природе своей направлены на извлечение преимуществ за счет другого участника пра-

¹ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 17 октября 2011 года № 22-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 43, ст. 6123; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 23 июня 2016 года № 1284-О. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.05.2019); Определение Верховного Суда Российской Федерации от 10 марта 2015 года № 16-КГ14-37. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.05.2019).

воотношений. Злоупотреблением в итоге называются действия проигравшего лица в юридическом споре. Изначально до решения спора они не могут быть злоупотреблением. Поэтому цели и мотивы, фактическая обоснованность материальных требований и направленных на их реализацию процессуальных действий, а не «злоупотребление правом» являются обстоятельствами, подлежащими установлению для удовлетворения ходатайств либо для решения вопроса о правомерности или неправомерности причинения такими действиями материального и морального ущерба процессуальному противнику или правоприменителю.

Необходимость установления наличия или отсутствия субъективного права в гражданских правоотношениях, в спорах о его защите, нахождения судом с учетом обстоятельств конкретного (относительного) правоотношения баланса между ценностями, закрепленными в формах права, подтверждает мысль о том, что правоприменение – это форма индивидуального правового регулирования общественных отношений, а не всего лишь форма реализации права¹.

Корень проблемы не в том, что нормативное регулирование допускает судебское усмотрение, поскольку «правоприменительное усмотрение выступает технико-юридическим средством перехода правовой неопределенности в правовую определенность»², а в том, сколько судей в судебной системе способны к фактически правотворческой работе.

Не исчезла отмеченная еще А.Ф. Кони болезнь судей – «лень ума, отказывающегося проникать в глубь вещей и пробивать себе дорогу среди кажущихся видимостей и поверхностных противоречий»³. Она только усугубляется подменой в судебной

¹ См.: Минникес И.А. Индивидуальное правовое регулирование: проблемы теории и практики. Иркутск, 2008. С. 29–30, 121–130; Реутов В.П. Правотворчество как правоприменительный процесс: соотношение нормативного и индивидуального // Исследования по общей теории права. Пермь, 2015. С. 218–226; Толстик В.А. Спорные вопросы теории правоприменения // Шестой Пермский конгресс ученых-юристов. Пермь, 16–17 октября 2015 года: избранные материалы. Москва, 2016. С. 65–73.

² Власенко Н.А. Разумность и определенность в правовом регулировании. Москва, 2015. С. 99.

³ Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процессе (Общие черты судебной этики): собрание сочинений: в 8 т. Москва, 1967. Т. 4. С. 40.

практике законности чиновничьим термином «стабильность»¹, истинность которой не проверяема из-за безответственности судебной власти от общества. Например, в вышеприведенном примере, по которому Верховным Судом Российской Федерации вынесено определение № 305-КГ17-6981, суды недобросовестно выясняли фактические обстоятельства, связанные с известностью налогоплательщику юридического факта, предусмотренного примененным подп. 1 п. 3 ст. 45 Налогового кодекса Российской Федерации, – наличие в банке достаточного денежного остатка на день платежа.

«Лень ума» побуждает действовать по шаблонам «злоупотребления правом», формируемым чаще всего в пользу более сильных в частноправовых отношениях, вместо кропотливой работы в каждом деле по установлению всех юридических фактов применяемых норм, особенно сложных в доказывании, относящихся к субъективной стороне поведения участников правоотношений.

Неопределенность закона в диспозитивно регулируемых отношениях должна через судебское усмотрение создавать правовую определенность². Злоупотребление правом – квалификация правового положения одной стороны диспозитивного правоотношения до его судебного нормоконтроля в результате индивидуального правового регулирования частноправовых отношений. Качество такого регулирования зависит от социально-психологических аспектов осуществления судебной власти. В защите частноправовых отношений против «лени ума» и «стабильности судебных решений» нет преград, подобных воле исполнительной власти в публичных отношениях.

Особое предназначение введения и развития неопределенного понятия «злоупотребление правом» за пределы частноправовых отношений – использование его с учетом управляемости су-

¹ См.: *Боннер А.Т.* Электронное правосудие: реальность или новомодный термин? // Вестник гражданского процесса. 2018. № 1. Т. 8. С. 35–36.

² См.: *Поляков С.Б., Сидоренко А.И.* Проблемы преодоления правовой неопределенности, порождаемой судебной практикой // Определенность и неопределенность права как парные категории: проблемы теории и практики: материалы XII международной научно-практической конференции: в 3 ч. Москва, 2018. Ч. I. С. 139–146.

дебной власти для обхода исполнительной властью уголовного и налогового закона, охраняющего гражданско-правовые отношения. Статья 10 ГК РФ применяется, когда нельзя обосновать противоправность деяний лиц, намеченных для преследования либо для удоев в пользу бюджета, оскудевающего из-за угнетения экономики, неспособной развиваться в отсутствие свободы предпринимательства, гарантированной формальной определенностью запретов. В ст. 10 ГК РФ содержится универсальный из-за формальной неопределенности запрет. Ее функция – красоваться в поговорке «был бы человек – статья найдется». Особенно это заметно на фоне попустительства и даже поощрения различных форм использования должностными лицами властных полномочий не в соответствии и даже вопреки целям, для реализации которых они установлены законом¹.

¹ См.: *Трубникова Т.В.* Признание вещественным доказательством – новый вид меры принуждения? (По материалам изучения проблем злоупотребления правом в уголовном процессе) // *Законы России: опыт, анализ, практика.* 2018. № 5. С. 49–55; *Поляков С.Б.* Легальные и реальные принципы права // *Журнал российского права.* 2018. № 9. С. 25–27.

Головкин Р.Б.,

доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории истории государства и права Владимирского государственного университета имени А.Г. и Н.Г. Столетовых; профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Владимирского юридического института ФСИН России

Некоторые проблемы противодействия злоупотреблениям в сфере реализации цифровых прав

Право – это в достаточной степени мощное средство обеспечения порядка в обществе и противодействия различным социально негативным явлениям. Особое место в системе юридического противодействия указанным явлениям занимает комплекс мер, направленных на минимизацию и предотвращение вреда от явлений, производных от самого права, в частности от реализации предусмотренных юридическими нормами различных субъективных прав. Данное явление получило в науке и юридической практике наименование «злоупотребление правом». Вместе с тем, трактовки понятия данного явления неоднозначны, что затрудняет эффективное противодействие данному явлению. Так, некоторые авторы считают, что злоупотребление правом по форме правомерное, а по содержанию неправомерное, антиобщественное поведение¹. Другие авторы относят злоупотребление правом к виду вредоносного противоправного поведения².

Отдельные исследователи под злоупотреблением правом понимают такое явление, как потребительский экстремизм, который

¹ См.: *Васильев Ю.С.* Взаимодействие права и морали // Советское государство и право. 1966. № 11. С. 18–20; *Янев Я.Г.* Правила социалистического общежития: их функции при применении правовых норм. Москва, 1980. С. 179–180; и др.

² См.: *Малиновский А.А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва, 2007. С. 26.

рассматривается как: а) действия потребителей в обход закона, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу; б) злоупотребление потребителями своим особым положением на рынке товаров, работ и услуг; в) недобросовестное поведение потребителей, злоупотребление правом; г) умышленные противоправные деяния потребителей, совершаемые с целью обращения в свою пользу имущества предпринимателей путем обмана или злоупотребления особым отношением к потребителям¹.

Юридическая практика и законодательство в основном связывают злоупотребление правами со сферой частного права, отталкиваясь от ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), где закреплено, что недопустимы действия граждан и юридических лиц, осуществляемые исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также злоупотребление правом в иных формах. Не допускается использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции, а также злоупотребление доминирующим положением на рынке.

В свою очередь, Федеральный закон от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ «О защите конкуренции»² закрепляет один из видов злоупотребления правом следующим образом: «Запрещаются действия (бездействие) занимающего доминирующее положение хозяйствующего субъекта, результатом которых являются или могут являться недопущение, ограничение, устранение конкуренции и (или) ущемление интересов других лиц (хозяйствующих субъектов) в сфере предпринимательской деятельности либо неопределенного круга потребителей...».

Имеется определение злоупотребления правом и в Федеральном законе «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», где в ч. 3 ст. 11 в качестве злоупотребления правом рассматриваются обращения граждан, в которых содержатся оскорбления, угрозы должностному лицу или членам его семьи³.

¹ См.: *Закупень Т.В.* Потребительский экстремизм как форма злоупотребления правом при заключении банками кредитного договора с гражданами-заемщиками // *Банковское право*. 2015. № 1. С. 24.

² Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 21.05.2019).

³ О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: федеральный закон от 2 мая 2006 года № 59-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.05.2019).

Если признать полномочия разновидностью субъективного права должностного лица, то и в Уголовном кодексе Российской Федерации (далее – УК РФ) также можно найти дефиницию злоупотребления правом в виде: «Использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства»¹.

Понятийный ряд злоупотребления правом в судебной практике основывается на конституционном принципе, содержащемся в ч. 3 ст. 17 Конституции Российской Федерации², где указывается, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц. Основываясь на данном положении Конституции Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации устанавливает запрет на злоупотребление правом в любых формах³.

Верховный Суд Российской Федерации приравнивает к злоупотреблению правом обращение с иском в суд⁴. Кроме того, в одной из правовых позиций Верховный Суд Российской Федерации квалифицирует в качестве злоупотребления правом действия сетевой организации, которые направлены исключительно на обход норм о госрегулировании цен и подрыв баланса интересов потребителей услуг и сетевых организаций⁵.

Резюмируя судебную практику, можно отметить, что она из правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации выводит общее определение злоупотребления правом, которое рассматривается как ситуация, в которой субъект поступает вопреки нор-

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (в ред. от 23.04.2019) (ст. 285). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.05.2019).

² Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.05.2019).

³ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июля 2014 года № 1808-О. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.05.2019).

⁴ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 16 мая 2018 года № 308-ЭС17-21222. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.05.2019).

⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26 октября 2015 года № 304-ЭС15-5139 по делу А27-18141/2013. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.05.2019).

ме, предоставляющей ему соответствующее право, не соотносит поведение с интересами общества и государства, не исполняет корреспондирующую данному праву юридическую обязанность¹.

В целом, обобщая доктринальные и практические представления о злоупотреблении правом, можно заключить, что нет единства мнений о сущности и природе злоупотребления правом, данная ситуация обуславливается рядом обстоятельств объективно-субъективного свойства.

Во-первых, сам термин «злоупотребление» отражает деонтологическое содержание, обозначаемое указанным термином. Чтобы установить точный смысл рассматриваемого понятия, согласно этике долженствования необходимо обратиться к весьма зыбкой (в плане юриспруденции и юрисдикции) моральной дихотомии «добро – зло». Иными словами, злоупотребление – это прежде всего категория морали и без парной категории «доброупотребление» трудно оценивается, к тому же в общественных отношениях все относительно: одни и те же действия для одного субъекта могут быть добром, а для другого – злом.

Во-вторых, термин «злоупотребление правом» некорректен с точки зрения юридической теории, так как использование его в юридическом обороте «размывает» границы правомерного и неправомерного поведения, отсюда и различные точки зрения на рассматриваемое явление. Целесообразно было бы вообще отказаться от термина «злоупотребление правом» в силу его неопределенности и расплывчатости, ведь достаточно правового запрета на нарушение или посягательство на права другого человека, независимо от формы этого посягательства.

В-третьих, судя по законодательству, злоупотребление правом предусматривается не только частным правом (например, ст. 10 ГК РФ), но и публичным правом (например, ст. 285 УК РФ). Сходство злоупотребления в частном и публичном праве заключается в субъективно-противоправном характере этих действий. Различия связаны с тем, что публичным правом охраняются не только права лица, но и интересы государства. Кроме того,

¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 3 февраля 2015 года № 32-КГ14-17. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 28.05.2019).

злоупотребление в публичной сфере – это, бесспорно, правонарушение, а злоупотребление в частной сфере не так однозначно.

В-четвертых, в связи с разнообразием субъективных прав в виде полномочий, прав и свобод и так далее злоупотребление правом многообразно, следовательно, чем больше различных прав, тем больше может возникнуть различных злоупотреблений ими.

В-пятых, ситуацию запутывает и то обстоятельство, что можно злоупотреблять и обязанностью. Существует известная русская пословица: «Заставь дурака Богу молиться, он весь лоб расшибет». Известны случаи, когда права человека нарушаются за счет «рьяного исполнения обязанностей», например когда родители, обязанные воспитывать детей, занимаются рукоприкладством и т. д.¹

В целом, руководствуясь анализом теоретических концепций и практики, раскрывающих сущность злоупотребления правом, а также высказанными соображениями на эту тему, предлагаю рассматривать злоупотребление правом *как разновидность субъективно-противоправного поведения, выражающегося в умышленном использовании предусмотренных законом прав в ущерб правам, интересам других лиц, за которое предусматривается правовыми нормами та или иная форма государственного принуждения.*

Как свидетельствует актуальность данной темы и проведенный анализ сущности злоупотреблений правом, это довольно распространенное и социально опасное явление, один из факторов распространенности которого – множественность различных прав у субъектов правоотношений, следовательно, появление новых прав может породить и новые злоупотребления.

В данном контексте можно рассмотреть и некоторые законодательные новеллы в сфере закрепления новых прав. Так, принятый 18 марта 2019 года Федеральный закон «О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Граж-

¹ В некоторых исследованиях упоминается злоупотребление обязанностями. См., например: Алиев Т.Т. О гражданской процессуальной ответственности за злоупотребление процессуальными правами и обязанностями // Современное право. 2015. № 6. С. 90–93.

данского кодекса Российской Федерации» ввел в юридический оборот новый вид прав – цифровые права. Согласно новой ст. 141.1 ГК РФ цифровые права – это обязательственные и иные права, содержание и условия осуществления которых определяются в соответствии с правилами информационной системы, отвечающей установленным законом признакам¹.

Представляется, что вновь принятая норма-дефиниция, закрепляющая понятие цифровых прав, несмотря на ее позитивность, инновационность и своевременность, все же не выполняет стоящей перед ней задачи определения сущности цифровых прав и пополняет список угроз злоупотребления правом. Данный вывод обуславливается целым рядом обстоятельств логического и технико-юридического свойства.

Прежде всего, следует отметить тот факт, что указанная дефиниция содержит необоснованное расширение цифровых прав, так как по смыслу нормы получается, что к цифровым правам законодатель относит фактически все обязательственные и иные права, которые определяются правилами информационной системы. Так, например, проектом Федерального закона «О цифровых финансовых активах» финансовые активы признаются разновидностью цифровых прав². Такое расширение прав способствует и расширению возможностей злоупотребления этими правами. Дело в том, что с точки зрения представленной дефиниции к цифровым правам можно отнести почти все права, предусмотренные гражданским законодательством, либо следует признать, что у некоторых гражданских прав имеется лишь цифровая форма выражения.

Кроме того, посылка в зависимости определения сущности цифровых прав от другого, неопределенного явления в рамках данной дефиниции также способствует возможным злоупотреблениям и нарушает основное правило формирования правовых и иных понятий, согласно которым определение

¹ О внесении изменений в части первую, вторую и статью 1124 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации: федеральный закон от 18 марта 2019 года № 34-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.03.2019).

² Ко второму чтению подготовлен законопроект о цифровых финансовых активах. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.05.2019).

должно содержать только известные признаки, не требующие пояснений и не содержащие двусмысленности. Если понятие определяется через другое понятие, признаки которого неизвестны и которое само нуждается в определении, это ведет к логической ошибке, называемой определением неизвестного через неизвестное¹.

Термин «информационная система», использованный в рассматриваемом определении понятия, не имеет однозначных трактовок. Так, согласно Федеральному закону «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» информационная система – совокупность содержащейся в базах данных информации и обеспечивающих ее обработку информационных технологий и технических средств².

В соответствии с международным стандартом ISO/IEC 2382-1: «Информационная система – система обработки информации, работающая совместно с организационными ресурсами, такими как люди, технические средства и финансовые ресурсы, которые обеспечивают и распределяют информацию»³.

Российский ГОСТ РВ 51987-2002 определяет информационную систему как «автоматизированную систему, результатом функционирования которой является представление выходной информации для последующего использования»⁴.

В любом случае, как указывается в справочной литературе, основной задачей информационной системы является удовлетворение конкретных информационных потребностей в рамках конкретной предметной области на основе соответствующих баз данных. Поэтому термин «информационная система» на практике сливается по смыслу с термином «система баз данных»⁵.

¹ См.: Леоненко Н.Т. Законодательная техника: учебное пособие. Новосибирск, 2015. С. 168.

² См.: Об информации, информационных технологиях и о защите информации: федеральный закон от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ (в ред. от 18.12.2018). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.03.2019).

³ Международный стандарт в сфере информатизации. URL: <http://www.morep.ru/informatisation/iso2381-1.html> (дата обращения: 26.03.2019).

⁴ Информационные системы: правовое поле. URL // http://www.cnews.ru/articles/informacionnye_sistemy_pravovoe_pole (дата обращения: 26.03.2019).

⁵ Информационная система // Словари и энциклопедии на Академике. URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/101791#sel=9:1;9:4> (дата обращения: 26.03.2019).

Фактором злоупотребления цифровыми правами может служить и то обстоятельство, что согласно закону, обладателем цифрового права является лицо, которое в соответствии с правилами информационной системы имеет возможность распорядиться этим правом, при этом закон не определяет норм обращения цифровых прав внутри информационной системы¹.

Как видно из приведенных примеров понятийной интерпретации информационной системы, она трактуется неоднозначно, следовательно, неоднозначен и смысл содержания понятия цифровых прав, что, в свою очередь, создает предпосылки для злоупотреблений и в рассматриваемой сфере правоотношений.

К злоупотреблению правом ведет и практическая неограниченная возможность опосредованного доступа неквалифицированных инвесторов к цифровым кошелькам через оператора обмена, что обуславливает возможность хищения цифровых финансовых активов².

В целом можно заключить, что цифровые права – это разновидность субъективных прав, выраженных в цифровой форме и реализующихся в рамках информационных систем. Факт принятия дополнений в ГК РФ, в том числе и в виде закрепления нормы-дефиниции «цифровые права», – это перспективный шаг в развитии отечественной правовой системы, так как стимулирует развитие экономики, повышает ее конкурентоспособность. К примеру, по мнению некоторых зарубежных аналитиков, отказ России от доллара и развитие цифровых прав в виде цифровых финансовых активов позволят заработать нашей стране миллиарды³. Кроме того, цифровизация прав расширяет их круг и увеличивает объем правомочий участников правоотношений. Вместе с тем, с неизбежностью увеличение прав влечет расширение возможностей ими злоупотреблять.

¹ См.: Поляк С. Закон «О цифровых правах» не будет работать без закона «О цифровых финансовых активах» – объясняют эксперты. URL: <https://forklog.com/zakon-o-tsifrovyyh-pravah-ne-budet-rabotat-bez-zakona-o-tsifrovyyh-finansovyh-aktivah-obyasnyayut-eksperty/> (дата обращения: 03.06.2019).

² Павлов В.П. Цифровая форма финансовых обязательств: проблемы правового регулирования // Банковское право. 2018. № 3. С. 37–40.

³ Кэлтон С. В случае отказа от доллара у России есть перспективы заработать миллиарды на криптовалютах. URL: <https://smart-lab.ru/blog/528446.php>. (дата обращения: 03.06.2019).

В связи с данными обстоятельствами представляется, что для противодействия злоупотреблениям цифровыми правами было бы целесообразно осуществить следующие мероприятия.

Во-первых, для более эффективного внедрения цифровых прав в повседневные правоотношения необходимо принять и ввести в действие пакет законов, предусмотренных национальной программой «Цифровая экономика Российской Федерации»¹ и федеральным проектом «Цифровое государственное управление», что в целом снизит риски злоупотребления правами в рассматриваемой сфере правоотношений.

Во-вторых, для минимизации злоупотреблений цифровыми правами целесообразно законодательно закрепить концепцию цифровых обязанностей, которые можно определить как *меры должного, должное поведение субъектов правоотношений, предусмотренных правовыми нормами, выраженные цифровыми кодами или обозначениями на основе и в рамках информационных систем, признаваемых законодательством*.

В-третьих, следует предусмотреть в соответствующем законодательстве механизм ограничения цифровых прав, который будут способствовать предотвращению злоупотребления цифровыми правами. Например, в Японии на пути возможных злоупотреблений цифровыми правами уже создали законодательный барьер, ограничив возможности оборота цифровых финансовых активов².

В-четвертых, с учетом проведенного исследования целесообразно закрепить нормативную дефиницию «злоупотребление цифровыми правами», которую можно сформулировать следующим образом: *разновидность субъективно-противоправного поведения, выражающегося в умышленном использовании предусмотренных законом цифровых прав и обязанностей в ущерб интересам других субъектов правоотношений*.

¹ Утверждена протоколом заседания президиума Совета при Президенте Российской Федерации по стратегическому развитию и национальным проектам от 4 июня 2019 года № 7. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 13.06.2019).

² См.: Япония ужесточила контроль криптовалют. URL: <https://www.rbc.ru/surgut/news/5cf143629a7947c4755c0c8d> (дата обращения: 03.06.2019).

Толстик В.А.,

*доктор юридических наук, профессор,
почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации, начальник кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России*

Технико-юридические способы противодействия злоупотреблению правом

Рассмотрение технико-юридических способов противодействия злоупотреблению правом логично начать с безупречной в методологическом отношении сентенции известного классика: «Чтобы действовать с какими-либо шансами на успех, надо знать тот материал, на который предстоит воздействовать»¹.

Следуя этой нетривиальной мысли, можно сделать предварительный вывод: для рационального противодействия злоупотреблению правом прежде всего необходимо сформулировать четкое представление об объеме и содержании данного понятия. Это даст возможность корректно определить, с одной стороны, совокупность случаев юридически значимого поведения физических и юридических лиц, на которые распространяется понятие «злоупотребление правом», а с другой – то, по каким признакам оно может быть отграничено от любого иного варианта правового поведения.

Если при этом принять во внимание, что мы квалифицируем злоупотребление правом как негативное социально-правовое явление, то именно ему и необходимо противодействовать. В противном случае предметом противодействия может стать поведение, к которому государство должно относиться нейтрально или, более того, стимулировать.

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. 2-е изд. Т. 16. С. 195.

Около 20 лет назад нами в соавторстве с В.В. Куманеевым была написана и опубликована в журнале «Государственная власть и местное самоуправление» научная статья «К вопросу о злоупотреблении правом», в которой рассмотрены основные подходы к пониманию злоупотребления правом и сформулировано наше представление относительно объема и содержания данного понятия¹.

Не без удовлетворения следует отметить, что теоретические положения, содержащиеся в приведенной статье, выдержали проверку временем и не утратили своей научной ценности и сегодня. На наш взгляд, в ней дано вполне адекватное представление об анализируемом на нашей конференции непростом и весьма противоречивом юридическом феномене.

Многообразие существующих в юридической науке точек зрения на понятие «злоупотребление правом» можно свести к трем основным подходам: злоупотребление правом – это разновидность правомерного поведения; злоупотребление правом – это разновидность противоправного поведения; злоупотребление правом – это особая разновидность правового поведения, существующая наряду с правомерным и противоправным.

Своеобразную позицию по рассматриваемому вопросу занимал Н.С. Малеин. Проанализировав примеры, приводимые в обоснование существования злоупотребления правом, он сделал вывод: «следовательно, субъект не наделен соответствующими правами и поступает вопреки правилу запретительной нормы, нарушает право, совершает элементарный деликт, правонарушение, преступление. Для конструкции злоупотребления правом места не остается». Далее он пишет о том, что необходимо признать правильным мнение, согласно которому сам термин «злоупотребление правом» лишен смысла, поскольку соединяет исключаящие друг друга понятия. Осуществление права не может быть противоправно, а следовательно, и злоупотреблением. Действия, называемые злоупотреблением правом, в действительности совершаются за пре-

¹ См.: Толстик В.А., Куманеев В.В. К вопросу о злоупотреблении правом // Государственная власть и местное самоуправление. 2001. № 3. С. 45–48.

делами права, когда лицо переходит границы разрешенного, то есть действует вопреки праву¹.

На наш взгляд, позиция Н.С. Малеина, с одной стороны, имеет право на существование, а с другой – представляется весьма категоричной. Дело в том, что злоупотребление правом как явление не просто существует, а имеет колоссальное распространение, и, следовательно, задача юридической науки состоит в том, чтобы правильно определить ее место в понятийно-категориальном аппарате данной отрасли научного знания, равно как и место и роль в правовом регулировании общественных отношений.

Категорические позиции редко бывают конструктивными. Во всем нужен взвешенный, аналитический подход.

Когда мы говорим о злоупотреблении правом, во внимание прежде всего следует принять ряд обстоятельств. Во-первых, злоупотребление правом – это правовое поведение (действие или бездействие). Во-вторых, это поведение, так или иначе связанное с наличием субъективного права. В-третьих, в результате такого поведения причиняется вред или создается опасность его причинения интересам тех или иных субъектов права.

Логика наших рассуждений следующая. Идеализация любого социального явления не способствует познанию его истинной природы. Высший долг ученого, по мнению А.Ф. Черданцева, заключается в том, чтобы в любой ситуации сохранять объективность – изображать действительность такой, какова она есть, не замалчивая «неприятные» ее стороны и не приписывая ей качества, которыми она не обладает.

Ранее нами была обоснована необходимость отказа от идеализации права в целом, вследствие которой оно постулируется как высшая социальная ценность. На наш взгляд, его следует рассматривать как средство (инструмент), с помощью которого государство управляет обществом². Такой подход «снимает» проблему правопонимания и позволяет ученым концентрировать свое

¹ См.: Малеин Н.С. Правонарушение: понятие, причины, ответственность. Москва, 1985. С. 40.

² См.: Толстик В.А. От плюрализма правопонимания к борьбе за содержание права // Государство и право. 2004. № 9. С. 13–21; Толстик В.А., Трусев Н.А. Борьба за содержание права. Нижний Новгород, 2008.

внимание на значительно более серьезной проблеме – обеспечении соответствия содержания действующего закона доминирующим в социуме ценностям и закономерностям общественного развития.

То же самое необходимо сказать и об идеализации правомерного поведения, выражающейся, в частности, в том, что ему приписывают признак «социальная полезность». Полагаем, что данная характеристика не является существенным признаком правомерного поведения.

Обратимся к делению правомерного поведения, предложенному В.Н. Кудрявцевым, на общественно необходимое, желательное и допустимое¹. С этой точки зрения, признак «социальная полезность» не может быть общим для всех разновидностей правомерного поведения. Общественно необходимое и желательное правомерное поведение – общественно полезно, а допустимое – нет. Тем не менее, несмотря на эту очевидность, отдельные ученые приводят противоречивые аргументы, а в ряде случаев – просто надуманные в пользу полезности любого правомерного поведения².

Общественно необходимое поведение выражается в соблюдении запретов и исполнении позитивных юридических обязанностей. Понятно, что в ряде случаев и соблюдение запретов, и исполнение позитивных юридических обязанностей может быть не общественно необходимым, а общественно вредным поведением. Однако в контексте анализа злоупотребления правом две эти формы реализации права непосредственно не связаны с использованием субъективного права.

Желательное правомерное поведение состоит в осуществлении субъективных прав, в которых заинтересована не только, а иногда и не столько отдельная личность, сколько общество и государство. Учитесь, женитесь, трудитесь, воспроизводите, занимайтесь наукой, проявляйте разумную правовую активность в

¹ См.: Кудрявцев В.Н. Правовое поведение: норма и патология. Москва, 1982; Бабаев В.К., Баранов В.М., Толстик В.А. Теория государства и права в схемах и определениях: учебное пособие. Москва, 2007. С. 172.

² См.: Общая теория государства и права: академический курс: в 2 т. Т. 2. Теория права / под ред. М.Н. Марченко. Москва, 1998. С. 567; Теория государства и права: учебник / под ред. Р.А. Ромашова. Москва, 2005. С. 352.

борьбе со злоупотреблением правом и не только — это типичные примеры желательного правомерного поведения.

И наконец, допустимое правомерное поведение — это такое поведение, в котором заинтересованы не общество и государство в целом, а отдельные индивидуальные или коллективные субъекты права. Характерной особенностью такого поведения является то, что в результате его совершения причиняется или создается возможность причинения того или иного вреда иным субъектам права. Однако степень этого вреда, по мнению законодателя, не столь высока, чтобы такое поведение признавать противоправным.

Здесь возникает проблема соотношения понятий «злоупотребление правом» и «допустимое правомерное поведение». Объединяет их то, что и то и другое причиняет вред или создает опасность такого причинения.

Но следует ли между ними поставить знак равенства? Думается, что нет. С точки зрения диалектического сочетания интересов личности, общества и государства допустимое правомерное поведение можно разделить на две разновидности: допустимо оправданное и допустимо неоправданное. Дело в том, что некоторые права вообще невозможно реализовать без причинения вреда. Это право на конкуренцию, право на самозащиту, право на забастовку и многие другие.

Причинение определенной меры вреда в результате совершения таких действий носит естественный характер, поскольку обусловлено объективно существующими интересами и необходимостью нахождения меры социально-правового компромисса при регламентации подобных отношений с целью создания благоприятных условий для нормального и прогрессивного развития общества. И именно поэтому законодатель допускает причинение такого вреда как некую общественную необходимость. Являясь оправданно допустимым, подобное поведение не может признаваться злоупотреблением правом, и, как следствие, ему не надо противодействовать. Напротив, оно нуждается в соответствующих гарантиях со стороны государства.

Значимая научная проблема здесь связана с необходимостью определения меры причиняемого таким поведением вреда, за внешней границей которого оно не может считаться социально оправданным.

Любое иное формально допустимое поведение должно признаваться социально не оправданным. Однако до тех пор, пока его юридический статус не изменится, оно будет являться формально правомерным. Это тот случай, когда возникает противоречие между социальной и юридической сущностью правонарушения. Социальная сущность правонарушения – это общественная опасность, а юридическая, как полагал еще Г.Ф. Шершеневич, – противоправность¹. Иначе говоря, у такого поведения есть признак общественной опасности, но нет признака противоправности. Получается, что фактически общественно вредное поведение законодателем намеренно или злонамеренно не признается противоправным. И до тех пор, пока он молчит, поведение формально будет признаваться правомерным. Неоправданно допустимому правомерному поведению следует противодействовать.

Рассмотрев соотношение понятий «злоупотребление правом» и «допустимое правомерное поведение», далее необходимо выделить еще один вид правового поведения, так или иначе связанный с осуществлением субъективного права, – поведение противоправное.

В тех случаях, когда причиняемый правовым поведением вред имеет пороговую (чрезмерную, недопустимую) степень общественной опасности, законодатель, используя правовой запрет или позитивное обязывание, а иногда и собственно дозволение, имея в виду так называемый «разрешительный тип правового регулирования», должен признавать его противоправным. Понятно, что противоправному злоупотреблению правом необходимо противодействовать.

Определившись с тем, какому поведению следует противодействовать, обратимся к технико-юридическим способам противодействия злоупотреблению правом.

В наиболее общем виде способ противодействия – это совокупность средств и приемов, с помощью которых создаются правовые ограничения для злоупотребления правом.

Многообразие форм злоупотребления правом требует адекватного выбора способов противодействия этому негативному явлению.

¹ См.: Шершеневич Г.Ф. Общая теория права. Москва, 1911. С. 629–641.

Противодействие может быть как правовым, так и неправовым.

Для иллюстрации приведем несколько примеров: человек живет в многоквартирном доме и в дневное время громко включает музыку; страховые компании и их агенты навязывают невыгодные потребителю условия страхования или вводят его в заблуждение относительно обязательности для него заключения договора страхования (наряду с полисом ОСАГО, навязывают еще какой-нибудь в довесок); микрофинансовые организации затягивают с подачей иска в суд, чтобы «набежало» больше процентов. Имеют место и откровенно криминальные факты: коллектор за долг 4000 рублей бросил в окно должнику «коктейль Молотова» и поджег двухлетнего ребенка¹; коллекторы избили мужа и сына должника и надругались над ней за долг 5000 рублей² и многие другие.

Понятно, что реагирование на разные случаи злоупотребления правом должно быть различным. В одних случаях требуется воспитательная работа, направленная на повышение уровня правосознания, общей и правовой культуры. В других – повышение правовой грамотности населения. В третьих, надлежащая правовая регламентация отношений, связанных со злоупотреблением правом. В-четвертых, адекватная интерпретация соответствующих норм права. В-пятых, применение различных мер государственного принуждения.

На наш взгляд, можно выделить три основных способа технико-юридического противодействия злоупотреблению правом:

- правотворческий (законодательный);
- правоинтерпретационный;
- правоприменительный.

Что конкретно может и должен сделать законодатель для противодействия злоупотреблению правом?

Во-первых, необходимо четко установить пределы осуществления субъективного права. Эта мера на последующих стадиях правового регулирования позволит дифференцировать соответствующее поведение на правомерное и противоправное.

¹ См.: Преступления коллекторов: от ожогов пострадал ребенок. URL: <http://moezhile.ru> (дата обращения: 06.04.2019).

² См.: Коллекторы взяли долг натурой // Газета.Ru. (дата обращения: 06.04.2019).

Во-вторых, законодатель должен предусмотреть меры реагирования (неблагоприятные правовые последствия) на факты противоправного злоупотребления правом.

Пределы осуществления субъективного права могут быть установлены как в общей (абстрактной), так и конкретной (казуистической) форме. Для установления пределов в общей форме используется прежде всего такое правовое средство, как «правовые принципы». В данном случае речь идет о принципе недопустимости злоупотребления правом. Так, в ч. 3. ст. 17 Конституции Российской Федерации установлено: «Осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц». В статье 17 «Запрещение злоупотреблений правами» Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод ETS № 005 (Рим, 4 ноября 1950 года) установлено: «Ничто в настоящей Конвенции не может толковаться как означающее, что какое-либо государство, какая-либо группа лиц или какое-либо лицо имеет право заниматься какой бы то ни было деятельностью или совершать какие бы то ни было действия, направленные на упразднение прав и свобод, признанных в настоящей Конвенции, или на их ограничение в большей мере, чем это предусматривается в Конвенции»¹. В статье 68 Федерального конституционного закона от 28 июня 2004 года № 5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации» закреплён принцип недопустимости злоупотребления правом на проведение агитации по вопросам референдума². Особо следует отметить ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), посвященную пределам осуществления гражданских прав. В ней в известном смысле закреплена законодательная дефиниция понятия злоупотребления правом: «Не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)»³.

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.07.2019).

² См. там же.

³ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая от 30 ноября 1994 года № 51-ФЗ (с изм. и доп.). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.07.2019).

Однако установление пределов осуществления права с помощью конституционного и отраслевых принципов права недостаточно для эффективного противодействия злоупотреблению правом.

Зададимся вопросом: чем норма-принцип отличается от любой иной нормы права? В соответствии с доминирующим в юридической науке представлением – наиболее общим характером и более высокой степенью абстрагирования. При этом чем выше уровень абстрагирования нормы права, тем менее она определена. А неопределенность, как известно, есть, в свою очередь, основа для злоупотребления правом. В результате норма-принцип, установленная для противодействия злоупотреблению правом, сама может выступать основой для злоупотребления правом.

Формальная определенность права предполагает, чтобы каждый субъект права имел предельно четкое представление о том, что дозволено и что не дозволено. Трудно представить Уголовный кодекс Российской Федерации или Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях состоящими из одной статьи: «запрещаются преступления» или «запрещаются административные правонарушения». Именно поэтому каждый отдельный случай злоупотребления правом должен быть в достаточной степени конкретизирован.

Конкретизация может быть правотворческая, правоинтерпретационная, договорная (имея в виду индивидуальные договоры) и правоприменительная.

Правотворческая конкретизация пределов осуществления субъективного права предполагает использование базовых технико-юридических средств для ограничения злоупотребления правом. В их числе: правовые запреты, позитивные обязывания, дозволения, правовые процедуры, нормы-цели, правовые сроки, правовые презумпции, правовые фикции, правовые исключения, специальные нормы права и др.

Приведем примеры противодействия злоупотреблению правом путем правотворческой конкретизации законодательства, в том числе в отношении тех фактов, о которых упоминалось ранее.

Какие меры предприняты законодателем для противодействия злоупотреблению правом микрофинансовыми организациями, которые затягивали с подачей иска в суд и тем самым обес-

печивали себе запредельное увеличение процентов? В Федеральный закон от 21 декабря 2013 года № 353-ФЗ «О потребительском кредите (займе)» и Федеральный закон от 2 июля 2010 года № 151-ФЗ «О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях» были внесены изменения, в соответствии с которыми установлена предельная величина долга¹.

С 1 июля 2019 года вступили в юридическую силу новые лимиты предельной задолженности граждан по кредитам (займам), взятым на срок не более 1 года: начисленные на такой кредит или заем проценты, неустойка (штрафы, пени), иные меры ответственности, а также платежи за услуги, оказываемые кредитором заемщику за отдельную плату, не могут превышать сам долг более чем в 2 раза. После достижения этого предела начисление процентов, других платежей, неустойки и иных мер ответственности должно быть прекращено. Например, если человек взял займы 10 тысяч, то он отдаст не более 30 тысяч (10 тысяч – долг, 20 тысяч – проценты, неустойка, иные платежи).

Установлено также предельное значение полной стоимости кредита (займа) и введено ограничение ежедневной процентной ставки – 1% в день. В первую очередь такое ограничение актуально для так называемых «займов до зарплаты», выдаваемых микрофинансовыми организациями. С 1 июля 2019 года предельная стоимость кредита по таким займам не превысила 365%².

Вне всякого сомнения, предпринятая законодателем мера снизит аппетиты ростовщиков. Вместе с тем, здесь уместно вспомнить о выводе К. Маркса, имеющем непосредственное отношение к рассматриваемой проблеме: «Капитал избегает шума и брани и отличается боязливой натурой. Это правда, но это еще не вся правда. Капитал боится отсутствия прибыли или слишком маленькой прибыли, как природа боится пустоты. Но раз имеется в наличии достаточная прибыль, капитал становится смелым. Обеспечьте 10 процентов, и капитал согласен на всякое применение, при 20 процентах он становится оживленным, при 50 процентах положительно готов сломать себе голову, при 100 процен-

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.07.2019).

² См.: Вступают в силу новые ограничения по кредитам и займам. URL: <https://www.cbr.ru/Press/event/?id=2711> (дата обращения: 01.07.2019).

тах он попирает все человеческие законы, при 300 процентах нет такого преступления, на которое он не рискнул бы, хотя бы под страхом виселицы. Если шум и брань приносят прибыль, капитал станет способствовать тому и другому. Доказательство: контрабанда и торговля рабами»¹.

По нашему глубокому убеждению, законодатель должен значительно более решительно и весомо противодействовать злоупотреблению правом на ростовщичество.

В целях противодействия злоупотреблению правом коллекторскими организациями, уполномоченными совершать действия, направленные на возврат просроченной задолженности, законодатель установил целый ряд правовых ограничений. Так, в соответствии со ст. 7 Федерального закона от 3 июля 2016 года № 230-ФЗ «О защите прав и законных интересов физических лиц при осуществлении деятельности по возврату просроченной задолженности и о внесении изменений в Федеральный закон “О микрофинансовой деятельности и микрофинансовых организациях”» определены условия осуществления отдельных способов взаимодействия с должником: по инициативе кредитора или лица, действующего от его имени и (или) в его интересах, *не допускается* направленное на возврат просроченной задолженности взаимодействие с должником посредством телеграфных сообщений, текстовых, голосовых и иных сообщений, передаваемых по сетям электросвязи, в том числе подвижной радиотелефонной связи: в рабочие дни в период с 22 до 8 часов и в выходные и нерабочие праздничные дни в период с 20 до 9 часов по местному времени по месту жительства или пребывания должника, известному кредитору и (или) лицу, действующему от его имени и (или) в его интересах. При этом в ч. 2 данной статьи конкретизировано общее число таких сообщений: а) более двух раз в сутки; б) более четырех раз в неделю; в) более шестнадцати раз в месяц.

Кроме того, законом запрещены угрозы должнику и его оскорбления, сотрудники коллекторского агентства обязаны представляться ему, в течение трех лет хранить бумажные доку-

¹ Маркс К. Капитал: критика политической экономии: в 3 т. / пер. с нем., фр., англ.; введ. О.И. Ананьина; предисл. Л.Л. Васиной, В.С. Афанасьева. Москва, 2011. Т. 1. С. 738.

менты и аудиозаписи, подтверждающие общение с должником. При этом пользоваться устройствами, которые скрывают телефонный номер или адрес электронной почты, коллекторам категорически запрещается¹.

Далее обратимся к технико-юридическим способам противодействия злоупотреблению правом в уголовном процессе. Наиболее распространенными формами злоупотребления правом здесь являются следующие²: умышленное затягивание ознакомления с материалами уголовного дела³; подача большого количества необоснованных жалоб на действия и решения следователя (дознавателя) в порядке ст. 125 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации⁴; сознательное и неоднократное нарушение подсудимым и защитником порядка в судебном заседании, неподчинение распоряжениям председательствующего⁵; заявление большого количества необоснованных ходатайств защитником или подсудимым⁶; многократное заявление отвода суду⁷.

Для противодействия явному затягиванию времени ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела законодатель наделил суд правом устанавливать соответствующий срок. В части 3 ст. 217 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации говорится: «Обвиняемый и его за-

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.07.2019).

² См.: *Азаров В.А.* Нормативное регулирование противодействия злоупотреблению правом в уголовном процессе // Вестник Томского государственного университета. 2017. № 420. С. 147.

³ См.: *Практика применения УПК РФ: практическое пособие* / под ред. В.М. Лебедева. Москва, 2004. С. 32.

⁴ См.: *Фролов А.Ю.* Злоупотребление правом обжалования в уголовном процессе // Правовые проблемы укрепления Российской государственности: сборник статей / отв. ред.: М.К. Свиридов, Ю.К. Якимович; под ред. О.И. Андреевой, И.В. Чадновой. Томск, 2015. С. 56–59.

⁵ См.: *Коломенский П.Н.* Злоупотребление правом на защиту: отдельные вопросы правового регулирования на судебных стадиях уголовного процесса // Судья. 2015. № 11. С. 57–61.

⁶ См.: *Калинкина Л.Д.* К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве // Адвокат. 2010. № 4. С. 5–9.

⁷ См.: *Якушева Т.В.* Злоупотребление процессуальными правами в судебном следствии // Известия Алтайского государственного университета. 2011. № 2-1. С. 123–126.

щитник не могут ограничиваться во времени, необходимым им для ознакомления с материалами уголовного дела. Если обвиняемый и его защитник, приступившие к ознакомлению с материалами уголовного дела, явно затягивают время ознакомления с указанными материалами, то на основании судебного решения, принимаемого в порядке, закрепленном в статье 125 настоящего Кодекса, устанавливается определенный срок для ознакомления с материалами уголовного дела. В случае, если обвиняемый и его защитник без уважительных причин не ознакомились с материалами уголовного дела в установленный судом срок, следовательно вправе принять решение об окончании производства данного процессуального действия, о чем выносит соответствующее постановление и делает отметку в протоколе ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела»¹.

Потребность в правоинтерпретационном противодействии злоупотреблению правом возникает всякий раз, когда имеет место та или иная неопределенность в нормативно установленном понимании анализируемого явления. В процессе данной деятельности используется интерпретационный инструментарий, аккумулируемый прежде всего в способах толкования норм права. Обратимся к конкретным примерам. Так, право собственности, как известно, включает три правомочия: владеть, пользоваться и распоряжаться (ст. 209 ГК РФ). Предположим, что собственник земельного участка в садоводческом товариществе захочет сделать питомник. Имеет ли он на это право? Нет ли здесь превышения пределов осуществления субъективного права?

Использование системного и целевого способов толкования норм права позволит нам сделать вывод о наличии в данном случае признаков злоупотребления правом. Дело в том, что в соответствии с ч. 2 ст. 260 ГК РФ «на основании закона и в установленном им порядке определяются земли сельскохозяйственного и иного целевого назначения, использование которых для других целей не допускается или ограничивается. Пользование земельным участком, отнесенным к таким землям, может осуществляться в пределах, определяемых его целевым назначением»².

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.07.2019).

² Там же.

Еще один пример, взятый из судебной практики и описанный в юридической литературе: собственник нового автомобиля обнаружил один недостаток – ржавчину на кузове. Согласно ст. 18 Закона Российской Федерации от 7 февраля 1992 года № 2300-1 «О защите прав потребителей» «потребитель в случае обнаружения в товаре недостатков, если они не были оговорены продавцом, по своему выбору вправе:

- потребовать замены на товар этой же марки (этих же модели и (или) артикула);
- потребовать замены на такой же товар другой марки (модели, артикула) с соответствующим перерасчетом покупной цены;
- потребовать соразмерного уменьшения покупной цены;
- потребовать незамедлительного безвозмездного устранения недостатков товара или возмещения расходов на их исправление потребителем или третьим лицом;
- отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за товар суммы. По требованию продавца и за его счет потребитель должен возвратить товар с недостатками»¹.

Однако ему было отказано, поскольку судья, рассматривая данное дело, буквально интерпретировал норму Закона, в которой использовано слово «недостатки», а не «недостаток». При этом, как справедливо отметил А.В. Волков, законодатель, используя слово «недостатки», имеет в виду их разнообразие, а не их количество². Для того чтобы дать правильное толкование и не допустить злоупотребление правом, судье следовало использовать грамматический и логический способы толкования данной нормы права.

В процессе обобщения судебной практики Пленум Верховного Суда Российской Федерации издает постановления, конкретизирующие нормы действующего законодательства, в том числе в части противодействия злоупотреблению правом. Примером могут служить постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 года № 25 «О примене-

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.07.2019).

² См.: Волков А.В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики: дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2010.

нии судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации», постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30 июня 2015 года № 29 «О практике применения судами законодательства, обеспечивающего право на защиту в уголовном судопроизводстве» и др.¹

Говоря о правоприменительном противодействии злоупотреблению правом, прежде всего заметим, что само правоприменение, на наш взгляд, следует рассматривать не как особую форму реализации норма права, а как одну из форм правового регулирования общественных отношений, а именно форму индивидуального правового регулирования².

Его цель в том, чтобы обеспечить должный уровень конкретизации (индивидуализации) норм права и интерпретационных предписаний, а в отдельных случаях – преодолеть пробелы в законодательстве. Одна из участниц нашей конференции (Н.И. Сухова) справедливо обратила внимание на то, что злоупотребление правом – это оценочное понятие, следовательно, оно должно конкретизироваться в процессе правоприменения.

В конечном счете определить, имеет место злоупотребление правом или нет, можно только в процессе вынесения обоснованного правоприменительного решения, а при существующих процедурах защиты права в России – в судебном порядке. Не случайно и М.М. Агарков в свое время не без оснований заметил: «Как и во всех случаях судебного усмотрения, лицо узнает о границах своего права не заранее из закона, а *post factum* из судебного решения»³.

На наш взгляд, в процессе вынесения правоприменительного решения суд или иной уполномоченный субъект права для определения факта наличия или отсутствия злоупотребления правом должен установить и осуществить сопоставление двух целей.

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 01.07.2019).

² См.: *Толстик В.А.* Спорные вопросы теории правоприменения // Шестой Пермский конгресс ученых-юристов: избранные материалы / отв. ред. В.Г. Голубцов, О.А. Кузнецова. Пермь, 2016. С. 65–73.

³ *Агарков М.М.* Проблема злоупотребления правом в современном гражданском праве // Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 2. Москва, 2002. С. 371–372.

Во-первых, выяснить, для достижения какой цели установлено дозволение. Эта задача решается прежде всего в рамках целевого толкования соответствующей нормы (норм) права.

Во-вторых, определить, с какой целью совершен тот или иной поступок. Решение этой задачи предполагает тщательный анализ всех обстоятельств юридического дела.

Наличие противоречия между указанными целями будет свидетельствовать о злоупотреблении правом. При этом следует отметить, что в Российской Федерации правоприменительное противодействие злоупотреблению правом будет иметь юридическое значение прежде всего для конкретного случая. Однако накопление судебной практики может оказывать косвенное воздействие и на аналогичные случаи.

Полагаем, что грамотное использование многообразных правотворческих, правоинтерпретационных и правоприменительных технико-юридических способов противодействия злоупотреблению правом позволит, с одной стороны, минимизировать распространенность этого негативного социального явления, а с другой – при его возникновении адекватно отреагировать.

ВЫСТУПЛЕНИЯ НА КРУГЛОМ СТОЛЕ

УДК 34:342.9

Алексеев С.Н.,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного права и процесса Нижегородской академии МВД России

Злоупотребление правом в контексте реализации согласительных процедур в административном законодательстве

Актуальность заявленной темы определяется несколькими моментами. Первый – теоретической значимостью исследования злоупотребления правом как общеправового, так и отраслевого феномена. В этом смысле любое отраслевое исследование в рассматриваемом контексте обогащает общую теорию вопроса. В то же время определение предмета исследования способствует обозначению рамок научного поиска, ограничиваясь отраслевой спецификой института злоупотребления правом. Второй – практической значимостью. Бесспорно, рассмотреть вопрос злоупотребления правом в административном законодательстве не представляется возможным без анализа административно-правовых и административно-процессуальных норм с выявлением проблем их реализации. В свою очередь, в каждом случае выработка позиции исследователей, которые занимаются изучением данного вопроса с видением как самих проблем, так и возможных вариантов их устранения, несомненно, способствует повышению эффективности правоприменительной деятельности административно-юрисдикционных органов.

В законодательстве об административных правонарушениях достаточно широко применяются согласительные про-

цедуры. Речь идет о тех общественных отношениях, реализация которых становится возможной вследствие достижения компромисса между лицом, совершившим административное правонарушение, и должностным лицом правоприменительного органа, судьей. Профессор В.А. Толстик, изучая социальную и юридическую природу компромисса, верно обращает внимание на то, что в научной литературе достаточно четко обозначилась тенденция, в силу которой компромисс в большинстве случаев понимается в рамках конфликтологической парадигмы¹.

Используя специально-юридический метод, П.В. Васильев компромисс определяет как «состояние гармонии, достигаемое юридическими средствами путем формально определенной (нормативной или правореализационной) взаимной уступки сталкивающихся интересов, стремлений в сфере права»².

По нашему мнению, недостаточно четкая регламентация механизма применения процедур, основанных на компромиссе, может способствовать злоупотреблению правом.

Примером реализации подобной согласительной процедуры является одно из ранее действовавших положений Закона субъекта Российской Федерации об административных правонарушениях³, которое предусматривало административную ответственность за оборот крепких спиртных напитков домашней выработки и аппаратов для их изготовления. Примечанием к этой статье закреплялась возможность освобождения от административной ответственности лица, которое добровольно сдало аппарат для изготовления самогона, браги и (или) других крепких спиртных

¹ См.: Толстик В.А. Социальная и юридическая природа компромисса // Компромисс в праве: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции (г. Н. Новгород, 29–30 мая 2014 года): в 2 т. / под общ. ред. В.А. Толстика, В.М. Баранова, А.В. Парфенова. Нижний Новгород, 2014. Т. 1. С. 128.

² Васильев П.В. Достижение социального компромисса посредством автоматических санкций // Компромисс в праве: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Международной научно-практической конференции (г. Н. Новгород, 29–30 мая 2014 года): в 2 т. / под общ. ред. В.А. Толстика, В.М. Баранова, А.В. Парфенова. Нижний Новгород, 2014. Т. 1. 2014. С. 241.

³ См.: Закон Костромской области от 21 июля 2008 года № 352-4-ЗКО. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.05.2019).

напитков домашней выработки¹. Критический анализ данного положения позволяет заключить, что «добровольная» сдача орудия совершения административного правонарушения не исключается во временном интервале с момента его выявления вплоть до рассмотрения дела об административном правонарушении. Таким образом, лицу, которое уже совершило административное правонарушение, во избежание административной ответственности достаточно было выполнить условие, указанное в примечании к статье, злоупотребив тем самым предоставленным ему правом. При этом закон не предусматривал неизбежность административного наказания лица за повторно и последующие совершенные административные правонарушения при выполнении нарушителем этого же условия. По нашему мнению, эффективной реализации подобных норм будет способствовать установление более жесткого административного наказания за повторно совершаемые административные правонарушения с одновременным исключением возможности освобождения от административной ответственности в соответствии с примечанием к правовой норме.

Кроме того, законодателю в таких случаях необходимо детально определяться с условиями «добровольной» выдачи орудия совершения административного правонарушения. На наш взгляд, текст подобных норм нуждается в дополнении положением следующего содержания: «не может признаваться добровольной сдачей предметов либо орудий совершения административного правонарушения выдача при производстве административно-правовых мер по обнаружению и изъятию предметов либо орудий совершения административного правонарушения».

В научной литературе отмечается необходимость внедрения подобных компромиссных согласительных процедур по целому ряду статей особенной части Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ).

¹ См.: *Алексеев С.Н.* Согласительные процедуры по законодательству субъектов Российской Федерации об административных правонарушениях // Современный федерализм: отечественный и зарубежный опыт, проблемы и перспективы: сборник материалов II Всероссийской научно-практической конференции по актуальным вопросам российского конституционализма / под ред. Н.А. Трусова, О.А. Петряниной. Нижний Новгород, 2017. С. 13–18.

Например, А.М. Субботин предлагает предусмотреть в примечании к ст. 19.28 КоАП РФ возможность освобождения субъекта правонарушения при условии добровольного сообщения о правонарушении и оказании содействия государственным правозащитным органам¹.

Необходимо отметить, что реализация компромиссных процедур в целом не делает неизбежным нивелирование административной ответственности. В каждом конкретном деле требуется восстановить нарушенное благо, подвергая посягнувшее на это благо лицо соразмерному лишению. Стоит согласиться с мнением Н.В. Макарейко, который полагает, что реализация мер государственного принуждения влечет за собой наступление правовых ограничений как «платы» за достижение запрограммированного результата².

Считаем, что совершенствование института согласительных (компромиссных) процедур детерминруется теми изменениями, которые происходят в обществе, стремлением законодателя повысить эффективность правоприменительной практики. Стоит лишь иметь в виду, что только детальная проработка, предварительное критическое переосмысление всех вносимых изменений и дополнений смогут создать условия для принятия качественно-го закона, значительно уменьшив при этом потенциал злоупотребления правом³.

Кроме этого, в КоАП РФ, по нашему мнению, в четкой регламентации нуждается учет согласительных (компромиссных) обстоятельств, смягчающих административную ответственность, поскольку вид и размер административного наказания в пределах

¹ См.: *Субботин А.М.* К вопросу об административной ответственности за коррупционные правонарушения // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2013. № 24. С. 169–170.

² См.: *Макарейко Н.В.* Актуальные вопросы исследования государственного принуждения // Государство и право в изменяющемся мире: сборник материалов Международной научно-практической конференции. Нижний Новгород, 2016.

³ См.: *Ремизов П.В.* О роли критики законодательства в стратегии законотворчества // Юридическая техника: Ежегодник. 2015. № 9. С. 619; *Галанов А.С.* Пути повышения эффективности по обеспечению экологической безопасности правоохранительной деятельности как одного из институтов российского права // Вестник Волжской государственной академии водного транспорта. 2004. № 7. С. 35–47.

санкции правовой нормы определяются правоприменителем самостоятельно, исходя из собственного усмотрения, которое может быть предельно широким, что также влияет на возможность злоупотребления правом со стороны как правоприменителя, так и лица, которое совершило административное правонарушение.

Злоупотребление правом в форме несоразмерного учета смягчающих обстоятельств как результата согласительной (компромиссной) процедуры, виды и размеры административных наказаний, указанные в санкциях отдельных норм, и особенности назначения отдельных видов административных наказаний могут привести к противоречию с целями общей и частной превенции противоправного поведения, неспособности обеспечить баланс между размером наказания и реально причиненным вредом, осуществить индивидуализацию ответственности.

Например, ст. 7.17 КоАП РФ предусматривает ответственность за умышленное уничтожение или повреждение чужого имущества. Санкция данной статьи представляет собой наказание в виде административного штрафа или административного ареста (на усмотрение правоприменителя). Наличие компромиссных смягчающих обстоятельств, особенности назначения административного ареста как вида административного наказания не оставляют правоприменителю выбора, как только назначить наказание в виде административного штрафа. Сложность взыскания административного штрафа с лиц, не имеющих дохода, приводит, по сути, к невозможности достижения целей административной ответственности.

Решением проблемы, по нашему мнению, может послужить установление уголовной ответственности за повторное совершение ряда административных правонарушений. Данная практика в настоящее время встречается все чаще. Между тем предельно важно вести строгий учет совершаемых впервые правонарушений в федеральных информационных базах данных с возможностью «на местах» самостоятельного моментального доступа к таким базам правоприменителя. Данный шаг будет способствовать неотвратимости ответственности, а также оперативности и экономичности в процессе привлечения к юридической ответственности виновных лиц, что в целом повлияет на повышение эффективности обеспечения правопорядка.

Алексеева Л.А.,

кандидат юридических наук, доцент кафедры государственного-правовых дисциплин Орловского юридического института МВД России имени В.В. Лукьянова;

Линдт А.А.,

курсант 404 учебной группы факультета подготовки специалистов ГИБДД Орловского юридического института МВД России имени В.В. Лукьянова

К вопросу о злоупотреблении правом в избирательном процессе

На сегодняшний день все чаще различные субъекты в избирательном праве, наделенные теми или иными полномочиями, пытаются использовать свое право вопреки его назначению, в частности с выгодой для себя. Нередко правоприменитель, сталкиваясь с таким феноменом, не знает, как с ним бороться, поскольку злоупотребление избирательными правами как таковое не закреплено в законодательстве Российской Федерации, регулирующем избирательный процесс, а следовательно, за него не предусмотрена санкция. В этой связи в основном те, кто злоупотребляют в той или иной степени правами в избирательном процессе, остаются безнаказанными, несмотря на то, что их деяния могут нанести вред другим субъектам, наряду с ними участвующими в избирательной кампании.

Проблема злоупотребления правом в избирательном процессе недостаточно исследована в научной литературе. Стоит сказать, что мнения авторов на понимание сущности данного явления существенно разнятся. Данный вывод следует из анализа трудов таких ученых, как И.Е. Сенников, А.А. Малиновский, М.С. Матейкович, Х.А. Текаев, А.И. Макарец, М.Ю. Куликов, В.И. Крусс, Д.В. Орлов, С.А. Авакьян и др. Огромный вклад в

изучение данного явления внес И.В. Советников, который разработал свои критерии, позволяющие определить злоупотребление правом в избирательном процессе, его сущность и признаки, а также методы, направленные на пресечение данного феномена.

Зачастую проблема злоупотребления правом игнорируется учеными. Вместе с тем, можно говорить о необходимости рассмотрения понятия злоупотребления правом в избирательном процессе как о проблеме, которая затрагивает интересы каждого гражданина Российской Федерации, обладающего избирательными правами.

В статье 56 Федерального закона от 12 июня 2002 года № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» содержится запрет на злоупотребление свободой массовой информации при проведении предвыборной агитации, агитации по вопросам референдума¹. Однако этот запрет не охватывает всех видов злоупотреблений, которые используются различными субъектами избирательной кампании, поэтому не может пресекать данный феномен. Кроме того, она содержит открытый перечень действий, которые могут либо признаваться злоупотреблением, либо нет, что значительно усложняет квалификацию. Законодатель не определяет конкретные формы злоупотребления, что дает возможность нарушать права других участников и остаться при этом безнаказанным, поскольку правомерность конкретного деяния будет оценивать суд по своему усмотрению.

Фактически безразличное отношение со стороны законодателя к злоупотреблению ведет к несправедливому исходу выборов и референдумов в нашей стране и, как следствие, к неэффективности государственного управления в целом. Между тем с таким явлением, как злоупотребление правом в избирательном процессе, необходимо бороться. Следует предотвращать и пресекать различного рода злоупотребления, а для этого необходимо усовершенствовать работу и правотворческих, и правоприменительных органов в данной сфере.

¹ См.: Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации: федеральный закон от 12 июня 2002 года № 67-ФЗ (с изм. от 27.12.2018 № 550-ФЗ). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 27.05.2019).

Существуют различные точки зрения ученых на определение такого понятия, как «злоупотребление правом». Обобщая их, можно прийти к выводу, что оно представляет собой особенный вид правового поведения, характеризующийся использованием данных гражданину прав в недозволенных формах и недозволенными способами, противоречащими назначению права, в результате чего наносится ущерб обществу, государству и личности¹.

Как известно, злоупотребление правом осуществляется в различных сферах жизнедеятельности личности: политической, экономической, культурной и др. В исследовательской литературе мнения о сущности и определении понятия «злоупотребление правом в избирательном процессе» неоднозначны.

Так, часть исследователей злоупотребление правом в избирательном процессе считает правонарушением. В.И. Крусс отмечает, что такой термин применим только к формально законным действиям, ведущим к ущемлению прав других участников избирательного процесса². Эта точка зрения представляется справедливой, поскольку действия субъекта, противоречащие назначению избирательного права, наряду с противоречием нормам этого права, будут считаться не просто злоупотреблением, а полноценным правонарушением, за которым следует наказание.

Злоупотребление избирательным правом всегда будет носить умышленный характер, поскольку субъект осознает то, что он осуществляет, предвидит и желает (может сознательно допускать их или относиться к ним безразлично) наступления последствий, которые противоречат сущности избирательного процесса и ограничивают права других участников избирательной кампании.

Злоупотребления правом в избирательном процессе можно классифицировать по субъектам, которые осуществляют свои права, не нарушая избирательных норм, но их действия противоречат назначению и принципам права и могут нанести вред правам других участников кампании. Это могут быть действия, со-

¹ См.: *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. Москва, 1972. С. 68.

² См.: *Крусс В.И.* Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека // Государство и право. 2002. № 7. С. 46.

вершаемые как простыми гражданами – физическими лицами, так и специально уполномоченными субъектами, в том числе и коллективными.

Нарушение или ограничение того или иного права, охраняемого избирательным законодательством, за которое не установлена ответственность нормативными правовыми актами Российской Федерации, будет определять вид злоупотребления правом.

Злоупотребление избирательным правом является умышленным негативным деянием субъекта избирательного права, не выходящим за рамки закона, но нарушающим принципы и сущность избирательного процесса, а также ограничивающим права других субъектов, за которое законодательством Российской Федерации не установлено наказание.

Злоупотребление основными избирательными правами осуществляется в двух основных формах: злоупотребление активным и пассивным избирательным правом. Формы злоупотребления правом в избирательном процессе коренятся в избирательных технологиях, которые используются субъектами в целях достижения определенного результата. Как активное, так и пассивное злоупотребление нарушают назначение как обособленной избирательной кампании, так и всего избирательного права, что порождает в конечном счете несправедливость исхода голосования или референдума.

Злоупотребление активным избирательным правом чаще всего выражается в голосовании за того кандидата, который «оплатил» голос либо участие избирателя в «карусели», то есть происходит фактическая продажа своего голоса.

Спектр нарушений пассивного избирательного права гораздо шире. К числу пассивных злоупотреблений можно отнести использование технологии кандидатов-двойников (однофамильцев); технологию применения аббревиатуры партии, схожей с известной; привлечение к поддержке определенного кандидата известных (чаще медийных) личностей (в форме проведения бесплатных для зрителей концертов, выступлений); выставление одного кандидата в разных субъектах; заключение агитационных договоров; реже в силу современной технической оснащенности избирательных участков стали применяться избирательные «карусели» и продажи бюллетеней.

Согласно исследованиям, каждая партия, участвующая в выборах, применяла ту или иную избирательную технологию, злоупотребляя правом в той или иной форме, тем самым влияя на справедливый исход выборов.

Вместе с тем, государство должно быть заинтересовано в изменении и ликвидации тенденции злоупотребления правом в избирательном процессе. Только тогда можно будет добиться положительного результата в данной сфере. Для того чтобы остановить негативную тенденцию, государству необходимо разработать целую систему противодействия злоупотреблению правом в избирательном процессе. Данная система мер и способов борьбы с нарушителями основных идей и принципов избирательной кампании должна быть основана на анализе и изменении законодательства, которое ликвидирует коллизии и пробелы, позволяющие злоупотребление, и будет способно сдерживать эту тенденцию.

Также стоит сказать об уровне правосознания субъектов — граждан, участвующих в голосовании или референдуме, использующих активное избирательное право; кандидатов в депутаты, использующих свое пассивное избирательное право, и иных субъектов избирательной кампании. Требуется не просто повышение правосознания, а постоянная целенаправленная работа по повышению правовой культуры всего нашего общества, ведь, понимая и следуя сути и назначению избирательного процесса, лицо не будет никаким образом злоупотреблять своим правом во вред другим лицам.

Законодатель, со своей стороны, при посредстве гражданского общества должен выявить случаи злоупотреблений, обобщить их и решить, какие гарантии недопущения злоупотребления правом обеспечить силой государственного принуждения, признав их правонарушениями, а какие — оставить на совести гражданского общества.

К сожалению, действующее законодательство не выработало единого подхода к методам противодействия злоупотреблениям правами в рамках избирательного процесса. Немаловажную роль в пресечении злоупотреблений избирательным правом могут играть и сотрудники полиции, которые, осуществляя свою деятельность по борьбе с правонарушениями, могут фиксировать факты

злоупотребления правами всеми участниками избирательного процесса.

Тактически действия сотрудника полиции при обнаружении факта злоупотребления избирательным правом могут выглядеть следующим образом:

1. Выявить лицо, злоупотребляющее избирательным правом.
2. Зафиксировать факт злоупотребления.
3. Пресечь попытку злоупотребления лицом избирательным правом.
4. Сообщить о факте злоупотребления председателю участковой избирательной комиссии и исполнить его законные требования.
5. Принять меры к поддержанию порядка избирательной процедуры на участке.

Подводя итог, можно отметить, что при злоупотреблении правом нарушается назначение и цель конкретного права, на которое уполномочен субъект, извлекается польза для себя, а субъект ограничивает или нарушает права других субъектов, участвующих в избирательной кампании наряду с ним. Несмотря на то, что деяние субъекта по своей сущности негативно, за рамки законодательства оно не выходит. Это значит, что за злоупотребление правом в избирательном процессе, исключая случаи злоупотребления, которые запрещены законодательством Российской Федерации и влекут за собой наказания, не предусмотрена конкретная санкция. Следовательно, субъект, ограничивающий или нарушающий избирательные права других лиц, в большинстве случаев не понесет за это наказание.

В Российской Федерации при проведении той или иной избирательной кампании не редки инциденты злоупотребления правом с целью получения определенной выгоды для субъекта. По формам используется злоупотребление как активным, так и пассивным избирательным правом, что повышает эффективность достижения поставленной цели. Все без исключения злоупотребления препятствуют осуществлению демократических выборов, нарушают важнейшие принципы избирательного права, ставят под сомнение легитимность выбранных органов и должностных лиц.

Афанасьев А.Ю.,

кандидат юридических наук, ученый секретарь ученого совета Нижегородской академии МВД России

Механизм доказывания злоупотреблений полномочиями

Использование лицом, выполняющим управленческие функции в коммерческой или иной организации, своих полномочий вопреки законным интересам этой организации и в целях извлечения выгод и преимуществ для себя или других лиц либо нанесения вреда другим лицам и есть злоупотребление полномочиями, квалифицирующееся по ст. 201 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ). А если это уже повлекло причинение существенного вреда правам и законным интересам граждан или организаций либо охраняемым законом интересам общества или государства, то можно говорить о том, что совершено преступление. Именно на это нам указывает уголовный закон при первом рассмотрении.

Дальнейшее изучение положений УК РФ заставляет нас обратить внимание на то, что уголовная ответственность бывает за злоупотребления полномочиями при выполнении государственного оборонного заказа (ст. 201.1 УК РФ), при осуществлении профессиональной деятельности частными нотариусами и аудиторами (ст. 202 УК РФ). Кроме этого, законодатель обособил злоупотребление собственно должностными полномочиями (ст. 285 УК РФ). Этому виду присущ несколько иной смысл: под ним понимается использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства. Также имеется ст. 285.4 УК РФ, предусматривающая уголовную ответственность за злоупотреб-

ления должностными полномочиями при выполнении государственного оборонного заказа.

Мы не собираемся проводить оценку уголовного законодательства по критериям обоснованности такого разграничения уголовно наказуемых злоупотреблений и удачности используемых формулировок при конструировании упомянутых норм, как и не собираемся погружаться в уголовно-правовую доктрину. Оставим это для специалистов. Вероятно, в данном направлении имеются определенные подвижки. Также мы не учитываем виды злоупотреблений по административному и иному законодательству, не говоря уже о том, что могло бы быть в законе и *de lege ferenda*.

Однако для ученых-процессуалистов гораздо существеннее и, что немаловажно, интереснее определить, каков механизм доказывания злоупотреблений полномочиями и является ли он единым для всех их разновидностей. Очевидно, утвердительный ответ на вторую часть вопроса может облегчить анализ содержания механизма доказывания, поскольку в таком случае мы будем говорить лишь об одном – едином механизме доказывания злоупотреблений полномочиями, а не о нескольких разных.

С этой целью определим, что есть злоупотребление и какие общие признаки содержатся во всех указанных видах злоупотреблений полномочиями. Если с первой частью все предельно ясно: например, по словарю С.И. Ожегова, злоупотребление – проступок, состоящий в незаконном, преступном использовании своих прав, возможностей¹, то вычленение единых признаков злоупотреблений полномочиями может вызвать определенные сложности. Ограничимся уголовно наказуемыми злоупотреблениями. Схема анализа довольно проста: при обнаружении повторяющихся признаков во всех видах злоупотреблений полномочиями можно заключить, что они едины и образуют сердцевину данного явления.

О каких же признаках идет речь? Во-первых, злоупотреблять полномочиями может исключительно лицо, имеющее какие-либо

¹ См.: *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка: Около 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений / под ред. проф. Л.И. Скворцова. 26-е изд., испр. и доп. Москва, 2010.

закрепленные полномочия: либо управленческие в коммерческой или иной организации, либо должностные. То есть для того, чтобы злоупотреблять, должна быть предусмотрена возможность «употреблять» полномочия. Отсюда первый признак: *наличие лица, имеющего закрепленные полномочия*.

Во-вторых, указанное лицо должно этими полномочиями пользоваться. В случае неиспользования не будет и риска незаконного использования. Следовательно, злоупотребление однозначно предполагает *активное использование полномочий*. Настолько активное, что оно выходит за рамки. Отсюда, в-третьих, использование полномочий должно быть направлено *против установленных интересов* (службы, организации и т. д.). Уполномоченное лицо при исполнении своих обязанностей должно ориентироваться на строго определенную цель, а *уход от реализации этой цели* создает риск злоупотребления. Например, если цели организации или службы подменяются целями извлечения выгод и преимуществ, корыстной или иной личной заинтересованности соответственно, то тут явное отклонение. В-четвертых, по результатам такого использования полномочий должны наступить *негативные последствия определенного свойства*: причинение существенного вреда правам и законным интересам, существенное нарушение прав и законных интересов и т. д. Как можно заметить, в большинстве своем эти последствия должны приводить к существенному нарушению прав и законных интересов (граждан, общества, государства). Таким образом, кратко единые признаки злоупотреблений полномочиями можно представить так: наличие лица, имеющего закрепленные полномочия; активное использование указанных полномочий; полномочия направлены против установленных интересов; уход от реализации установленной цели в пользу собственной или третьих лиц; негативные последствия, связанные с существенным нарушением прав и законных интересов.

На наш взгляд, таков единый для всех уголовно наказуемых злоупотреблений полномочиями набор признаков. Его и будем использовать.

Общепринято считать, что понятие «механизм» должно трактоваться в двух смыслах: во-первых, как внутреннее устройство машины, прибора, аппарата, приводящее их в действие, во-

вторых, как система, устройство, определяющие порядок какого-нибудь вида деятельности¹. Такое толкование и легло в основу множества исследований в области социальных и гуманитарных наук, предметом которых выступал какой-либо механизм – «механизм государства», «механизм правового регулирования», «механизм слеодообразования», «механизм преступной деятельности», «механизм управления», «механизм финансового планирования», «механизм экономического роста» и т. д. Считаем, что является ошибочным использование шаблонного понимания. Каждая исследуемая сфера или процедура должна предполагать свое содержательное наполнение понятия «механизм». В связи с этим истинный смысл данного понятия может лежать гораздо глубже, чем казалось бы. Разумеется, при этом традиционное понимание также не следует сбрасывать со счетов.

Известный российский ученый-энциклопедист А.А. Богданов указывал, что «...всякий раз, как в живом организме удастся объяснить какую-нибудь его функцию, она уже рассматривается как “механическая”... “Механическая сторона жизни” – это просто все то, что в ней объяснено. “Механизм” – понятая организация и только»². Следовательно, объяснение какой-либо функции живого организма и есть механизм. Полагаем, что А.А. Богданов весьма тонко и верно распознал сущность понятия «механизм». Об этом также свидетельствуют работы ученых, которые успешно восприняли его идеи. А.Ф. Лубин, основываясь именно на подобном понимании «механизма», успешно изучил методологию исследования механизма преступной деятельности. Им справедливо отмечалось, что «механизм преступной деятельности... не что иное, как функциональная сущность этой деятельности... механизм в целом – это и функция деятельности и форма проявления функций»³. Такая экстраполяция убедительно доказывает возможность использования приведенного смысла в рамках ис-

¹ См.: *Ожегов С.И.* Толковый словарь русского языка: Около 100 000 слов, терминов и фразеологических выражений / под ред. проф. Л.И. Скворцова. 26-е изд., испр. и доп. Москва, 2010. С. 292.

² *Богданов А.А.* Тектология: (всеобщая организационная наука): в 2 кн. Москва, 1989. Кн. 1. С. 137.

³ *Лубин А.Ф.* Механизм преступной деятельности. Методология криминалистического исследования. Нижний Новгород, 1997. С. 103.

следования механизма уголовно-процессуального доказывания. Это также объясняется следующим.

Во-первых, уголовный процесс справедливо можно признать «живым организмом». Это позволяет сформулировать не только наше субъективное понимание принципов диалектики, а также динамичности и постоянного развития данного процесса, но и уже имеющиеся в доктрине уголовного процесса подходы об особом методологическом духе уголовного процесса под наименованием «живой уголовный процесс»¹.

Во-вторых, у уголовного процесса есть функции. Традиционно выделяются уголовно-процессуальные функции, связанные с основными направлениями деятельности: обвинением, защитой и разрешением дела². Однако есть позиции, основанные на выделении иных функций уголовного процесса – доказывания и принятия уголовно-процессуальных решений³. Подобная бифункциональность уголовного процесса была поддержана нами ранее⁴, и сейчас это будет сделано снова, поскольку считаем, что представление уголовного процесса и поддержание его цели исключительно двумя функциями относится к феномену самой функциональной природы человеческой деятельности: доказывание – решение. Тем самым функция доказывания будет выступать той функцией уголовного процесса, которую следует объяснить.

Для того чтобы говорить о сущности и содержании механизма уголовно-процессуального доказывания, необходимо понять, о чем идет речь и как данная функция реализуется в уголовном процессе. Как только указанный механизм станет нам известен, можно будет судить о его существовании. Интуитивно, разумеется, мы осознаем, что этот механизм существует: раз имеется «живой уголовный

¹ Уголовный процесс России. Проблемные лекции: учебное пособие (для студентов высших юридических учебных заведений) / науч. ред. В.Т. Томин, А.П. Попов и И.А. Зинченко. Пятигорск, 2014. С. 21.

² См.: *Строгович М.С.* Природа советского уголовного процесса и принцип состязательности. Москва, 1939. С. 105; *Его же.* Уголовный процесс. Москва, 1941. С. 94.

³ См.: *Гончан Ю.А., Пиксин Н.Н.* Функции доказывания и принятия решений в уголовном процессе // *Российский следователь.* 2007. № 3. С. 7–9.

⁴ См.: *Афанасьев А.Ю.* Коррупционные риски доказательственного права в уголовном процессе (досудебное производство): дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2016. С. 18.

процесс», в котором есть функция доказывания, должен быть и механизм доказывания. Однако научно обоснованной аргументации для такого утверждения пока не имеется.

В нашем случае требуется понять: что доказывать? Как это доказать? Какие средства при этом использовать? Если рассуждать общими словами, то необходимо доказать факт злоупотребления полномочиями; а если добавить немного конкретной информации, то установленный нами набор единых признаков и следует доказать.

1. Чтобы доказать наличие лица, имеющего закрепленные полномочия, требуется установить, что у данного лица юридически (в нормативных правовых актах, должностной инструкции (регламенте) и т. д.) были закреплены соответствующие полномочия и что фактически он исполнял эти полномочия (назначен на должность надлежащим образом и состоял в должности). Особое значение отводится следам-документам: различным приказам и распоряжениям о назначении на должность, должностным инструкциям, трудовым договорам и т. д. Например, в одном из уголовных дел в качестве таковых фигурировали: распоряжение главы администрации городского поселения, согласно которому Б.В.И. принят на должность заместителя главы администрации городского поселения по городскому хозяйству; должностная инструкция, согласно которой определены права и обязанности Б.В.И. как должностного лица и заместителя главы администрации городского поселения по городскому хозяйству; распоряжение главы администрации городского поселения, согласно которому Б.В.И. являлся членом Единой комиссии по осуществлению закупок для муниципальных нужд администрации городского поселения¹. Главным образом, при установлении данного признака могут быть использованы осмотр и изъятие документов, обыски, выемки, направление запросов в различные органы и организации, получение объяснений, допросы и т. д. Разумеется, имеет

¹ См.: Приговор Семикаракорского районного суда Ростовской области № 1-169/2018 1-6/2019 от 20 февраля 2019 года по делу № 1-169/2018. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/Xfblu3AiLNHb/#top> (дата обращения: 06.09.2019). Хотя в действиях усматривается ст. 286 УК РФ – превышение, а не злоупотребление, в качестве примера такое дело весьма кстати.

значение и последовательность проведения следственных и иных процессуальных действий.

2. Активное использование указанных полномочий доказывается наряду с первым пунктом, но с учетом реального положения лица и его реальной управленческой или служебной деятельности. Здесь могут быть полезны показания очевидцев (свидетелей), записи с камер видеонаблюдения, записи телефонных переговоров, сообщений и т. д. Эту информацию необходимо подтверждать в целях исключения самооговора и иных обстоятельств, указывающих на безвольное и зависимое положение лица. Обычно инициатива злоупотребления полномочиями исходит от самого субъекта преступления, но также нередки случаи, когда на это наталкивает руководитель данного лица.

3. Для того, чтобы доказать факт использования полномочий против (вопреки) установленных интересов, зачастую правоприменители ограничиваются установлением расхождения между юридическим и фактическим пониманием интересов службы, организации и т. д. В частности, исходя из положений одного из уголовных дел по ст. 285 УК РФ, можно обнаружить, что вопреки интересам службы Р. не приняла мер по проверке подлинности сведений, указанных в предоставленных документах, то есть произвела необоснованную постановку на миграционный учет без обязательного участия иностранного гражданина и собственника домовладения БМИ¹. Очевидно, в интересах службы было необходимо все действия произвести в соответствии с законодательством. Отсюда вывод: чтобы доказать то, что действия были совершены вопреки интересам, нужно обратиться к тексту закона и установить, какой порядок действий предусмотрен административными регламентами и т. д. В данном случае, наряду с изучением нормативных правовых актов, регламентирующих деятельность, уместны получение объяснений, допросы, осмотр и изъятие документов и т. д.

4. Процесс доказывания ухода от реализации установленной цели в пользу собственной или третьих лиц заключается в том,

¹ См.: Приговор Пятигорского городского суда Ставропольского края № 1-105/2019 1-720/2018 от 19 февраля 2019 года по делу № 1-105/2019. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/qOCp0G9rttxj/> (дата обращения: 06.09.2019).

что мы, исходя из закрепленных интересов организации или службы, выявляем, на реализацию какой цели полномочия должны быть направлены и на что направлены были на самом деле. Зачастую при злоупотреблениях речь идет о корыстной цели, об обогащении, извлечении выгод и преимуществ. Например, у одного из руководителей администрации такая цель выразилась в корыстной заинтересованности, а именно в желании стабильного получения различных стимулирующих выплат постоянного и временного характера, а также в иной личной заинтересованности, состоящей в желании осуществить ремонт служебного помещения в здании администрации¹. Для подтверждения этого обстоятельства необходимо установить факты получения выплат (выписки из банковских счетов, показания очевидцев, записи с камер видеонаблюдения, телефонных переговоров, данные переписок и т. д.), а также факт получения иной выгоды, например, результат проведенного ремонта в здании администрации (строительно-технические экспертизы, чеки, квитанции, иная документация и т. д.).

5. Особое значение при доказывании злоупотреблений полномочиями должно отводиться последствиям таких действий. Как было указано, речь необходимо вести именно о негативных последствиях, связанных с существенным нарушением прав и законных интересов. Но здесь прослеживается серьезное упущение законодателя. Существенность вреда или нарушений нельзя оценить объективно. Это субъективный признак как для потерпевших, так и для правоприменителей: для одних потерпевших последствия могут быть существенны, для других – нет; одному следователю, либо прокурору, либо судье существенность очевидна, а для других мало проглядывается. Так, в одном из уголовных дел по ст. 285 УК РФ существенным признается наступление общественно опасных последствий в виде причинения ущерба (271 632,34 рубля)². Вероятно, в данном случае суще-

¹ См.: Приговор Волжского городского суда Республики Марий Эл № 1-24/2019 от 21 февраля 2019 года по делу № 1-24/2019. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/awNziriF51gJ/> (дата обращения: 06.09.2019).

² См.: Приговор Арзамасского городского суда Нижегородской области № 1-134/2019 от 27 февраля 2019 года по делу № 1-134/2019. URL: <https://sudact.ru/regular/doc/HhezMFMjPprB/> (дата обращения: 06.09.2019).

ственность прослеживается. Однако есть и такие примеры, которые вызывают некоторые сомнения относительно данного критерия. Например, в одном из приговоров описывается следующая картина: гражданин передал Р. фрукты – гранат в количестве 4 штук в качестве благодарности за постановку на миграционный учет гражданки Республики Армения. Р. произвела необоснованную постановку на миграционный учет – это повлекло существенное нарушение прав и законных интересов гражданина, охраняемых интересов общества и государства. Полагаем, такого рода нарушение порядка миграционного учета – это серьезное упущение, требующее соответствующей реакции. Но в связке с такой корыстной заинтересованностью о существенности последствий злоупотребления полномочиями вряд ли можно говорить. Вероятно, здесь уместно говорить о какой-либо иной ответственности, нежели об уголовной. Для того чтобы доказать ответственность, требуется обратиться к таким средствам доказывания, как производство судебных экспертиз, получение объяснений, допросы, осмотры документов и их изъятие, обыски и выемки и т. д.

Разумеется, процесс доказывания данных признаков происходит через призму обстоятельств, подлежащих доказыванию, предусмотренных ст. 73 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. Следовательно, они устанавливаются вместе с предметом доказывания. Отсюда ожидаем вопрос: в чем же состоит механизм доказывания злоупотреблений полномочиями? Если проследить логику изложения, то ответ очевиден: если реализация функции доказывания при расследовании злоупотреблений полномочиями раскрыта в определенной степени, значит, раскрыт и механизм. Чем отчетливее проясняется, как реализуется данная функция при расследовании конкретного вида преступления, тем ощутимее и понятнее ее механизм доказывания.

Баранова М.В.,

доктор юридических наук, кандидат культурологии, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Злоупотребление правом как правокультурный концепт

Свобода человека в современном мире похожа на свободу человека, разгадывающего кроссворд: теоретически, он может вписать любое слово, но на самом деле он должен вписать только одно, чтобы кроссворд решился.

Альберт Эйнштейн

Современным демократическим обществам присущи тенденции укрепления идеи правового государства, упрочение его основ, выстраивание системы продуманных элементов и формирование условий, обеспечивающих его результативное функционирование. Доминантная роль осознанной законности, ценностные ориентиры, направленные на внедрение в сознание граждан значимости, ценности правовой регламентации, уважения к праву, обуславливают особую роль свободы. Именно осознание свободы в выражении мыслей, поступках, выборе, предпочтениях характеризует цивилизацию на данном этапе и создает условия как для следования моральным и правовым ориентирам, так и для пренебрежения и злоупотребления ими. Правовая культура/правовая антикультура фиксирует и оценочно характеризует новые концепты, их видоизменение.

Концепт в правовой культуре привычно предстает содержанием понятия, его смысловым наполнением, порой отличным от принятой конкретно-языковой формы выражения. Скорее, это

представление о явлении или феномене бытия, суть, транслируемая во вне, а не его имя, название. Трансляция осуществляется в форме речевого высказывания в рамках коммуникации, в том числе правовой.

Злоупотребление правом в рамках свободы принятия решения вызывает особый интерес у правоведов и представителей юридической практики. При этом шикана понимается неоднозначно, «сливаясь» с представлением об «обходе» правовых предписаний или дифференцируясь от них.

Сложившаяся в правоведении концепция злоупотребления правом позволяет, опираясь на понимание правомерности и противоправности, говорить о двух возможных видах этого феномена: злоупотребление правом, во-первых, не характеризующееся явной противоправностью; во-вторых, характеризующееся явной противоправностью.

Представляется, что «обход» нормативного установления, как схожую форму, но все же не влекущую негативных последствий для социума, называть злоупотреблением не вполне корректно. Однозначным остается убежденность, что в случае злоупотребления субъективным правом имеет место латентная цель – причинить вред или необоснованно и незаслуженно получить выгоду, пренебрегая правами других лиц. Злоупотребление правом как правовое поведение характеризуется использованием предусмотренных законодательством прав недопустимыми способами, в запрещенных формах, что свидетельствует о противопоставлении таких деяний самому назначению права. Результатом в этом случае является настоящий или угрожающий, будущий ущерб обществу, государству, личности.

В исследованиях природы, сущности и специфики злоупотребления правом профессор В.И. Крусс предлагает определять его через конструкцию правонарушения. Данный подход позволяет заключить, что злоупотребление правом представляет собой «виновное деяние (действие или бездействие), прямо или косвенно направленное против справедливого (конституционного) порядка общественных отношений, причиняющее ущерб и/или вред личным и/или общественным благам и непротивоправным интересам лиц, выраженное в конкретизированных формах пользования правами и свободами человека и управомоченного право-

применения¹. Таким образом, злоупотребление правом предстает как некая противоречащая государственным властным велениям форма реализации права.

Ключевым условием, базовым компонентом для злоупотребления правом является свобода. Жизнь социума в современных демократиях предполагает наличие особой среды, позволяющей востребовать свободу, реализовывать потенциал индивида в рамках оговоренной свободы, осуществлять многоуровневый анализ внешних и внутренних проявлений свободы в праве. Можно говорить о наличии «континуума свободы», границы которого находятся в рамках «свобода от чего-либо (от злоупотреблений правом) – свобода для чего-либо (для совершения злоупотреблений)», что подразумевает как возможность и необходимость отказа от деяния, модели поведения, так и востребование позитивных (правомерных) и негативных (противоправных) возможностей. В этих границах «континуума свободы» от/для злоупотреблений правом проходит «жизнь» злоупотребления правом.

В этой связи особую значимость приобретают осознанное понимание свободы, восприятие самоограничения как непереносимые условия противодействия злоупотреблению правом. Осознанное волевое самоограничение, согласование деяний с принятыми в социуме рамками свободы являются фундаментом для выстраивания политики разумного компромисса между государством и гражданами.

Интересы государства порой требуют введения ограничений, которые должны не просто безоговорочно реализовываться гражданами под угрозой юридической ответственности, но и восприниматься как целесообразные, необходимые, влекущие позитивные преобразования бытия. В таких ситуациях волевое самоограничение, осознание пределов свободы, уважение к свободе других индивидов играют решающую роль.

Солидаризируясь с позицией Е.А. Фроловой, можно говорить, что «свободная воля каждого человека позволяет ему выбирать вариант своего поведения; несмотря на наличие в сознании индивида как разумного существа предписаний морального закона, он может поступать иначе. Следовательно, создается возмож-

¹ Крусс В.И. Актуальные аспекты проблемы злоупотребления правами и свободами человека // Государство и право. 2002. № 7. С. 49.

ность коллизий свободных волей индивидов между собой, в результате чего их свобода может быть уничтожена»¹.

Понимание угрозы утраты свободы субъектами правовой коммуникации при полном неприятии компромисса с требованием соблюдать заданные рамки свободы – залог минимизации негативных проявлений, в том числе злоупотребления правом. Здесь важна осознанная свобода воли, о которой в работе «Мораль права» рассуждал Лон Фуллер: «нельзя пуститься в предприятие, направленное на подчинение поведения человека руководству правил, не будучи по необходимости приверженным точке зрения, согласно которой человек либо является ответственным субъектом, способным понимать правила, следовать им и отвечать за их несоблюдение, либо может стать таковым»².

Понимание целесообразности, необходимости и значения ограничений и запретов, обозначающих заданные рамки допустимой свободы, лежит в основе результативного противодействия злоупотреблению правом. Но не менее важным гарантом эффективности такого противодействия представляется целесообразность непосредственно самих государственных властных велений, закрепляющих правила поведения, очередность и содержание процедур ограничения, дозволения.

Презумпция целесообразности собственно нормативного правового акта является базой, фундаментом для эффективного противодействия злоупотреблению правом. Безусловно, следует отдавать себе отчет, что большинство презумпций носит опровержимый характер, однако применительно к принятым в государстве формам права хотелось бы минимизации возможной перспективной «опровержимости» на стадии разработки и принятия.

Правовая культура предлагает богатый выбор механизмов противодействия злоупотребления правом. Правовое регулирование и более широкое правовое воздействие востребуют весь спектр юридических и иных социальных средств в их гармоничной взаимосвязи и взаимообусловленности.

В национальном законодательстве Российской Федерации закреплены ограничения объема свободы, выставяющие барье-

¹ *Фролова Е.А.* Методология и философия права: от Декарта до русских неокантианцев: монография. Москва, 2017. С. 140.

² *Фуллер Лон Л.* Мораль права. Москва; Челябинск, 2016. С. 194.

ры перед злоупотреблением правом. Архизначимым представляется конституционная регламентация данной проблематики, открывающая возможность конкретизации соответствующих положений в нормативных правовых актах различного иерархического уровня. Так, в ст. 17 Конституции Российской Федерации указано на недопустимость нарушения прав и свобод других лиц при осуществлении человеком своих прав и свобод.

На основании действующего законодательства Российской Федерации субъектом противодействия злоупотреблению правом в правокультурной реальности нашего государства, формирующим соответствующую действенную нормативную базу, определяющим пути целевого правового воздействия, является в первую очередь государство, иницилирующее, разрабатывающее, принимающее нормативные правовые акты.

Во-вторых, субъектом противодействия злоупотреблению правом является проходящая активное становление и ощутимо поддерживаемая государством система саморегулируемых организаций, разрабатывающая этико-деонтологические акты как инструменты правового воздействия.

В-третьих, как о субъекте можно говорить о самом социуме, порождающем действенные неправовые регуляторы, такие как нормы морали, нормы культуры, стереотипы, установки. В свою очередь они оказывают влияние на содержательную сторону государственных предписаний и велений органов саморегулирования.

Все названные субъекты и предлагаемые ими средства и способы противодействия злоупотреблению правом закреплены в праве, отражены в праве опосредованно, как-либо коррелируют с правом.

Право является вместилищем интересных, порой парадоксальных взаимосвязей, оказывающихся при глубоком анализе органичными и гармоничными. Взаимосвязь понятий «ограничение свободы воли» и «обеспечение свободы воли» ярко это иллюстрирует, поскольку гарантом обеспечения свободы от злоупотребления правом является реализуемая в ходе правового иного социокультурного воздействия система ограничений свободы воли в ряде ситуаций и проявлений. В этом контексте вполне справедливым представляется говорить о необходимости рефрейминга значения понятия «ограничение свободы воли» в контексте принятия дуализма обеспечения и ограничения свободы. С высо-

кой долей уверенности можно предположить, что принятие за отправную точку такого дуализма способно детерминировать позитивные изменения в отношении к правовой регламентации, деонтологическим нормам, социокультурным нормативным неправовым установлениям, закрепляющим наличие пределов свободы воли ко всему механизму правового воздействия¹.

Опираясь на вышесказанное, можно заключить, что:

- наличие четких, понятных, целесообразных пределов свободы субъектов отношений позволяет воплотить законность в правовом порядке – обеспечить противодействие злоупотреблению правом;
- отсутствие четких, воспринимаемых как необходимые, обусловленные реалиями бытия пределов влечет злоупотребление правом;
- низкий уровень правосознания и правовой культуры обуславливает злоупотребление правом, поскольку не обеспечивает условий для формирования у личности способности к волевому самоограничению, осознанию взаимозависимости «ограничения свободы воли» и «обеспечения свободы воли»;
- широкий спектр средств и форм противодействия злоупотреблению правом находит отражение и закрепление в действующей правовой и социальной неправоваy регламентации;
- в правокультурной реальности гармонично сосуществуют правовые и неправовые, властные и невластные, позитивные и негативные методы, средства, формы противодействия злоупотреблению правом.

Таким образом, злоупотребление правом в современной реальности предстает как негативное явление правовой культуры/правовой антикультуры, обусловленное низким уровнем правосознания граждан, влекущее ненадлежащую правореализацию, противоречащую назначению права, порождающую вредные последствия правового и неправового характера для общества, государства, отдельной личности, является правокультурным актом понижения, логическим смысловым компонентом, то есть концептом, раскрывающим сущность негативных последствий ненадлежащей реализации права властными и невластными средствами и формами.

¹ О рефрейминге значения см.: Шлиппе А.фон, Швайццер Й. Системные интервенции. Санкт-Петербург, 2013. С. 107–117.

Белинская М.П.,

кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Проведение открытого конкурса в сфере госзакупок как разновидность правоприменительных процедур (в контексте злоупотребления правом)

Система государственных закупок сегодня уже не является самой обсуждаемой темой в средствах массовой информации, однако остается по-прежнему актуальной в рамках реализации прав организаций на участие в закупках и совершаемых в этой сфере злоупотреблений. В статье рассмотрим проведение открытого конкурса как одну из разновидностей правоприменительных процедур, соблюдение установленного порядка которой будет, по мнению законодателя, являться эффективным средством предупреждения фактов причинения различного рода вреда. Особое внимание в статье будет уделено деятельности по обеспечению государственных и муниципальных нужд, регулируемой Федеральным законом от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»¹ (далее – Федеральный закон).

Конкурсы являются разновидностью конкурентных способов определения подрядчика наряду с аукционами, запросом котировок, запросом предложений. В свою очередь конкурс может быть открытым, с ограниченным участием, двухэтапным, закрытым или закрытым с ограниченным участием, закрытым двухэтапным.

На основании Федерального закона открытый конкурс является основным способом определения подрядчика в контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 14, ст. 1652.

государственных и муниципальных нужд. Под ним понимается конкурс, при котором информация о закупке сообщается неопределенному кругу лиц и к участникам закупки предъявляются единые требования.

Определение подрядчика Федеральный закон трактует как «совокупность действий заказчика, начиная с размещения извещения об осуществлении закупки товара, работы, услуги для обеспечения государственных или муниципальных нужд либо в установленных настоящим Федеральным законом случаях с направления приглашения принять участие в определении поставщика (подрядчика, исполнителя) и завершаются заключением контракта»¹.

В целях настоящей статьи будет использовано определение правоприменительной процедуры, сформулированное Е.А. Мамаем: «совокупность последовательно осуществляемых юридически значимых действий, реализуемых уполномоченным государством субъектом в соответствии с определенным нормативно-правовой моделью порядком, направленных на разрешение индивидуально-конкретной ситуации в целях обеспечения соблюдения, исполнения и использования другими участниками общественных отношений принадлежащих им прав и обязанностей»².

На основании общих признаков правоприменительных процедур постараемся рассмотреть процедуру определения подрядчика путем проведения открытого конкурса в контрактной системе в сфере закупок для государственных и муниципальных нужд как способ противодействия негативному социальному явлению – злоупотреблению правом.

В целом определение подрядчика путем проведения открытого конкурса можно охарактеризовать через последовательно сменяющиеся юридически значимые действия, предусмотренные законом, исполнение и соблюдение которых способствует предотвращению возникновения опасности причинения различного рода вреда.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 14, ст. 1652.

² Мамай Е.А. Эффективность правоприменительных процедур (теория, практика, техника): монография / под ред д-ра юрид. наук, проф. В.А. Толстика. Москва, 2012. С. 58.

Процедура определения подрядчика начинается с подготовительных мероприятий: принятия потенциальным заказчиком решения о необходимости проведения открытого конкурса в рамках указанного Федерального закона, принятия решения о создании конкурсной комиссии. Разработка и утверждение конкурсной документации являются обязательным, законодательно установленным условием проведения открытого конкурса.

На этапе размещения информации о конкурсе заказчику необходимо зарегистрироваться в единой информационной системе, а также подготовить и разместить извещение о проведении открытого конкурса не менее чем за 20 дней до даты вскрытия конвертов с заявками.

Требования к размещаемой в извещении информации содержатся в ст. 49 Федерального закона. В конкурсной документации указываются требования к участникам конкурса, время и дата вскрытия конвертов с заявками, дата их рассмотрения и оценка, характеристика объекта закупки, критерии оценки заявок на участие, размер обеспечения заявки на участие в конкурсе и т. п.

Следующим юридически значимым для процедуры определения подрядчика этапом является прием и регистрация заявок на участие в конкурсе. Последние представляются по указанным в конкурсной документации форме и в обозначенные сроки. Они должны быть поданы в письменной форме, в запечатанном конверте, не позволяющем просмотреть содержание самой заявки.

Согласно ст. 51 Федерального закона листы направленной заявки должны быть пронумерованы, однако неисполнение участником такого требования не будет являться основанием для отказа заказчиком в допуске к участию в открытом конкурсе. Кроме того, заказчику категорически запрещается отказывать в приеме и регистрации конверта с заявкой на участие в открытом конкурсе, на котором не указана информация о подавшем его лице. Таким способом законодатель ограничивает возможные недобросовестные действия заказчика, которые могут навредить интересам потенциальных подрядчиков. С другой стороны, законодатель не допускает произвольных действий со стороны будущих поставщиков, устанавливая четкие требования к заявке, которая должна быть направлена в отношении каждого предмета открытого конкурса (лота). В иных случаях его заявки рассмотрены не будут.

Дальнейшие действия заказчика связаны с рассмотрением зарегистрированных заявок, их оценкой, выбором победителя, а также размещением протокола рассмотрения и оценки заявок на участие в конкурсе в единой информационной системе. Завершающим этапом процедуры определения подрядчика является подписание контракта с победителем открытого конкурса.

Для предупреждения злоупотреблений при вскрытии конвертов с заявками заказчик обязан дать возможность присутствовать при этом всем участникам, подавшим заявки, заранее оповестив их. Федеральный закон допускает проведение аудио- и видеозаписи каждым из участников открытого конкурса и заказчиком непосредственно.

Контракт по результатам конкурса должен быть заключен не ранее чем через 10 дней и не позднее 20 дней с момента размещения протокола рассмотрения и оценки заявок. В этот указанный период у участников торгов есть право обжаловать результаты проведенных мероприятий как в судебном порядке, так и в контрольный орган в сфере закупок с целью аннулирования итогов определения поставщика, если они обоснованно были подведены с нарушением действующего законодательства.

При этом каждый из обозначенных этапов является неотъемлемым обязательным элементом, имеющим юридическое значение при реализации процедуры определения подрядчика. Эти действия, как могли видеть выше, нормативно закреплены, а значит, юридически оформлен механизм по определению исполнителя контракта, указаны условия, при которых возможна реализация обозначенных шагов.

Одним из важных признаков правоприменительной процедуры является ее государственный характер или осуществление совокупности действий компетентными субъектами. В нашем случае в качестве государственного заказчика будем понимать сформулированное законодателем в ст. 3 Федерального закона определение. Как известно, органы муниципальной власти не входят в систему органов государственной власти, но составляют самостоятельную часть децентрализованной системы управления в Российской Федерации. Признание муниципального заказчика по этому критерию может происходить только по признаку осуществления ряда действий компетентными субъектами, а именно муниципальным ор-

ганом или муниципальным казенным учреждением, действующим от его имени. Это, несомненно, свидетельствует о некотором властном характере принимаемых решений.

С другой стороны, целью любой правоприменительной процедуры всегда является обеспечение возникновения, изменения или прекращения правоотношений. В этой связи следует отметить, что в целом процедура определения подрядчика связана с возникновением отношений, направленных на обеспечение государственных и муниципальных нужд. В процессе поэтапного исполнения всех официальных требований и действий также возникают, изменяются и прекращаются отношения, урегулированные нормами права.

Кроме того, определение подрядчика как разновидность правоприменительных процедур ориентировано, прежде всего, на достижение конкретного результата. Основная цель проведения открытого конкурса – получение желаемого для заказчика товара или услуги по выгодным для него условиям с минимальными издержками для государственного или муниципального бюджета. Соблюдение установленных законодателем правовых, а именно организационных, временных ограничений, условий и требований к участникам закупок является эффективным средством предупреждения фактов причинения вреда имущественного, репутационного характера, нередко встречающихся в современной системе закупок.

Беляков А.В.,

кандидат юридических наук, действительный член общества «Нижегородский краевед»

**Советское законодательство о лишении
избирательных прав бывших полицейских
и практика злоупотребления правом
(на материалах Нижегородской губернии)**

Законодательным базисом новой политической системы советской России стала Конституция Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (далее – РСФСР) 1918 года. Ее положения вводили в действие нормы активного и пассивного избирательного права. Ключевой была ст. 65, определявшая критерии лишения избирательных прав, а п. «д» предполагал лишение избирательных прав служащих и агентов бывшей полиции, особого корпуса жандармов и охранных отделений, членов царствовавшего в России дома¹.

В постановлении Народного комиссариата внутренних дел (далее – НКВД) и Народного комиссариата юстиции (НКЮ) «Об организации Советской Рабоче-крестьянской Милиции (Инструкция)» от 13 октября 1918 года особо оговаривалось, что «на должности в советской милиции могут быть назначены только лица, пользующиеся активным и пассивным избирательным правом в Советы депутатов по советской Конституции». Главное управление милиции (ГУМ) НКВД РСФСР распоряжением от 3 февраля 1919 года предложило на основании учета немедленно уволить бывших чинов полиции из органов советской милиции. Президиум Всероссийского центрального исполнительного комитета (далее – ВЦИК) разрешил оглашать материалы на бывших полицейских.

¹ СУ РСФСР. 1918. № 51, ст. 582.

Были рассмотрены списки сотрудников милиции в Нижегородской губернии, служивших в армии на должностях младшего командного состава, всего 103 человека¹. К 11 августа 1919 года в рядах милиции г. Нижнего Новгорода состояло 38 армейских офицеров, большинство из них были направлены на фронт. На службе по охране общественного порядка оставалось 10 армейских офицеров².

ГУМ НКВД РСФСР распоряжением от 19 октября 1920 года «О списках лиц, лишенных гражданства по Конституции РСФСР» на основании обращения Президиума ВЦИК в губисполком по вопросу о правах лиц, служивших в полиции и жандармерии, рекомендовал «соблюдать минимальную осторожность и осмотрительность, каждая ошибка в этом отношении будет дискредитировать советскую власть в глазах трудящихся».

Следует отметить, что приказом ГУМ НКВД РСФСР от 13 апреля 1922 года «О порядке принятия на службу в милицию и уголовный розыск лиц, служивших ранее в полиции и жандармерии» объявлялось постановление Президиума ВЦИК от 29 августа 1921 года о том, что на работу могут быть приняты лишь те лица, служившие в полиции и жандармерии, которые предоставят документы о восстановлении их в правах гражданства. В результате вместо привлечения старых специалистов, имеющих гражданские права, стала проводиться работа по их выявлению и увольнению из милиции.

В условиях проведения первой послевоенной избирательной кампании осенью 1922 года обращает на себя внимание численность сотрудников бывшей полиции и жандармерии только в Нижегородской губернии – 1286 человек. Лишение избирательных прав происходило по-разному, в зависимости от инициативы местных советских органов: в уездах от 50 до 140 человек. Лишенными избирательных прав оказались бывшие княгининский и макарьевский исправники А.Р. Разумовский и А.И. Тарелкин, становые приставы и их помощники Н.А. Казанский, М.С. Сачек, С.М. Любимов, Д.Т. Титов, семеновский надзиратель М.Н. Промтов, бывшие приставы и их помощники С.И. Адамантов, В.П. Балицкий, А.В. Бурмистров, П.Н. Антипин, В.Д. Бандов, К.И. Вику-

¹ ЦАНО. Ф. 105. Оп. 4. Д. 3. Л. 3.

² Там же. Д. 2. Л. 6.

лов, И.Ф. Галочкин, С.А. Добротворский, В.Ф. Жданов, И.А. Заборовский, И.И. Кузнецов, А.А. Ласточкин, С.М. Любимов, И.И. Магидов, М.И. Магидов, А.М. Малетин, Ф.И. Перцев, Д.И. Петропавловский, В.Р. Радостин, Ф.Ф. Рыжков, А.В. Семенов, И.М. Семенов, С.К. Сенцов, К.Н. Синяткин, Н.М. Солнышков, А.М. Степанов, И.В. Фадеев, И.Д. Федотов, М.Е. Шилов, М.Ю. Юданов и другие.

В начале июня 1921 года осуждены некоторые из руководителей нижегородской сыскной полиции – Г.И. Лазарев и М.Л. Маврин на основании ст. 67 Уголовного кодекса (УК) РСФСР 1922 года: «активные действия и активная борьба против рабочего класса и революционного движения, проявленные на ответственных должностях при царском строе». По этой статье в 1924 году осужден и расстрелян бывший исправник Балахнинского уезда Константин Вуколов, в прошлом почетный гражданин г. Балахны.

По Инструкции о выборах в Советы 28 апреля 1926 года¹ вводились новые категории лиц, ограниченных в правах. Согласно статистике количество агентов полиции и жандармерии составило 4860 человек. В то же время 14 февраля 1927 года постановлением ВЦИК в избирательных правах могли быть восстановлены жандармы, агенты бывшей полиции и тюремного ведомства².

По Конституции Союза Советских Социалистических Республик (СССР) 1925 года ст. 69 дополнилась критериями выборов представителей других категорий. Однако в отношении бывших полицейских отмечалось усиление репрессий: 1926 год – репрессировано 87 877 человек, а в 1927 году – 195 028³. В масштабах Нижегородской губернии эти цифры составили соответственно 2485 и 4860 человек⁴.

¹ Власть Советов. 1926. № 42. С. 26–27.

² О восстановлении в избирательных правах низших технических служащих тюремного ведомства, бывших полицейских (пункт «д» статьи 69 Конституции РСФСР) // СУ РСФСР. 1927. № 19, ст. 127. Отмечено, что «могут быть восстановлены в избирательных правах в порядке, указанном в пункте 19 Инструкции ВЦИК. Восстанавливались в избирательных правах по постановлению прокуратуры при условии, что указанные лица в течение не менее 5 лет занимались и общественно полезным трудом, и доказали свою лояльность к советской власти».

³ См.: Красильников С.А. На изломах социальной структуры. Москва, 1998.

⁴ См.: Беляков А.В., Смирнов С.А. Лишенцы Нижегородского края. 1918–1936 годы: монография. Нижний Новгород, 2018. С. 70.

Так, в письме во ВЦИК 9 декабря 1926 года А.В. Синяткина, уроженца с. Быковка Лысковского уезда, отмечалось: «В первые годы строительства советской власти я был лишен избирательных прав только потому, что служил в 1908 году городовым в Екатеринбурге. Был определен к категории контрреволюционеров. Это пятно морально гнетет меня, отразилось на членах моей семьи. Оно влияет на меня до сих пор, благодаря невежеству людей, посеяло веру в среде, с которой я имел общение по службе и в период Советской власти. Я осмелюсь сказать, что короткая (8 месяцев) служба в полиции не может быть причиной лишить меня гражданских прав. Я не мог влиять на ключевые решения в сильно укомплектованной полиции»¹.

Жалоба Д.И. Петропавловского в Нижгубисполком от 26 июня 1928 года представлялась и вовсе бесперспективной: «Служил в рядах нижегородской полиции в должности помощника исправника Балахнинского уезда. В 1918 году определен как «заложник на период гражданской войны». Все прошедшие 10 лет относился к Советской власти лояльно. Руководствуясь ст. 18 Инструкции о выборах прошу возбудить ходатайство перед ВЦИК через губисполком о восстановлении в избирательных правах. 4 года работал в должности делопроизводителя Балахнинского лесничества. Я сын сельского помещика с. Пятницкого Семеновского уезда. Окончил Семеновское училище. После революции работал в службе социального страхования»².

Д.И. Петропавловский рассчитывал на снисхождение ввиду распоряжения высших органов власти о помиловании в связи с выходом указа, касающегося деятельности бывших полицейских, отработавших 5 и более лет в советских организациях. Получил отказ по обращению. Дальнейшая судьба Д.И. Петропавловского нам известна. Арестован 28 августа 1937 года, приговорен НКВД к расстрелу³.

Юридической службой Нижгубисполкома по поводу жалобы граждан о восстановлении избирательных прав отмечалось, что

¹ ЦАНО. Ф. 56. Оп. 7. Д. 50. Л. 17.

² Там же. Д. 907. Л. 8.

³ См.: Политические репрессии в Нижегородской области. 1917–1953. Москва, 2017. С. 464.

«проверка применения статей 68 и 69 Конституции РСФСР 1925 года и Инструкции ВЦИК по лишению избирательных прав вверена не избиркомам, а уездным комитетам партии с утверждением этих решений губернскими исполнительными комитетами. Компетенция губисполкома – контроль применения Инструкции ВЦИК, а не определение контингента лиц, лишенных избирательных прав или имеющих возможность восстановить свои права. Такие возможности имеет только суд»¹.

Вопросами организации и деятельности избирательных комиссий занималась Всероссийская центральная избирательная комиссия. В 1929 году общая численность лишенных прав бывших полицейских в стране составила 3716 тыс. человек², и процесс не прекращался. С созданием Нижегородского края и округов определена компетенция окружных избирательных комиссий окружных исполнительных комитетов³. Численность категории «бывшие полицейские и жандармы» составила 6160 человек⁴.

Например, был в числе лишенных избирательных прав К.Н. Зарубо, бывший пристав 1 кремлевской части полиции г. Нижнего Новгорода. В ЦАНО, фонде организационного отдела Нижгубисполкома, содержится его личное дело. Родился в Гродненской губернии Кобринского уезда Верхолинской волости, д. Беясы в 1862 году. Военную службу проходил в Нижнем Новгороде. По ее завершении ему была предложена должность околоточного надзирателя в нижегородской полиции. Добросовестного сотрудника заметили, и в 1911 году он был назначен приставом. «В период февральской революции я был отпущен на свободу, так как граждане ничего против меня не имели»⁵. С 1918 года К.Н. Зарубо служил в Красной армии. В 1920–1921 годах проходил службу следователем в речной милиции Волжской области, а по ликвидации этого учреждения вернулся на прежнюю должность коменданта здания Нижегородского губвоенкомата. С ноября 1922 года шестидесятилетний К.Н. Зарубо находился на ин-

¹ ЦАНО. Ф. 56. Оп. 7. Д. 12. Л. 792–793.

² ГАРФ. Ф. 1235. Оп. 29. Д. 968. Л. 80–81.

³ Власть Советов. 1929. № 32–33. С. 17.

⁴ См. там же. С. 180.

⁵ ЦАНО. Ф. 56. Оп. 7. Д. 440. Л. 3.

валидности. И в это же время ему объявлено, что он лишен избирательных прав по спискам, представленным Государственным политическим управлением (ГПУ) по Нижегородской губернии. В 1933 году был направлен в места лишения свободы¹.

В докладной записке секретаря Президиума Центральной избирательной комиссии (ЦИК) СССР А.С. Енукидзе И.В. Сталину по вопросу о «лишенцах» 1 марта 1930 года² подчеркивалось, что в действиях местных органов власти содержатся существенные отступления от закона. Лишением гражданских прав занимались домоуправления, рабочие бригады. На домоуправления возлагалась обязанность составления списков лишенцев. Эти списки немедленно вывешивались, и лица, вошедшие в эти списки, признавались утратившими избирательные права. Утверждение этих списков районными избирательными комиссиями носило формальный характер и основано лишь на жалобах заинтересованных лиц. Не последнюю роль занимала практика сведения личных счетов с гражданами социально уязвимых категорий населения. Закон устанавливал твердый перечень прав, которых дополнительно лишались лишенцы: профсоюзного членства, права состоять в сельскохозяйственной кооперации, участвовать в руководящих и ревизионных органах потребительской кооперации.

Местные органы власти значительно расширили свои полномочия. Закон не приравнивал всех лишенцев к нетрудовой категории населения. Лишение избирательных прав само по себе не служило основанием для выселения в административном порядке. Законом не предусмотрено было лишение продовольственного пайка. Однако лишались этого пайка и дети лишенцев. Закон обеспечивал закрепление за лишенцами права застройки так же, как и за остальными гражданами. Тем не менее, на практике лишенцев выселяли из городов и лишали имеющегося у них права застройки. Детей лишенцев немедленно исключали из школ. Прекращалась выдача паев из потребительских обществ.

¹ См.: Политические репрессии в Нижегородской области. 1917–1953 / сост. А.В. Беляков, О.В. Дегтева, О.Н. Сенюткина, С.А. Смирнов. Москва, 2017. С. 458–459.

² См.: Докладная записка А.С. Енукидзе И.В. Сталину 1 марта 1930 года // ГАРФ. Ф. Р-3316. Оп. 2. Д. 918. Л. 1–13.

На основе докладной записки принято постановление Президиума ЦИК СССР «Об устранении нарушений избирательного законодательства СССР» от 20 марта 1930 года¹. На рубеже 1920–1930 годов с принятием указанного выше постановления число бывших полицейских, лишенных избирательных прав, сократилось. К январю 1929 года во вновь образуемом Нижегородском крае число бывших полицейских, ограниченных в правах, составило 2463 человека, а к январю 1930 года – 1913 человек².

В последующем число ограниченных в правах бывших полицейских в селе составило 10 446 человек, 2% от всего числа лишенцев³. В Конституции СССР 1936 года уже не было статьи, ограничивающей права отдельных социальных групп. При подсчете пострадавших за два десятилетия советской власти только в Нижегородской области оказалось их более 4 тыс. человек. Несколько десятков погибло. Таким образом, применение конституционной нормы п. «д» ст. 65 привело к серьезному злоупотреблению правом, что негативно сказалось не только на личности, но и на обществе в целом.

¹ Власть Советов. 1930. № 11. С. 20.

² ЦАНО. Ф. 2626. Оп. 2. Д. 3. Л. 75.

³ Трагедия советской деревни. Т. 4. 1934–1936. Москва, 2002. С. 347–348.

Варенцова Л.Ю.,

*кандидат исторических наук, доцент,
доцент кафедры теории и истории государства и права
Нижегородской академии МВД России*

Борьба со злоупотреблениями служителей государевых кабаков в Российском государстве в XVII веке

Под злоупотреблением правом принято понимать особый вид правового поведения, которое заключается в использовании гражданами своих прав недозволенными способами, противоречащими назначению права, приносящими вред (ущерб) человеку, обществу, государству¹. В истории российской государственности, насчитывающей почти 12 столетий, имеется множество примеров противодействия злоупотреблению правом. Наиболее ярким примером является борьба центральных органов власти со злоупотреблениями служителей государевых кабаков в Российском государстве в XVII веке, которые превышали пределы должностных полномочий, открыто руководствовались корыстными побуждениями, личным обогащением².

Актуальность статьи состоит в изучении исторического опыта российской государственности. Новизна работы обусловлена постановкой научной проблемы, введением новых исторических источников в научный оборот. Цель данной статьи – определить, каким образом пресекались злоупотребления правом в кабацком деле в России в XVII веке. Для написания статьи использовались труды известных российских историков – В.О. Ключевского³, С.Б. Веселовского⁴

¹ См.: Большой юридический словарь / под ред. А.В. Малько. Москва, 2011. С. 497.

² Юридическая энциклопедия. 2017. С. 331.

³ См.: Ключевский В.О. Русская история. Полный курс лекций: в 3 т. Ростов-на-Дону, 2000. Кн. 2.

⁴ См.: Веселовский С.Б. Из истории Московского государства в XVII веке. Москва, 2005.

Н.В. Устюгова¹, Н.Ф. Филатова². Источниковой базой послужили неопубликованная и опубликованная делопроизводственная документация, законодательные акты, воспоминания иностранцев и россиян, созданные в XVII веке. Методологическую основу работы составили системно-исторический, проблемно-хронологический, синхронический методы исследования.

В Российском государстве в XVII веке торговля хмельными напитками являлась монополией государственной казны. Кабаки носили название «государевых»³. Доходами, поступавшими от продажи напитков, ведал особый кабацкий приказ – Новая четь (четверть)⁴. Прибыль же от продажи вина, пива и медов из питейных заведений, находившихся на территории царского дома, поступала в подведомственные дворцовому управлению приказы (Большой дворец, Хлебный, Тайных дел, Новгородский дворец).

Великий русский историк В.О. Ключевский отмечал, что в конце XVII века казна получала от питейной продажи более 200 тыс. рублей⁵, что составляло фактически 1/6 от бюджета России (1 220 367 рублей)⁶, характерного для 1679–1680 годов⁷. Кабацкие доходы имели тенденцию к увеличению. Они относились к косвенным налогам Российского государства, считались окладными сборами, поскольку текущие суммы фиксировались как оклад для очередного года⁸. Кабацкие сборы являлись одним из

¹ См.: Устюгов Н.В. Финансы // Очерки истории СССР. Период феодализма XVII века / под ред. А.А. Новосельского, Н.В. Устюгова. Москва, 1955. С. 411–439.

² См.: Филатов Н.Ф. Города и посады Нижегородского Поволжья в XVII веке: История. Архитектура. Горький, 1989.

³ См.: Олгарий А. Описание путешествия в Московию / пер. с нем. А.М. Ловягина. Смоленск, 2003. С. 230.

⁴ См.: Котошихин Г.К. О России в царствование Алексея Михайловича. Москва, 2000. С. 228.

⁵ См.: Ключевский В.О. Сказания иностранцев о Московском государстве. Москва, 1991. С. 125.

⁶ См.: Россия. Энциклопедический словарь. Ленинград, 1991. С. 186.

⁷ См.: Филатов Н.Ф. Города и посады Нижегородского Поволжья в XVII веке: История. Архитектура. Горький, 1989. С. 56.

⁸ Устюгов Н.В. Финансы // Очерки истории СССР. Период феодализма XVII века / под ред. А.А. Новосельского, Н.В. Устюгова. Москва, 1955. С. 424.

самых серьезных источников, которыми «подпитывалась» московская казна¹.

Дворяне, бояре, монастырские власти имели право изготавливать хмельные напитки для своего обихода, но не на продажу. Низшие социальные категории были лишены этого права, могли покупать вино, пиво и меды только в кабаках. Лишь в исключительных случаях – в дни крестин, родин, свадеб, поминований усопших – им разрешалось приготовить для себя и гостей пиво или мед, уплатив за разрешение особую явочную пошлину. Винокурением же им запрещалось заниматься категорически².

Кабаками (питейными домами, шинками, по-старинному – кружалами) являлись универсальные питейные заведения, которые вырабатывали, продавали крепкие напитки – водку, пиво, мед, одновременно были местами их распития³. В переписной книге 1646 года значится: «В селе Лысково кабак на откуп за Иваном Григорьевым сыном Целибеевым с товарищи, а на кабацком дворе изба таможенная да три избы, одна казенная, а другая – пьющая, а третья – ярыженная (помещение, где находились ярыжки (ярыги) – прислуга для рассылки⁴), да погреб, да анбар, а под ними – ледник да анбар хлебной, да анбар казенной, да баня, да винокурня, да поварня., и погреб и анбары, и винокурня государевы»⁵. Судя по документу, кабак представлял собой целый комплекс построек.

При некоторых кабаках функционировали «винные поварни», имелись ледники, сушила, горницы, торговые амбары. Крепкие напитки продавались в кабаках оптом и в розницу. Оптовая торговля велась в винных амбарах. «Осьмушечные», «пятерошные», «корешные избы» торговали хмельными напитками в розницу. Для каждого вида торговли имелась осо-

¹ См.: *Ключевский В.О.* Русская история. Полный курс лекций: в 3 т. Ростов-на-Дону, 2000. Кн. 2. С. 327.

² См.: *Веселовский С.Б.* Из истории Московского государства в XVII веке. Москва, 2005. С. 33.

³ См.: *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка: в 12 т. Москва, 2002. Т. 4. С. 310.

⁴ См. там же. С. 409.

⁵ Российский государственный архив древних актов (РГАДА, г. Москва). Ф. 1239. Оп. 2. Д. 1520. Л. 62.

бая посуда: для оптовых покупателей использовались бочки разной емкости, ведра – «дворцовое» (на 16 кружек), «кабацкое» (8-вершковое, каждый вершок равнялся 4,5 см, а в совокупности это составляло половину аршина или 36 см¹), а также по 8, 10, 12 кружек². Для раздробительной торговли были в наличии братины – емкие сосуды для товарищеской попойки, кружки, одинарные и двойные кубки, большие стаканы – стопы, средней вместимости стаканы – достаканы, ковши – низкие овальные сосуды, чарки³.

Немецкий ученый, посол Голштинии А. Олеарий в книге «Описание путешествия в Московию» отмечал, что в российских кабаках «имеется хорошее пиво», а «великолепный и очень вкусный мед варят из малины, ежевики, вишен»⁴. По мнению иностранцев, в России водка очень хороша, а пиво вкусно и дешево⁵. Голландский путешественник Б. Койэтт писал, что «водка – любимейший напиток русских, который пьют все без различия, мужчины, женщины, лица духовного и светского звания, купцы, мещане, крестьяне, пьют ее – до, после обеда, даже целыми днями кряду..., не только пропивают свое верхнее платье, но и нижнее, даже рубашку с тела...»⁶.

Посещать кабаки мог любой человек, в питейном заведении можно было подолгу засиживаться и оставить продавцу крепких напитков весь свой заработок. Завсегдатаи кабаков в России XVII века утверждали: «Как чару пьешь – другой хочется, другую пьешь – по третьей душа горит»⁷.

¹ См.: Каменцева Е.И., Устюгов Н.В. Русская метрология. Москва, 1975. С. 89.

² См.: Варенцова Л.Ю. Городецкий государев кабак в XVII веке // Вопросы истории. 2003. № 9. С. 147.

³ См. там же.

⁴ Олеарий А. Описание путешествия в Московию / пер. с нем. А.М. Ловягина. Смоленск, 2003. С. 188.

⁵ См.: Смирнов М.И. Нижегородские казенные кабаки и кружечные дворы XVII столетия // Действия Нижегородской губернской ученой архивной комиссии. Нижний Новгород, 1913. Т. 16. Вып. 2. С. 134.

⁶ Рябцев Ю.С. Хрестоматия по истории русской культуры XVI–XVII вв. Москва, 1998. С. 327–328.

⁷ Смирнов М.И. Нижегородские казенные кабаки и кружечные дворы XVII столетия // Действия Нижегородской губернской ученой архивной комиссии. Нижний Новгород, 1913. Т. 16. Вып. 2. С. 93.

Цены на кабацкую продукцию колебались в зависимости от урожая хлеба и хмеля, устанавливались на местах, менялись по усмотрению кабацких властей¹. Со временем были установлены в Москве «указные цены», обязательные по всей России. В каждом питейном заведении велись кабацкие «черные» и «белые» книги. Прибыль в них, как правило, указывалась не в полном объеме. Не фиксировалось утаенное, долговое вино, чарочная продажа.

Кабацкие доходы пополнялись от азартных игр («зерни», карт, «яичного боя»). Игры привлекали в кабак игроков и любопытных, нередко завершались драками, спорами, ссорами. Игра в «зернь» (зернь – небольшие косточки с белыми и черными сторонами) предполагала выигрыш в зависимости от того, какой стороной они упадут при броске. В старинных кабаках зародились карточные игры «в пьяницу», «в дурака». Игнали в «яйца» – чье яйцо разобьется раньше, если их стукнуть одно о другое. В этом заключалась суть «яичного боя». В играх принимали активное участие служители питейных заведений, которые обыгрывали подвыпивших посетителей.

Неокладные доходы кабаков возрастали от «заповедных» (запрещенных, нелегальных) денег с «питухов» (пьющих людей. – Л.В.), оброков с различных торговцев – пирожников, орешников, ягодников, поставлявших на продажу в питейные заведения различные закуски.

Кабаки напрямую были связаны с корчмами – притонами пьянства и разврата, где были игры, продажные женщины, табак. Корчмы приносили огромный ущерб казне Московского государства, разоряли и развращали народ. Служители питейных заведений обогащались от продажи незаконно изготовленных корчемных напитков. Согласно Соборному уложению 1649 года, за продажу корчемного вина взимался штраф от 5 до 20 рублей (огромная сумма денег, поскольку за 5 рублей можно было купить лошадь с телегой, за 10 рублей построить небольшой дом в Москве. – Л.В.), били кнутом на торгах, продавцов сажали в тюрьму. Для покупателей корчемного вина также

¹ См.: *Смирнов М.И.* Нижегородские казенные кабаки и кружечные дворы XVII столетия // Действия Нижегородской губернской ученой архивной комиссии. Нижний Новгород, 1913. Т. 16. Вып. 2. С. 12.

предполагалось битье кнутом на торгу и тюремное заключение сроком на 1 год¹.

Местная администрация несла ответственность за деятельность служителей питейных заведений. Успешность кабацкой службы зависела от милостей воеводы, поэтому в его адрес из кабаков поступали приношения². Доставка денег в Москву велась кабацкими людьми, они направлялись в приказы не с пустыми руками, а с подарками.

Власти вели борьбу и с распространением табака в кабаках как «богомерзкого зелья» под страхом сурового наказания, вплоть до смертной казни³. По Соборному уложению 1649 года (ст. 11 гл. 25 «Указ о корчмах») за торговлю табаком продавцы отправлялись на расправу в Новую четверть, где «чинилось им наказание большое без пощады». Их могла ожидать смертная казнь, выставление дворов и имущества («животов») на продажу, передача вырученных денег в государеву казну⁴. Приводы с табаком в Новую четверть означали многократные пытки, битье кнутом на козле, вспарывание ноздрей и резанье носов, а затем ссылки в дальние города, «куда государь укажет, чтобы другим так неповадно делать было»⁵.

В организации сбора кабацкой прибыли использовалась система откупов. 6 апреля 1620 года вышел «Указ о запрещении давать на откуп кабаки московским чинам, вотчинникам и их крестьянам», по которому бояре, окольные, думные люди могли содержать кабаки только в том случае, если они даны были владельцу вместе с крестьянами⁶.

¹ См.: Соборное Уложение 1649 года // Российское законодательство X–XX вв.: в 9 т. Акты Земских соборов. Москва, 1985. Т. 3. С. 252.

² См.: *Смирнов М.И.* Нижегородские казенные кабаки и кружечные дворы XVII столетия // Действия Нижегородской губернской ученой архивной комиссии. Нижний Новгород, 1913. Т. 16. Вып. 2. С. 36.

³ См.: Законодательные акты Русского государства второй половины XVI – первой половины XVII века. Комментарии. Ленинград, 1987. С. 175.

⁴ См.: Соборное Уложение 1649 года // Российское законодательство X–XX вв.: в 9 т. Акты Земских соборов. Москва, 1985. Т. 3. С. 254.

⁵ См. там же. С. 256.

⁶ См.: 1620 года апреля 6. – Указ о запрещении давать на откуп кабаки московским чинам, вотчинникам и их крестьянам // Законодательные акты Русского государства второй половины XVI – первой половины XVII века. Ленинград, 1986. С. 101.

Откупщиками кабаков могли быть местные предприимчивые люди из числа горожан, казаков, стрельцов, дворцовых и частновладельческих крестьян. Откупное дело считалось выгодным, но рискованным, оно могло привести к разорению откупщиков. Как правило, мелкие сельские кабаки сдавались «на откуп». Откупщик обязывался заплатить оклад и «наддачу» – некоторое повышение оклада, по сравнению с предыдущим годом, приблизительно 1,5%¹.

«В селе Павлово кабак в откупу села Ворсмы за крестьянином за Федотком Кононовым с Семена дни 128 (1620. – Л.В.) по Семен же день 129 (1621. – Л.В.) г., а откупу прежнего 831 рубль 5 алтын, да новые наддачи с пошлинами 10 рублей с полтиною, и обоего откупу, и с новою наддачею, и с пошлинами 841 рубль 21 алтын 4 деньги, а заплатить откупщиком те откупные деньги по прежним срокам: половина – на Евдокеин день, а другая – на Оспожин день...»². Следовательно, откупщик назначался на год, с 1 сентября, со дня Семена-летопроводца³, а откупные деньги выплачивал на два приема в установленные даты – в первый день весны – 1 марта (день святой Евдокии) и на «Оспожин» (Госпожин) день – («Госпожой» называли Пресвятую Богородицу, чтимую в праздник Успения Божьей матери, 15 августа), все даты указаны по старому стилю⁴.

Если откупщиков не находилось, то выбирались головы и целовальники, которые присягали и целовали крест, давали клятву собирать кабацкую прибыль добросовестно. По Закону 1637 года головам и целовальникам, уличенным в воровстве и корысти, грозила «смертная казнь без всякой пощады»⁵.

В течение года они обязывались «безотлучно быть у государева дела», «за своими торгами и промыслами не ходить»⁶. Ка-

¹ См.: *Устюгов Н.В.* Финансы // Очерки истории СССР. Период феодализма XVII века / под ред. А.А. Новосельского, Н.В. Устюгова. Москва, 1955. С. 424.

² Приходо-расходные книги Московских приказов 1619–1621 гг. Москва, 1983. С. 52.

³ См.: *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка: в 12 т. Москва, 2003. Т. 11. С. 58.

⁴ См. там же. С. 13.

⁵ См.: *Ключевский В.О.* Русская история. Полный курс лекций: в 3 т. Ростов-на-Дону, 2000. Кн. 2. С. 327.

⁶ См.: Законодательные акты Русского государства второй половины XVI – первой половины XVII века. Комментарий. Ленинград, 1987. С. 159.

бацкие головы выбирались из наиболее состоятельных посадских людей, черносошных и дворцовых крестьян. «В государевых селах кабацкими головами были представители из дворцовых крестьян¹ (ст. 6 гл. IX «О мытах и о перевозех, и о мостах» Соборного уложения 1649 года). Кабацким головам помогали целовальники. Их служба была годовая, ежегодно на место прежних служителей население выбирало новых. Головы и целовальники могли заготавливать вино, подряжать подрядчиков, курить вино, варить меды и пиво самостоятельно. Городские кабаки с их большими оборотами обычно управлялись «верными» (присяжными) головами.

С окончанием годовой службы выборные добирали долговые деньги, сдавали оставшиеся от продажи хмельные напитки и кабацкое имущество новым служителям. Готовились беловые приходо-расходные книги для отправки в Москву для отчета в приказах. Приказной администрацией устанавливались размеры денежных доходов с кабаков. В качестве оклада мог служить самый большой сбор на протяжении ряда лет. Если выборным удалось достичь успехов, то они получали различные виды пожалований от государя. За небольшие приборы (суммы) выборных кормили и поили из дворцовых кладовых, за серьезные суммы кабацкой прибылью они получали в виде награды деньги, серебряные ковши, братины (чаши, используемые для пиров), сукна². В приказах прибор прибавлялся к окладу. Все следующие выборные обязывались собирать сверх старого оклада и прибора.

Таким образом, прослеживалась тенденция к возрастанию кабацких доходов в России на протяжении XVII века. За недобор средств по отношению к окладу «верным» головам приходилось держать ответ в приказах. Велось следствие. «Верным сборщикам» в приказах доверия не было. Для освобождения от взысканий они указывали, что недоборы произошли из-за неурожаев, дороговизны хлеба, поветрий, торговых застоев, различных природных катаклизмов. Иногда приказная администрация не при-

¹ См.: Соборное Уложение 1649 года // Российское законодательство X–XX вв.: в 9 т. Акты Земских соборов. Москва, 1985. Т. 3. С. 15.

² См.: *Веселовский С.Б.* Из истории Московского государства в XVII веке. Москва, 2005. С. 34.

нимала объяснений по поводу малых кабацких прибылей, и недостачу платила вся община вместе со своими избранныками¹.

По предложению патриарха Никона с целью улучшения нравственного состояния российского общества в 1652 году в России была проведена кабацкая реформа. Это нововведение было обусловлено и личными убеждениями патриарха Никона как трезвенника, и реакцией на старообрядческое движение, которое выступало с протестом против извлечения винных прибылей откупщиками и государством².

Кабаки упразднялись, вместо них в городах и крупных селах вводились кружечные дворы для торговли хмельными напитками на вынос. В кружечных дворах не допускалось распитие вина. Его выносили на продажу в ведрах, кружках, чарках. Ночная торговля была прекращена. Более одной чарки в руки не продавалось. Не случайно новый вид питейного заведения прозвали «чарочным двором». Пресекались уличное пьянство и скопление народа. Запрещались азартные игры. «Ярыжникам и бражникам, и зернщикам – никому на кружечных дворах не быть»³.

Устанавливались сроки, дни и часы торговли. Во времена Великого и Успенского постов, а также в среды и пятницы, по воскресным дням в течение всего года кружечные дворы были закрыты. Сократились объемы продажи водки, пива и меда. Кружечные дворы возглавлялись «верными головами» и целовальниками, брались «на откуп»⁴. В Московском государстве было более 1000 кружечных дворов⁵. По реформе 1652 года потребление казенного вина сократилось, государственные доходы от винной монополии уменьшились. Выиграла народная трезвость.

¹ См.: *Веселовский С.Б.* Из истории Московского государства в XVII веке. Москва, 2005. С. 35.

² См.: *Варенцова Л.Ю.* Кружечные дворы // *Экономическая история России с древнейших времен до 1917 года. Энциклопедия.* Москва, 2008. Т. 1. С. 1161.

³ *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка: в 12 т. Москва, 2003. Т. 12. С. 409.

⁴ См.: *Котошихин Г.К.* О России в царствование Алексея Михайловича. Москва, 2000. С. 228.

⁵ См.: *Ключевский В.О.* Сказания иностранцев о Московском государстве. Москва, 1991. С. 125.

Таким образом, кабацкое дело в России XVII века находилось под контролем центральных и местных властей. Российское законодательство пресекало злоупотребления кабацких служителей. Вводилась система жестких наказаний за незаконную торговлю табаком, корчемным вином, за стремление к незаконному обогащению, воровству, недобросовестному выполнению своих обязанностей. Использовались штрафы и телесные наказания, тюремное заключение и смертная казнь. Под жесткий контроль были взяты цены на крепкие напитки, документация, размеры прибыли, установлены сроки для поступления денег в Москву. Служение откупщиков, «верных голов» и целовальников ограничивалось только одним годом. Для них вводилась личная финансовая ответственность за нерадивое выполнение своих обязанностей. Недоборы могли собираться с посадских и сельских общин, избравших несерьезных и корыстолюбивых кабатчиков. В то же время щедро вознаграждались лица, радевшие за кабацкое дело. Вершиной противодействия злоупотреблением правом служителей питейных заведений стала кабацкая реформа 1652 года. Тем не менее, желание наживы у служителей российских государевых кабаков было сильнее чувства страха.

Васильев П.В.,

кандидат юридических наук, заместитель начальника кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

**О возможностях критериального подхода
к изучению юридических явлений
(на примере понимания злоупотребления правом)**

Указывая на значимость методологии для научного познания, М. Борн писал: «Я убежден, что в науке нет философской столбовой дороги с гносеологическими указателями. Нет, мы находимся в джунглях и отыскиваем свой путь посредством проб, ошибок, строя свою дорогу позади себя по мере того, как мы продвинулись вперед»¹. Несмотря на отнесение методологической проблематики к предметно-объектной области научной специальности 12.00.01 – Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве, в настоящее время она разработана слабо. При этом методология критериального подхода отечественной юридической наукой практически не разрабатывается. Отдельные достижения в этой области существуют в форме множества несистематизированного и весьма противоречивого знания. Тем не менее, гносеологические возможности критериального подхода к изучению юридических явлений, то есть его способности обеспечивать получение обоснованного, субъективно и объективно нового знания, весьма велики.

Отсутствие в изученной нами литературе дефиниции как самого критериального подхода в целом, так и отдельных его компонентов обуславливает необходимость введения соответствующих авторских дефиниций.

¹ Борн М. Эксперимент и теория в физике // Успехи физических наук. 1958. Т. 66. Вып. 3. С. 374.

Критериальный подход к изучению юридических явлений в данной статье представлен как структурный компонент парадигмы метода научного исследования, функционально предназначенный для *осуществления выбора направления познавательного процесса* при решении научной юридической проблемы посредством установления юридических критериев. В связи с невозможностью обстоятельного пояснения в формате данной научной статьи роли критериального подхода в структуре используемых методов классификации множеств, классификации единичных явлений, идентификации и некоторых других мы не станем отдельно указывать используемые методы, ограничиваясь только пояснением гносеологического потенциала самого критериального подхода. Сущность последнего составляет методология юридически значимого выбора, осуществляемого посредством использования юридических критериев как средств установления сходств и различий в изучаемых явлениях.

Ранее применительно к отдельным проблемам нами давались различные определения юридических критериев. Представленные формулировки не ошибочны, но не оптимальны для целей совершенствования критериального подхода к изучению юридических явлений. В настоящей статье юридический критерий представлен как гносеологический инструмент, *позволяющий однозначно и безусловно различать юридические явления*. Отметим, что множественные попытки рассмотрения критерия как признака¹ с точки зрения критериального подхода некорректны. *Признак*, понимаемый как часть содержания понятия о явлении, *отражающая какое-либо свойство последнего*, предназначен только для признания, то есть для установления сходства явлений в каких-либо их общих свойствах. С гносеологической точки зрения признак ничего другого позволить не может.

Отступление от методологии оперирования признаками способно породить существенные заблуждения, так как различные по своей сущности явления могут обладать одинаковыми свой-

¹ См.: Критерии в праве: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Всероссийской научно-практической конференции (Нижний Новгород, 24–25 мая 2018 года) / под общ. ред. В.А. Толстика, П.В. Васильева. Нижний Новгород, 2018.

ствами. Отражаясь в сознании познающего субъекта, данные свойства способны породить существенные заблуждения отождествления и соответствующие им псевдопроблемы, когда различные по своей природе явления получают одинаковые наименования. Полагаем, что именно так возникла псевдопроблема понимания злоупотребления правом. Для осуществления гносеологической операции различения признак необходимо преобразовать в критерий, то есть инструмент, позволяющий *одновременно* как устанавливать сходства (операция отождествления), так и различия (операция различения) в явлениях объективной юридической реальности. *Такое преобразование часто осуществляется имплицитно, а познающий субъект не замечает, что оперирует не признаком, а критерием.* Отметим, что уподобление двух самостоятельных гносеологических действий – отождествление и различение – считаем методологически несостоятельным. Иными словами, признак как составная часть содержания понятия позволяет только устанавливать сходство, для определения различия необходим критерий, состоящий из двух (бинарный критерий) или более простых признаков (полигональный критерий). Используя аналогию, отметим, что бинарный критерий подобен клинку ножа, имеющему две грани – два признака, с помощью которых одновременно, то есть в одном познавательном акте, осуществляется разделение множества явлений на части (в используемой аналогии это разрезание). В познавательном акте все стороны критерия (входящие в него признаки) работают одновременно, отражая как сходства, так и различия. Данная одновременность часто незаметна, так как сознание познающего субъекта отражает работу признаков в составе критерия последовательно. Это обстоятельство не позволяет неподготовленному сознанию увидеть реальный познавательный процесс и обуславливает достаточно распространенное имплицитное использование критериев, ошибочно именуемых признаками.

Важно отметить, что если свойства явлений получают отражение в одном из признаков критерия и одновременно не получают его в другом (в множестве других признаков при использовании полигональных критериев), то можно делать вывод об осуществлении гносеологической операции различения. Критерий будет нерелевантным объекту как минимум в двух случаях.

Во-первых, если свойство объекта отражается одновременно не в одной, а в нескольких признаках критерия. В этом случае возникает гносеологическая ситуация ложных классов, каждый из которых вбирает в себя предмет познания. Во-вторых, если свойства объекта вообще не находят отражение ни в одном из простых признаков критерия. В этом случае возникает нулевой гносеологический результат.

Таким образом, критериальный подход предполагает установление и использование таких критериев, которые позволяют *одновременно* как отражать существенные для цели познания свойства предмета, так и определять оставляемые вне фокуса внимания познающего субъекта другие его свойства, создавая этим основу для обоснованного гносеологического выбора.

Одно из самых существенных затруднений при использовании критериального подхода состоит во *внешней заданности ценности критериев*. С этой точки зрения критериальный подход напоминает юридический позитивизм, который в классическом варианте сам по себе игнорирует нравственные обоснования права. Иными словами, *ценность критерия должна обосновываться отдельно от использования критериального подхода к познанию юридических явлений, а его функциональность, напротив, – в рамках данного подхода*.

Проблема понимания злоупотребления правом в краткой форме может быть сформулирована вопросом: что представляет собой злоупотребление субъективным юридическим правом?

Отметим несколько парадигмальных аспектов. Право в объективном смысле в настоящей статье представлено исключительно в позитивистском понимании. Ни о каких злоупотреблениях естественными правами речь не идет. В субъективном измерении право понимается как субъективное юридическое право, то есть гарантируемая государством мера возможного поведения лица, имеющего ее в своем правовом статусе, реализация которой обеспечена исполнением корреспондирующей активной или пассивной юридической обязанности другого лица (других лиц), включая возможность задействования механизма государственного принуждения.

Псевдопроблема, по нашему мнению, представляет собой гносеологическую ситуацию наличия познавательных затрудне-

ний, существующих исключительно в субъективной реальности познающего лица и отсутствующих в реальных общественных отношениях.

Установление природы злоупотребления правом посредством использования критериального подхода предполагает осуществление классифицирования юридически значимого поведения (правовое поведение) субъектов права по тем критериям, которые позволяют *последовательно* подойти к пониманию всех проблемных аспектов сущности явления.

По бинарному критерию *правомерности/неправомерности* юридически значимое поведение способно быть либо правомерным, либо неправомерным. Далее возникает закономерный вопрос: в каком из предметных множеств следует искать злоупотребление правом? Ответ на него получаем посредством определения критерия, позволяющего отразить свойства изучаемого явления только в одном из предметных множеств, одновременно исключая такое отражение в другом.

В науке обозначены ситуации правомерного злоупотребления правами¹. Представленные аргументы, по мнению автора, достаточны для обоснованного использования термина «злоупотребление правом» и для обозначения целого ряда случаев, хотя и правомерного, но социально вредного поведения.

Избранная позитивистская парадигма правопонимания заставляет обратиться к текстам нормативных правовых предписаний. Статья 52 Конституции Российской Федерации устанавливает, что права потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью охраняются законом.

Если власть понимать в формально-юридическом смысле как основанную на текстах источников права возможность субъектов политического управления принимать юридически значимые решения и (или) совершать юридически значимые действия в одностороннем порядке, в том числе без учета мнения адресатов, то злоупотребление властью вполне допустимо рассматривать как злоупотребление субъективным юридическим правом на принятие

¹ См.: Орлов Д.В. Институт юридической ответственности за избирательные правонарушения в современной России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007. С. 27.

юридически значимых решений субъектом политической власти. В этой связи отметим, что в самой Конституции Российской Федерации присутствуют важные нормы, ограничивающие фактическую возможность злоупотреблять правами. Одной из них можно считать ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации. Часть 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), устанавливая пределы осуществления гражданских прав, прямо запрещает злоупотребление правом. Статья 285 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ) устанавливает уголовную ответственность за злоупотребление должностными полномочиями.

Указанные источники представляют нам злоупотребление правом исключительно как неправомерное поведение. Этого достаточно (закон достаточного основания) для вывода об отнесении изучаемого феномена ко множеству *неправомерного юридически значимого поведения*.

Таким образом, можем сделать промежуточный вывод о том, что термин «злоупотребление правом» обозначает два несовместимых по критерию правомерности/неправомерности вида юридически значимого поведения – правомерного и неправомерного.

Однако множество неправомерного юридически значимого поведения также неоднородно. Например, за совершение некоторых неправомерных деяний возникает юридическая ответственность (правонарушения), а за другие – нет (*ненаказуемое неправомерное поведение*).

Действительно, юридическая реальность знает случаи, когда формально неправомерное поведение не влечет правовых последствий юридической ответственности в негативном ее понимании. Это ситуации управления транспортным средством со скоростью, свыше допустимой Правилами дорожного движения, но при этом само превышение не более 20 км/ч; однократное нарушение сотрудником органов внутренних дел предписаний нормативных правовых актов, регламентирующих правила прохождения итоговых занятий по физической подготовке в части выполнения боевых приемов борьбы, а также множество иных случаев юридически значимого поведения, формально не обладающего свойствами соответствия предписаниям источников права, но не являющихся юридическими фактами для возникновения правовых последствий негативной юридической ответственности.

Таким образом, возникает вопрос: по бинарному критерию *наказуемости/ненаказуемости* злоупотребление правом относится к правонарушениям или к ненаказуемым неправомерным деяниям? Приведенные выше статьи УК РФ и ГК РФ позволяют отнести злоупотребление правом исключительно к правонарушениям, так как содержат указания на санкции в форме уголовного наказания (ст. 285 УК РФ), отказа лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично (п. 2 ст. 10 ГК РФ), возмещения причиненных убытков (п. 4 ст. 10 ГК РФ) и применения иных мер, предусмотренных законом (п. 2 ст. 10 ГК РФ).

Однако изучение других нормативных правовых предписаний позволяет сделать совершенно противоположный вывод и отнести злоупотребление правом к множеству ненаказуемых неправомерных деяний. Это, прежде всего, положения Конституции Российской Федерации. Упомянутая ранее ст. 55, устанавливая в ч. 1 правило о недопущении толкования перечисленных в тексте Конституции Российской Федерации основных прав и свобод как отрицание или умаление других общепризнанных прав и свобод, а в ч. 2 вводя запрет на издание законов, отменяющих или умаляющих права и свободы человека и гражданина, в принципе не содержит указаний на какие-либо негативные санкции за указанные действия (регулятивный запрет). Это позволяет нам отнести злоупотребление правом к множеству ненаказуемых неправомерных деяний.

Таким образом, мы получаем *ситуацию, в которой доказавшие свою состоятельность на практике критерии правомерности/неправомерности, наказуемости/ненаказуемости деяния применительно к злоупотреблению правом не работают*. Учитывая формальную и фактическую обоснованность указанных критериев наукой и практикой, можно сделать только один вывод – *на этапе создания правовых норм были допущены юридико-технические ошибки, выразившиеся в игнорировании методологии критериального подхода*. На доктринальном уровне это повлекло возникновение юридической псевдопроблемы понимания злоупотребления правом, а на практическом – возникновение пробела в праве (правотворческая практика) и социально вредного неправомерного и (или) ненаказуемого поведения (правореализационная практика).

Характер псевдопроблемы обусловлен тем, что непонимание юридической природы явления существует в сознании только тех

познающих субъектов, которые не применяют критериальный подход для различения существующих и выдуманных проблем. В данном случае проблема «понимания» злоупотребления правом не отражает реального явления, которое в позитивистской парадигме просто не существует, а представляет собой следствие технического дефекта, именуемого пробелом в праве. Данный пробел есть по существу отсутствие правовых норм, устанавливающих юридические санкции (санкционные правовые последствия) за антисоциальные неправомерные деяния.

В этом смысле мы готовы согласиться с тем, что существует юридически значимое поведение, которое формально отдельными нормами недопустимо, но фактически не влечет правовых последствий юридической ответственности. Это юридикотехнический аспект, который может быть оценен как пробел в праве, «мертворожденные» нормы или как-то иначе. С социальной точки зрения такое поведение часто существенно вредит интересам субъектов права. Последний аспект проблемы выходит далеко за рамки позитивистской парадигмы правопонимания, классической юридической науки и принадлежит к объектно-предметной области этики или государственной политики.

Таким образом, полагаем, что научной юридической проблемы понимания злоупотребления правом в позитивистской парадигме не существует. Это псевдопроблема, обусловленная юридикотехническими недостатками правотворческой работы. Однако сами явления, существующие как юридически значимые формально одобряемые, но социально порицаемые поведенческие акты и их результаты, в объективной юридической реальности присутствуют. На это указывают как предписания приведенных и других норм права, так и многочисленная правореализационная практика. Концептуализируя методологическую базу для дальнейших исследований по тематике конференции, полагаем возможным утверждать, что *противодействие злоупотреблению правом необходимо осуществлять на основе методов восполнения или преодоления пробелов, коллизий или иных юридикотехнических недостатков, а не как отдельное от них явление.*

Также отметим, что по критерию качества гносеологического результата последний может быть как отрицательным (опровержение тезиса, отрицательный ответ, в данном случае на

вопрос о наличии научной юридической проблемы злоупотребления правом), так и *положительным* (утвердительный ответ на вопрос о проблемных аспектах понимания явления). Возможно-сти критериального подхода к изучению юридических явлений по обеспечению положительного гносеологического результата на примере злоупотреблений правом могут быть продемонстрированы следующим образом.

Осуществляя редукцию указанной проблематики к самым основам, зададим критериальный вопрос: что представляет собой *злоупотребление правом как неправомерное поведение – процесс или результат?*

В объективной юридической реальности можно наблюдать источники права, различные акты-документы по реализации их предписаний, объективированные вне сознания человека результаты научной юридической работы и прочие овеществленные явления. Ученые достаточно успешно формируют понятия о таких явлениях, классифицируют их, определяют функции и раскрывают иные аспекты их содержания и формы. Такие явления названы С.С. Алексеевым субстанциональными¹.

Развивая мысли указанного ученого, полагаем возможным сформулировать определение *субстанциональности правовых явлений как основополагающей сущностной способности сохранять качественно-количественную неизменность на протяжении всего времени существования в объективной юридической реальности*. Субстанциональностью обладают такие явления, как правовые нормы, так как состоят из определенного количества слов, распространяют свое действие на индивидуально неопределенных лиц, рассчитаны на реализацию во времени (по общему правилу – начиная с даты обретения силы и прекращая моментом ее утраты) и т. д. Отметим, что по этой причине некорректно говорить о том, что правовые нормы *постоянно* меняются. Это далеко не так, они способны претерпевать изменения, но не постоянно, а скачкообразно. При этом нормы могут вообще не претерпевать никаких изменений на протяжении столетий (Законы Хаммурапи, Законы Ману).

Другим очевидно субстанциональным явлением можно считать юридический факт. Дело в том, что если он наступил, то уже

¹ См.: Алексеев С.С. Теория права. Москва, 1995. С. 218–220.

не утрачивает своих пространственных или временных юридических характеристик, за исключением отдельных случаев пересмотра дел по новым или вновь открывшимся обстоятельствам и некоторым другим причинам.

Таким образом, субстанциональные юридические явления, существуя в объективной юридической реальности, некоторое продолжительное время являются одними и теми же. Это не противоречит тому эмпирическому факту, что норма права может претерпевать изменения. Однако в период своего существования в форме нормативно-правового текста во временных интервалах как до, так и после изменений она четко сохраняет свою текстуальную и юридическую качественно-количественную неизменность.

К субстанциональным явлениям мы полагаем возможным отнести правоотношения, юридические документы, технические средства (жезл регулировщика, форменное обмундирование сотрудника полиции и др.), а также правосознание, свойства которого с помощью временного критерия характеризуются стабильностью и поддаются диагностике¹.

Однако по критерию *постоянной изменчивости/неизменности во времени* в объективной юридической реальности можно выделить не только субстанциональные явления. Существенной частью указанной реальности можно считать функции права, функции государства, различные процессуальные или процедурные действия и другие явления, которые мы обозначаем термином «динамические».

К таковым относим явления, существующие в объективной юридической реальности только в форме постоянного изменения. Прекращая претерпевать изменения, такие явления сами перестают существовать.

Изучение доступной научной литературы не позволило обнаружить термин, более подходящий для обозначения таких явлений, нежели «динамические». Не предлагал его и С.С. Алексеев.

Термин «динамические юридические явления» (как синонимичные варианты «динамические правовые явления», «динамические явления юридической реальности», «динамические юри-

¹ См.: Поляков С.Б. Диагностика правосознания правоприменителей: учебное пособие. Пермь, 2017.

дические феномены» и т. п.) представляется достаточно удачно *отражающим саму постоянную изменчивость таких явлений и позволяет избежать ложного отождествления их с субстанциональными.*

В правореализационной юридической практике к динамическим следует относить различные юридически значимые действия: следственный осмотр существует только как система действий компетентного лица по накоплению и документированию информации об объекте¹. Также динамическими можно считать процессы заключения договоров, согласование юридически значимых действий и др.

Сказанное позволяет заключить, что *динамические явления в объективной юридической реальности возникают и существуют только как юридически (но не обязательно фактически) непрерывные изменения количества получаемой юридически значимой информации.*

Таким образом, осуществленная редукция к основам явлений объективной юридической реальности показывает наличие двух типов явлений (по критерию субстанциональности/динамичности) – это субстанциональные явления, способные сохранять свою качественно-количественную неизменность во все время своего существования, и динамические – существующие только в форме постоянного изменения количества юридически значимой информации.

Что же в этом смысле представляет собой злоупотребление правом – процесс юридически значимого поведения (динамическое явление) или результат (юридический факт как субстанциональное явление)?

Полагаем, что *злоупотребление правом, исходя из самого наименования феномена, есть динамическое явление, которое начинает свое существование в момент юридически определяемого правомерного или неправомерного наказуемого или ненаказуемого поведения и прекращает его с пресечением или добровольным отказом от продолжения.*

¹ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ. Гл. 24 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 52, ч. I, ст. 4921.

Однако наступившее изменение правового статуса лица, совершившего злоупотребление правом, имеет место отдельно от самого злоупотребления правом и является юридическим фактом-состоянием (субстанциональное явление).

Таким образом, критериальный подход позволяет сделать вывод о том, что какого-либо юридически единого, самостоятельно существующего явления, обозначаемого термином «злоупотребление правом», реально не существует. Можно говорить лишь о наличии множества существенно различных субстанциональных и динамических явлений.

С этой точки зрения методология противодействия им должна включать два типа методов: во-первых, невелирование субстанциональных изменений в правовых статусах субъектов данного правового поведения и пострадавших лиц, во-вторых, пресечение самой деятельности, именуемой указанным термином. Полагаем, что это потребует специальных теоретико-правовых и отраслевых исследований изучаемой проблематики.

Подводя итоги сказанному, отметим, что гносеологические возможности критериального подхода к изучению юридических явлений позволяют:

- определить существующее в практике злоупотребление правом исключительно как правореализационное следствие пробела в праве, последовательно идентифицировать такие явления по критерию допустимости/недопустимости юридически значимого поведения и устранить пробелы в праве, вводя соответствующие правовые санкции;

- обеспечить необходимую для результативного решения четкость формулирования юридической проблемы таким образом, чтобы появилась возможность соотнести ее с юридическим критерием (системой таких критериев), позволяющем ее снять;

- разграничить проблемы, существующие в объективной юридической реальности, и псевдопроблемы, порожденные непониманием и игнорированием методологии критериального подхода;

- сформулировать сами критерии, позволяющие результативно решить юридические проблемы, обеспечивая этим прирост научного знания о юридической реальности.

Выборнов А.Ю.,

кандидат исторических наук, член-корреспондент общества «Нижегородский краевед»

Злоупотребление правом на Нижегородской ярмарке во второй половине XIX – начале XX века

Проблема злоупотребления правом, существующая на протяжении всей истории частного права, до сих пор не разрешена. Это связано во многом с отсутствием единого взгляда в отечественном правоведении на понятие «злоупотребления». В данной статье мы будем руководствоваться позицией Верховного Суда Российской Федерации, согласно которой под злоупотреблением правом понимается ситуация, когда лицо действует в пределах предоставленных ему прав, но недозволенным способом. Из этого следует, что каждое право должно иметь свои пределы, в противном случае происходит нарушение прав других лиц.

Обратимся к опыту России второй половины XIX – начала XX века, когда в рамках самодержавия шел сложный и противоречивый процесс становления правового государства. Данный процесс рассмотрим на примере смешанной системы управления Нижегородской ярмаркой, с одной стороны, государства – в лице нижегородского губернатора, с другой – органов ярмарочного самоуправления – ярмарочного комитета и собрания ярмарочных уполномоченных. Злоупотребления правом здесь особенно ярко проявлялись в системе взаимоотношений правительственных органов власти и органов ярмарочного самоуправления.

Нижегородская ярмарка (переведена из Макарьева к Нижнему Новгороду в 1817 году) была расположена на стрелище Волги и Оки (721 дес.) и фактически была самостоятельным городом, хотя административно относилась к Нижегородскому уезду. К началу XX века Нижегородская ярмарка представляла собой целый город европейского типа с мощными улицами и площадями (улиц

было более 30, площадей – 10), бульварами, скверами и садами, освещенными электрическими фонарями. На ее территории находилось около семи тысяч магазинов и лавок с водопроводом и канализацией, театр на 1600 мест, цирк и ипподром, 4 культовых сооружения (2 православных собора, армянская церковь и мечеть).

Ярмарка ежегодно проходила с 15 июля до 25 августа, ее посещали в общей сложности до 2 млн человек. Ценность привоза русских и иностранных товаров на ярмарку к концу XIX века (до 250 млн рублей) составляла почти половину всего ярмарочного оборота страны и 1/22 часть всего внутреннего товарооборота¹.

Начальником ярмарки был нижегородский губернатор. Являясь представителем правительства, губернатор играл роль посредника в отношениях между верховной властью (министерством внутренних дел и министерством финансов) и купечеством, «имел высшее на месте наблюдение за порядком по всем частям ярмарочного управления»². Во время проведения ярмарки губернатор переселялся в квартиру, специально для него устроенную в главном доме.

В периоды обострения политической обстановки в стране на Нижегородскую ярмарку присылались временные генерал-губернаторы, наделенные чрезвычайными полномочиями. Они могли издавать обязательные постановления для торгующих на Нижегородской ярмарке, которые приравнялись к закону. Первым из них был В.Ф. фон дер Лауниц, назначенный на этот пост в 1862 году. Его сменил Н.А. Огарев, который управлял ярмаркой с 1863 по 1866 год. В 1879–1880 годах, в связи с террористической деятельностью народовольцев, было вновь учреждено в Нижнем генерал-губернаторство. На этот пост был назначен граф Н.П. Игнатьев³. В революционные 1905–1906 годы генерал-губернаторами были П.Ф. Унтербергер и барон К.Ф. Фредерикс.

Особенно на этом посту «прославился» генерал-губернатор Н.А. Огарев. Его политика была следствием общей политики от-

¹ См.: *Богородицкая Н.А.* Нижегородская ярмарка – карман России. Нижний Новгород, 2008. С. 49–50.

² *Мельников А.П.* Очерки бытовой истории Нижегородской ярмарки. Нижний Новгород, 1917. С. 121.

³ См. там же.

кровенной реакции царизма после покушения Д. Карокозова на Александра II. Широко пользуясь своими полномочиями, он не останавливался перед смертными приговорами, даже за недоказанные попытки поджога ярмарки, и обеспечивал административный порядок – без суда и следствия, чуть ли не ежедневно высылал под конвоем несколько человек¹.

Известна также его негативная политика по отношению к ярмарочному комитету – органу ярмарочного самоуправления. В ответ на ходатайства ярмарочного купечества в 1864 году о передаче гостиного двора вместе с землей в собственность нижегородский генерал-губернатор Н.А. Огарев отмечал, что «...вслед за переходом ярмарочных помещений в частную собственность на первую очередь становится вопрос о самоуправлении...», что (он) находит неудобным»².

Губернаторский контроль граничил с мелочной опекой. Вот как Огарев объяснял ярмарочным торговцам сущность своих распоряжений в отношении всероссийского торжища: «Его Превосходительство, г. Начальник губернии, не может понять, почему торгующее на ярмарке сословие не хочет сознавать, что все распоряжения Правительства клонятся к его же собственной безопасности. Его Превосходительство не хотел бы прибегать к мерам полиции»³.

Рвение Огарева достигло своего апогея в его приказе от 22 июля 1866 года, в котором предписывалось задерживать всех женщин со стриженными волосами, носивших синие очки и ходивших без кринолинов. В случае отказа переменить «нигилистический» костюм на более приличный предписывал выселять их из пределов губернии и отдавать под надзор полиции⁴. Циркуляр Огарева вызвал к себе не только резко отрицательное отношение в Нижнем Новгороде, но и во всей России. Герценовский «Колокол» назвал действия Огарева «скотской и позорной мерой»⁵.

¹ См.: *Мельников А.П.* Очерки бытовой истории Нижегородской ярмарки. Нижний Новгород, 1917. С. 121.

² ЦАНО. Ф. 1397. Оп. 1. Д. 49. С. 89.

³ См. там же. Ф. 472. Оп. 287. Д. 5. С. 111–112.

⁴ См.: *Мельников А.П.* Очерки бытовой истории Нижегородской ярмарки. Нижний Новгород, 1917. С. 103.

⁵ См.: Колокол. 1867. 1 января. Л. 231–232.

В то же время следует отметить, что 1860-е годы в жизни Нижегородской ярмарки были ознаменованы не только усилением диктата и злоупотреблений правом со стороны правящих кругов в лице ее начальников – нижегородских губернаторов, но и решением целого ряда хозяйственных и экономических проблем торгово-промышленного класса, представленного на Нижегородской ярмарке. В частности, именно в это время ярмарочные торговцы получили право выкупа в частную собственность своих лавок, в 1868 году в результате ходатайства московских мануфактуристов был издан протекционистский тариф. Самое же главное, в 1864 году появились первые постоянные правила для Нижегородской ярмарки, которые на законодательном уровне оформили ярмарочный комитет-орган ярмарочного самоуправления с его правом решения хозяйственных вопросов. В 1866 году появляется еще один орган ярмарочного самоуправления – собрание ярмарочных уполномоченных, состоявшее из 150 выборных от купечества представителей (этот орган был закреплён в ярмарочных правилах 1888 года). Собрание ярмарочных уполномоченных и ярмарочный комитет в своей деятельности фактически играли роль городской думы и городской управы.

Более всего по времени руководил ярмаркой Н.М. Баранов – 15 лет (1882–1897), хотя обычный губернаторский срок длился не более 5 лет. Баранов – типичный для своего времени губернатор из числа тех, о ком известный историк П.А. Зайончковский писал: «прикрываясь этим положением (об усиленной охране), они творили буквально беззаконие»¹.

Баранов не был генерал-губернатором, но негласно пользовался широкими полномочиями, данными этому титулу. Баранов часто применял карательные меры: только за проведение ярмарки в 1884 году им было арестовано и оштрафовано 183 человека.

Каждый год на ярмарке оглашались грозные приказы, в которых губернатор предупреждает: «заранее считаю нужным предупредить, что и впредь не обеспокоюсь принятием самых крутых мер для поддержания порядка». При этом часто злоупотреблял правом.

¹ Зайончковский П.А. Российское самодержавие в конце XIX столетия. Москва, 1970. С. 39–40.

Нижегородскому губернатору ярмарка обязана уникальным внесудебным учреждением — «камерой судебно-полицейских разбирательств»; в качестве судьи, прокурора и адвоката в одном лице здесь выступал помощник полицмейстера Косткин, творивший суд быстрый и неформальный¹. Ради поддержания порядка губернатор не считал большим преступлением идти на нарушение закона, он даже бравировал этим: в докладе 1889 года в МВД смиренно признается, что осуществил три «не вполне законные меры»².

Баранов нередко отстранял ярмарочный комитет от выполнения его прямых обязанностей, закрепленных в правилах ярмарки 1888 года. Так, губернатор взял в свои руки строительство главного ярмарочного дома (1889–1890), перешедшего в 1888 году в собственность ярмарочного купечества. Губернатор не гнушался прибегать к телесным наказаниям (не только для крестьян) и делал это совершенно открыто, издавая по каждому случаю приказы, которые печатались в газетах³. Баранов следующим образом объяснял необходимость телесных наказаний: «народная молва бесконечно увеличивает случаи наказания, вселяет в народ убеждение в неизбежности скорой кары за буйство и тому подобные проступки»⁴.

Имея склонность к саморекламе, Баранов был неистощим: занимался даже исправлением нравов. На ярмарке было устроено учреждение, вроде вытрезвителя. Всякому попавшему туда для профилактики от пьянства, согласно новейшему (сомнительному) медицинскому открытию, вводили под кожу небольшую дозу стрихнина. Поскольку слухи о противоалкогольных мерах должны были приобретать в прессе (по Баранову) фантастический характер, то пьяница должен был задуматься, прежде чем пропить последний рубль. Указанной процедуре в период работы ярмарки в 1887 году подверглись 1479 человек⁵.

¹ См.: ЦГИА. Ф. 1263. Оп. 1. Д. 4709. Л. 337.

² См. там же.

³ См.: Мельников А.П. Очерки бытовой истории Нижегородской ярмарки. Н. Новгород, 1917. С. 164. К началу XX века в России остались розги как наказание для крестьян по приговору волостных судов.

⁴ ЦГИА. Ф. 1263. Оп. 1. Д. 4777. Л. 982–984.

⁵ См. там же. Ф. 1263. Оп. 1. Д. 4709. Л. 537.

Деятельность Н.М. Баранова полностью соответствовала «патриархальной политике» Александра III: административный произвол, усиление полицейской бюрократии и в то же время максимальный учет экономических интересов и запросов предпринимателей. Н.М. Баранов особенно много сделал для благоустройства и охраны внутреннего порядка ярмарки. Большое внимание он уделял полицейскому надзору. При нем впервые на ярмарку стали командироваться чины петербургской и московской полиции и впервые за многие годы благодаря принимаемым мерам воцарился порядок: можно было появиться в Кунавино ночью без револьвера.

Выражая интересы торгово-промышленной буржуазии, в своих отчетах в МВД Баранов пишет о необходимости ликвидации порто-франко во Владивостоке, увеличения пошлин на иностранный металл, понижении пошлин на некоторые химикаты, углублении русла реки Волги и т. д. Не обходит Баранов и встречающиеся на ярмарке хозяйственные затруднения: когда нижегородское земство отказывается в самый разгар ярмарки содержать ярмарочную больницу, он дает земской управе «5 дней на размышление», а потом своей властью разрешает конфликт.

При активном участии Баранова на Нижегородской ярмарке происходят большие события: в 1888 году принимаются новые ярмарочные правила, расширяющие права ярмарочного самоуправления (право обращаться напрямую в МВД с ходатайствами не только о нуждах ярмарки, но и нуждах всероссийской промышленности и торговли), в 1890 году в самые короткие сроки (9 месяцев) строится новый главный ярмарочный дом, проводится благоустройство территории ярмарки к XVI Всероссийской промышленной и художественной выставке 1896 года.

Благодаря посредничеству губернатора Н.М. Баранова Нижегородскую ярмарку посещают высшие лица государства, среди которых был министр финансов И.А. Вышнеградский. В 1886 и 1888 годах ярмарочное купечество от имени всероссийской торгово-промышленной буржуазии подает ему программного содержания записки по вопросам экономической политики государства в целом. Результатом требований купечества стало образование в 1887 году еврейской комиссии в целях ограничения притока евреев на ярмарку. При этом использовался закон, запрещающий евреям

селиться в сельской местности¹ (территориально Нижегородская ярмарка находилась в Нижегородском уезде). Главная же цель этой комиссии – оградить московских текстильных фабрикантов от нежелательной конкуренции со стороны Лодзинской текстильной промышленности, коммерсантами которой были евреи. В 1891 году был принят строгий протекционистский тариф на ввоз в Россию целого ряда иностранных товаров².

В начале XX века положение Нижегородской ярмарки в экономике России меняется – из «текстильной» она превращается в «сырьевую». Ярмарочная форма торговли с развитием железнодорожного транспорта, почты и телеграфа уступает биржевой форме. На ярмарке начинает преобладать провинциальная торгово-промышленная буржуазия, не способная ставить вопросы такого масштаба, как московская буржуазия. Однако ярмарка продолжала играть еще значительную роль как в экономике России, так и в жизни буржуазии. Об этом свидетельствуют события 1910–1913 годов, когда ярмарка стала для нее ареной конфронтации с самодержавием, пытавшемся в лице нижегородского губернатора А.Н. Хвостова указать, как писала газета «Утро России», «купцу его место»³.

1907–1914 годы характеризуются как контрреволюционное время. Основными элементами политики самодержавия в это время являются: усиление административного произвола, ставка на черносотенцев и разжигание национальной розни.

В 1910 году губернатором Нижнего Новгорода становится А.Н. Хвостов, один из типичных образцов администратора послереволюционной поры. С.Ю. Витте дает ему следующую характеристику: «Нужно сказать, что Хвостов – это один из самых больших безобразников. Между нынешними губернаторами столыпинской эпохи есть масса больших безобразников, но Хвостов имеет перед ними первенство: для него никаких законов не существует»⁴.

Опираясь на верную команду, Хвостов стал, как самовластный князек, наводить порядок в своем улусе. Без всякого стесне-

¹ См.: Устав о паспортах // Свод законов Российской империи. В 16 т. Санкт-Петербург, 1903. Т. XIV.

² См.: ЦАНО. Ф. 472. Оп. 287. Д. 181. Л. 231–237.

³ См.: Берлин П.А. Русская буржуазия в старое и новое время. Москва, 1924. С. 304.

⁴ Витте С.Ю. Воспоминания. Москва, 1960. Т. 3. С. 567–569.

ния он запустил руку в ярмарочный карман. Захотелось губернатору иметь личный автомобиль, и через некоторое время он его получает, оформленный под машину пожарной команды ярмарки и купленный им за ярмарочный счет.

А.П. Мельников называет Хвостова «последним типичным представителем старого режима безграничного самовластья, последней яркой вспышкой буйного произвола на ярмарке»¹, акцентируя внимание на типичности Хвостова, поскольку ярмарка видела до него Огарева и Баранова.

Однако Хвостов, будучи типичным администратором, обладал своим собственным стилем руководства, отличным от «барановского» или «огаревского». Наиважнейшим элементом этого стиля являлось заигрывание с черносотенцами².

Проводя подобную политику, Хвостов не мог пройти мимо «еврейского вопроса»; антисемитизм был закваской черносотенства. Как в свое время Баранов, Хвостов решает покончить с «еврейским засильем» на ярмарке; только, в отличие от последнего, речь шла не об ограничении притока этого «вредного элемента» на ярмарку, а о полном воспреещении приезда евреев на ярмарку. В гонениях на евреев А.Н. Хвостов зашел дальше губернатора Н.М. Баранова, который выселял с ярмарки евреев, не имеющих по закону права проживать вне черты оседлости. Положением Комитета министров от 10 мая 1903 года евреям воспреещалось иметь недвижимую собственность в сельской местности³. Вопреки мнению ярмарочного общественного управления, губернатор А.Н. Хвостов заявил, что Нижегородская ярмарка является сельской местностью и на этом основании запретил евреям владеть в пределах ярмарки недвижимостью и арендовать ярмарочные помещения. По закону евреи первой гильдии имели право приезжать на ярмарку для производства торговли, а второй гильдии жить на ярмарке для производства покупок. Евреи, много лет беспрепятственно торговавшие на ярмарке и имевшие на ней

¹ Мельников А.П. Очерки бытовой истории Нижегородской ярмарки. Н. Новгород, 1917. С. 295.

² См. там же. С. 279.

³ См.: Законодательные акты переходного времени. 1904–1908 годы. Москва, 2010. С. 48–51.

собственные торговые помещения (более 300 лавок), склады, увеселительные заведения, оказались в трудном положении.

Кроме того, Хвостов в 1911 году обязал всех приезжавших на ярмарку евреев предъявлять несколько справок: о несудимости, несостоянии под следствием, несостоянии под надзором полиции и др. Он отыскал несколько законов, на основании которых и установил новый «пропускной режим», но законодательство в той части, которая касалась еврейского населения, было крайне запутано. Законы носили нередко временный или двусмысленный характер. Репрессиям на ярмарке подвергались не только мелкие торговцы и коммивояжеры, но и миллионеры.

Например, товарищество Понизовского хотело приобрести на ярмарке торговые помещения, губернатор отказал, хотя за Понизовского просили торговая фирма «Ефим Гучков и сыновья», правление товарищества Юрьево-Польской мануфактуры и др. Такая же участь постигла купца первой гильдии Минца, ходатайствующего об аренде 9 лавок¹.

В столицу полетели протестного содержания телеграммы, составленные ярмарочным комитетом, собранием ярмарочных уполномоченных, московским обществом фабрикантов и заводчиков.

Если ранее, в 1880–1890-е годы русские торговцы и фабриканты подчас выражали одобрение правительственной политике дискриминации в отношении евреев, то в XX веке русская буржуазия занимает иную позицию. К этому времени еврейские капиталисты стали органичной частью российской буржуазии. Для ярмарки еврейские торговцы играли в начале XX века важную роль. Торговля кожей и пушниной в значительной мере находилась в руках евреев. Кроме того, евреи преобладали среди коммивояжеров и комиссионеров. В 1900 году ярмарочный комитет отказался от участия в еврейской комиссии, которая после этого превратилась в чисто административное учреждение при губернаторе в форме еврейского стола². Попытка Хвостова выселить евреев с ярмарки с самого начала была обречена на провал.

В 1912 году он решил изменить тактику. Осознав, что купца нельзя бить по карману, Хвостов придал делу политический ха-

¹ См.: ЦАНО. Ф. 5. Оп. 51. Д. 21484.

² См. там же. Ф. 489. Оп. 286. Д. 26.

ракти. Он не признал законность выборов двенадцати ярмарочных уполномоченных и кандидатов к ним из числа евреев и приказал комитету произвести перевыборы¹. Расчет был прост. Идет избирательная кампания в четвертую Государственную Думу, правительство самым беззастенчивым образом «делает выборы»².

Хвостов решил внести свой вклад, провалив на выборах председателя ярмарочного комитета А.С. Салазкина, который выдвигался как кандидат в Думу от кадетов. Кадеты традиционно рассчитывали на еврейские голоса³. Удовлетвори Салазкин требование губернатора, его политические акции падут, не удовлетвори – его можно отдать под суд. Салазкин выбрал второй путь, и Хвостов отдает под суд весь состав ярмарочного комитета. Дело приобрело всероссийскую известность. Необходимо отметить, что сам Салазкин не стремился раздуть этот эпизод, он доказывал неправомочность действий губернатора только с юридической точки зрения (в правилах Нижегородской ярмарки 1888 года ничего не говорилось об ограничениях по национальному признаку выборов уполномоченных⁴), старался не касаться политических аспектов инцидента⁵. Министр внутренних дел поспешил отмежеваться от не в меру усердно проводившего государственную политику сатрапа.

В 1913 году Хвостов сдал бразды правления новому губернатору Борзенко. Отставка была несколько смягчена избранием его членом Государственной Думы. Буржуазия выиграла (впервые за всю историю ярмарки) в своем столкновении с правительством. Героем этой войны был А. Салазкин, будучи депутатом кадетской фракции Государственной Думы, еще раз прославился на всю Россию в своей речи на ярмарке в августе 1913 года в присутствии министра финансов В.Н. Коковцева. От имени всероссийского купечества он заявил о «неотложной необходимости» осуществления политических свобод, провозглашенных в царском Манифесте 17 октября 1905 года. Выступление Салазкина

¹ См.: ЦАНО. Ф. 5. Оп. 50. Д. 20273–20274.

² См.: Кризис самодержавия в России. Ленинград, 1984. С. 506–508.

³ См.: *Винавер*. Кадеты и еврейский вопрос. Одесса, 1912.

⁴ См.: Правила для Нижегородской ярмарки. Нижний Новгород, 1888.

⁵ См.: ЦГИА. Ф. 23. Оп. 7. Д. 179. Л. 77, 92.

показало, что к 1913 году во взглядах российской буржуазии наметился определенный сдвиг влево, но Первая мировая война подвела черту под работой ярмарки как деятельностью центра буржуазии. В годы войны Нижегородская ярмарка функционировала исключительно как торговый центр.

Таким образом, на всем протяжении второй половины XIX – начала XX века контроль нижегородского губернатора над работой Нижегородской ярмарки был значительным, несмотря на правовые ограничения этого контроля ярмарочными правилами 1864 и 1888 годов. Главной причиной губернаторского всевластия была огромная роль государственной власти в России в целом (это историческая особенность развития нашей страны), а также правовая размытость губернаторских полномочий без определения их пределов. Немаловажную роль при этом играла личность самого губернатора. Злоупотребления правом со стороны нижегородского губернатора по отношению к Нижегородской ярмарке (вмешательство в хозяйственные функции органов ярмарочного самоуправления, применение телесных наказаний и особенно политика по «изгнанию евреев» с ярмарки) сочетались с заботой о благоустройстве ярмарки и продвижением экономических интересов купечества в правительстве. Последствием проведения «патриархальной» политики нижегородского губернатора на Нижегородской ярмарке стало: с одной стороны, ужесточение власти разными, в том числе и неправовыми средствами и способами, а, с другой – сплочение ярмарочного купечества в отстаивании своих социально-экономических интересов и в противодействии злоупотреблению правом со стороны, что и продемонстрировало нашумевшее на всю Россию «дело Хвостова».

Ивашевский С.Л.,

*доктор философских наук, профессор,
профессор кафедры философии Нижегородской
академии МВД России*

Нормативизация образования и гуманизм в контексте проблематики злоупотребления правом

Функционирование современной отечественной системы образования связано с процессом тотальной нормативизации, то есть регулирования всех действий субъектов образовательного процесса посредством определенных различными уровнями управленческого аппарата норм (законов, указов, постановлений, стандартов, уставов, регламентов и др.). Социальное нормирование различных сторон жизни общества является естественным процессом, обусловленным внутренней потребностью человеческого рода к рационализации и упорядочиванию общественных отношений. Но естественным состоянием человека является и личная свобода, возможность проявить свою индивидуальность, творить, выходя за границы уже созданного. В проблеме соотношения нормы и личной свободы в сфере образования существует категория меры, которая дает понимание необходимых ориентиров качества образовательного процесса. Нормативизация¹ – это нарушение меры в регламентации образования, при котором разрушается его сущностный смысл, качество образования, изменяются сами качественные индикаторы.

Нормы в целом необходимы образованию как институту, определяющему будущее страны, обеспечивающему условия для

¹ В юридической литературе для отражения рассматриваемого явления используются и иные термины, например, правовой тоталитаризм, бюрократизация. См.: Толстик В.А. Правовой тоталитаризм: стратегия правотворчества или движение по инерции? // Юридическая техника: Ежегодник. 2015. № 9. С. 759–763; Егo же. К вопросу о бюрократизации государственного управления // Право и политика: история и современность: материалы Всероссийской научно-практической конференции. Омск, 2017. С. 101–103.

ее развития, а потому требующему к себе внимательного отношения и постоянного контроля со стороны государственных структур. В этом своем рвении чиновник от образования достиг больших «успехов». Норма определяет сегодня каждый шаг как учащегося, так и педагога. Набор необходимых дисциплин, их содержание, формы проведения учебных занятий определены программами, формируемые компетенции и модели выпускников предопределены стандартами, методы проведения учебных занятий ограничены самой системой организации образовательного процесса, многочисленные локальные акты, планы и отчеты пытаются привести к норме каждый «вздох» конкретного педагогического коллектива и его воспитанников, даже педагогические «инновации» появляются сегодня потому, что есть нормы-требования их появления в условиях развития «инновационных» учебных заведений.

Таким образом, нормативизация образования сегодня есть вариант проявления правового детерминизма в сознании российской образовательной бюрократии, видимо, уверовавшей в абсолютную ценность изобретаемых ею норм и подчеркивающей свою значимость с их помощью. Думается, что для многих очевиден факт – бюрократ – «хранитель нормы» (он ее изобретает, требует исполнения, карает нерадивых) занял главенствующее положение в нашей образовательной системе, он «делает погоду», поглядывая с высоты своего Олимпа на «серую массу закомплексованных неудачников» (как недавно сказал один из уверовавших в свою исключительность)¹. Нормативизация образования в ее современном контексте подчинила человека нормативному документу, превратила его в средство, а не в цель. Вал распорядительных бумаг задавил образовательный процесс, творческое сотрудничество учителя и учащегося отошло на задний план. Программы, планы и отчеты подчиняют себе все творческие силы педагога, высушивают его душу, создают формализм в отношении к своим воспитанникам.

¹ См.: Школьных учителей называли «отвратительными неудачниками» и «отстой». URL: https://www.gazeta.ru/social/news/2019/06/08/n_13070797.shtml (дата обращения: 08.06.2019).

Между тем традиционной ценностью российского образования признан гуманизм¹. Он исходит из идеи о том, что человек – это главная ценность образовательного процесса. Образование призвано раскрыть человека, как учащегося, так и учителя, понять его потребности и возможности, развить их, усовершенствовать личностные качества. Идеи гуманизма в образовании необходимо реализуются через форму и содержание образовательного процесса, который ориентируется на идеал гармонично развитой личности. В этом идеале нет места крючкотворству и формализму, он в полноте своей антропоцентричен – человек в нем главная ценность и цель образования.

У гуманистического подхода к образованию есть несколько принципиальных расхождений с набирающей силу его нормативизацией:

- гуманизм образования предполагает включение человека в реальность окружающей действительности, в которой человек есть цель и мера всего, а нормативизация – в мир зачастую оторванных от жизни правил, которые подавляют человека, делают зависимым, несвободным;

- гуманизм предполагает отказ от любого «насилия» в образовании, педагог не должен заставлять, навязывать, ученик должен чувствовать себя свободно в пространстве личностного развития, чего, очевидно, невозможно достичь в условиях нормативизации;

- гуманизм требует взаимного уважения учителя и ученика. Принцип гуманизма – каждый человек – это ценность, вне зависимости от своих индивидуальных особенностей. Нормативизация же предполагает стандартизацию, где любое отклонение от «нормы» наказывается;

- необходимая для современного общества гуманистическая ориентация на воспитание нравственной личности не может найти должного отражения в содержании нормы. Уровень нравственного совершенства личности не оказывает значительного влияния на получаемый ею итоговый квалификационный документ об образовании. Такое положение предполагает отсутствие

¹ См.: *Ивашевский С.Л.* Государственная политика в сфере образования: отношение идеалов и права: монография. Нижний Новгород, 2006.

целенаправленного комплекса мер по воспитанию действительно нравственной личности;

– нормативизация противоречит гуманистической идее творческой педагогической деятельности. Ориентация на «стандарт» на практике выливается в жесткую централизацию, унификацию, безальтернативность.

Выход из данных противоречий видится в гуманизации самой сферы нормирования образования. Основоположения для этого уже имеются. Так, Конституция Российской Федерации рассматривает преподавание как вид творческой деятельности в образовательном процессе. В соответствии со ст. 44 Конституции Российской Федерации каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания.

Основы законодательства Российской Федерации о культуре закрепляют право каждого человека на все виды творческой деятельности в соответствии со своими интересами и способностями, равноправие творческих работников в области авторского права и смежных прав, права на интеллектуальную собственность, охрану секретов мастерства, свободу распоряжения результатами своего труда, поддержку государства.

Федеральный закон от 29 декабря 2012 года № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»¹ (ст. 47) закрепляет следующие академические права и свободы педагогических работников:

1) свобода преподавания, свободное выражение своего мнения, свобода от вмешательства в профессиональную деятельность;

2) свобода выбора и использования педагогически обоснованных форм, средств, методов обучения и воспитания;

3) право на творческую инициативу, разработку и применение авторских программ и методов обучения и воспитания в пределах реализуемой образовательной программы, отдельного учебного предмета, курса, дисциплины (модуля);

4) право на выбор учебников, учебных пособий, материалов и иных средств обучения и воспитания...

¹ Российская газета. 2012. 31 декабря.

Эти «базовые» ориентиры не требуют дополнительного нормирования. Чиновник от образования должен усвоить, что его роль не в том, чтобы плодить многочисленные «вольные» интерпретации требований к образовательному процессу, а в том, чтобы обеспечить пространство реализации базовых принципов российского законодательства, создать условия, необходимые для творчества педагогов и учащихся как главных субъектов образования. Любая попытка определить свободу, творчество, нравственность нормой выливается в формализацию, примитивизацию, приводит к разрушению смыслов образования. Гуманизация сферы нормирования образования, прежде всего, избавление от излишних норм, от самой тенденции к регламентации всего, включая то, что в этом не нуждается.

Ильин И.В.,

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

Вопросы противодействия злоупотреблению правом участниками гражданского и арбитражного процесса

Злоупотребление правом относится к особому виду противоправного поведения, поскольку оно является формой осуществления субъективного права и квалифицируется как правонарушение в зависимости от правовой оценки всей ситуации.

Общее определение понятия «злоупотребление правом» в законодательстве отсутствует. В то же время некоторые отраслевые нормативные правовые акты содержат легальные дефиниции. Так, в соответствии со ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации под злоупотреблением правом понимается заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав. Уголовное законодательство использует понятия «злоупотребление полномочиями», «злоупотребление при эмиссии ценных бумаг», «злоупотребление в сфере закупок при конструкции состава преступления» (ст. 185, 200.4, 201, 201.1, 202, 285, 285.4 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ)).

Гражданско-процессуальное законодательство не содержит такого понятия, как «злоупотребление правом», а Арбитражно-процессуальный кодекс Российской Федерации (далее – АПК РФ) таким термином оперирует (ст. 41, 110, 111, 112, 159, 225.12 АПК РФ), но определения ему также не дает. В то же время факты частого недобросовестного использования своих процессуальных прав участниками процесса находят свое отражение в материалах судебной практики.

Отсутствие определений злоупотреблений процессуальными правами вызывает сложности, которые заключаются в неимении

законодательной возможности установления намерений злоупотребления правом.

Необходимо привести следующие виды злоупотребления процессуальным правом.

Злоупотребление процессуальным правом, связанным с затягиванием судебного процесса. Цель такого действия заключается в том, чтобы максимально саботировать судебный процесс и отсрочить исполнение судебного решения. Например, должнику по денежным обязательствам выгодней заплатить проценты за неправомерное использование денежных средств, поскольку их размер значительно ниже, чем процент по кредитному договору. Частой причиной затягивания процесса является понуждение другой стороны к заключению мирового соглашения на выгодных для ответчика условиях.

Отложение судебного решения также позволяет организации-должнику перевести имущество в собственность добросовестного приобретателя, не являющегося ответчиком по рассматриваемому делу, и сделать невозможным дальнейшее исполнение судебного решения. Нельзя не заметить, что имеются случаи, когда адвокаты и представители ответчика, указывая в качестве условий оказания юридических услуг оплату участия в каждом судебном заседании, затягивают гражданский процесс для повышения стоимости оказываемых услуг.

Способы затягивания судебного процесса разнообразны. Среди них можно указать:

- многократное предъявление заявлений, ходатайств, возражений и других документов, которые суд обязан рассмотреть;
- неявка участников процесса по уважительной причине (болезнь, командировка и др.);
- заявление ходатайства о рассмотрении дела с участием арбитражных заседателей, что существенно замедляет арбитражный процесс;
- заявление отвода судье (заявление об отводе может подаваться неограниченное количество раз);
- подача заявлений об объединении нескольких дел, причем ответчики подают заявления об объединении дел, не связанных с касающимися их требованиями;
- заявление об отложении судебного разбирательства для проведения процедуры медиации без цели примирения;

- предъявление необоснованного встречного иска;
- изменение наименования юридического лица, фамилии, имени, отчества физического лица;
- подача заявления о приостановлении производства до разрешения другого дела, по которому ответчиком был подан необоснованный иск;
- подача апелляционной жалобы на решение, не вступившее в законную силу, в последний день и без оплаты государственной пошлины.

Злоупотребление правилами компетенции и подсудности, которое сводится к тому, что арбитражные процессы переводятся в суды регионов, которые могут обеспечить лояльность в принятии решений той или иной стороне. Одним из так называемых процессуальных приемов является появление в процессе номинального ответчика, находящегося в удобном регионе, с которым заключен недействительный договор поручительства, что позволяет перенести судебный спор по подсудности мнимого ответчика¹.

Способы противодействия указанным злоупотреблениям в основном обусловлены их выявлением и установлением неблагоприятных последствий для сторон, злоупотребляющих своими процессуальными правами. При этом необходимо заметить, что и гражданско-процессуальное законодательство и арбитражно-процессуальное законодательство содержит разные нормы, позволяющие судам применить меры ответственности к правонарушителям.

Так, гражданско-процессуальное законодательство прямо не устанавливает ответственность за злоупотребление сторонами своими процессуальными правами. В части 1 ст. 35 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (ГПК РФ) предусмотрено, что лица, участвующие в деле, должны добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами. В то же время за нарушение этой обязанности прямой ответственности законодательство не предусматривает.

¹ См.: Ильин И.В. Критерии подведомственности и подсудности дел в гражданском процессе // Критерии в праве: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Всероссийской научно-практической конференции (г. Нижний Новгород, 24–25 мая 2018 года). Нижний Новгород, 2018. С. 152.

Арбитражное законодательство более детально устанавливает ответственность за злоупотребление процессуальными правами лицами, участвующими в деле. Так, ч. 2 ст. 41 АПК РФ предусматривает прямую ответственность за злоупотребление процессуальными правами лицами, участвующими в деле.

Согласно ст. 111 АПК РФ суд вправе отнести все судебные расходы по делу на лицо, злоупотребляющее своими процессуальными правами или не выполняющее своих процессуальных обязанностей, если это привело к срыву судебного заседания, затягиванию судебного процесса, воспрепятствованию рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта.

Данная ответственность также распространяется в случае отказа или уклонения стороны от примирительных процедур (п. 7 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (ВАС РФ) от 18 июля 2014 года № 50 «О примирении сторон в арбитражном процессе»¹), при невыполнении участвующим в деле лицом процессуальных обязанностей, если это привело к невозможности продолжения экспертизы, например в случае уклонения лица от предоставления эксперту объектов исследования либо доступа к ним² (постановление Пленума ВАС РФ от 4 апреля 2014 года № 23 «О некоторых вопросах практики применения арбитражными судами законодательства об экспертизе»³) и др.

В качестве меры ответственности арбитражный суд может отказать в удовлетворении заявления или ходатайства в случае, если они не были своевременно поданы лицом, участвующим в деле, вследствие злоупотребления своим процессуальным правом и явно направлены на срыв судебного заседания, затягивание судебного процесса, воспрепятствование рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта, за исключением случая, если заявитель не имел возможности подать такое заявление или такое ходатайство ранее по объективным причинам (ч. 5 ст. 159 АПК РФ).

По этому основанию суд может отказать в удовлетворении ходатайства участвующего в деле (обособленном споре) лица о

¹ См.: Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 9.

² См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда. 2014. № 6.

³ См.: Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 9.

рассмотрении его заявления о принятии обеспечительных мер в судебном заседании с извещением заинтересованных лиц в делах о банкротстве (п. 36 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 декабря 2017 года № 53 «О некоторых вопросах, связанных с привлечением контролирующих должника лиц к ответственности при банкротстве»¹), в удовлетворении ходатайства о представлении письменных доказательств путем использования систем видео-конференц-связи (постановление Пленума ВАС РФ от 17 февраля 2011 года № 12 «О некоторых вопросах применения Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в редакции Федерального закона от 27 июля 2010 года № 228-ФЗ “О внесении изменений в Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации”»²).

В качестве мер противодействия злоупотреблению **правилами компетенции и подсудности** можно привести пример из материалов судебной практики, с помощью которого суды могут нейтрализовать «порывы» участников процесса злоупотребить правилами о подсудности³.

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 3.

² См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2011. № 4.

³ См.: *Ильин И.В.* Критерии подведомственности и подсудности дел в гражданском процессе // Критерии в праве: теория, практика, техника: сборник статей по материалам Всероссийской научно-практической конференции (г. Нижний Новгород, 24–25 мая 2018 года). Нижний Новгород, 2018. С. 152.

Кабанов П.А.,

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры криминологии Нижегородской академии МВД России; директор НИИ противодействия коррупции Казанского инновационного университета имени В.Г. Тимирязова (ИЭУП)

Злоупотребление правом в форме правомерного обхода закона при реализации государственной политики противодействия коррупции

Вопросы злоупотребления правом на протяжении длительного времени находятся в сфере внимания юристов. Не исключением является и нынешнее время. Современные специалисты достаточно полно исследуют этот феномен в различных отраслях права¹, в отдельных исследованиях прямо указывая, что злоупотребление правом лицами, наделенными властными полномочиями, является коррупционным поведением².

¹ См.: Волков А.В. Злоупотребление гражданскими правами: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2010; Игбаева Г.Р. Злоупотребление правами при установлении ненормированного рабочего дня // Евразийская адвокатура. 2017. № 1 (26). С. 127–129; Боловнев М.А. Злоупотребления процессуальными правами в российской судебной практике // Вестник Омского университета. Серия: Право. 2017. № 2 (51). С. 141–144; и др.

² См.: Гойман В.И. Злоупотребление правом в сфере действия частного и публично-го права // Вестник Московского университета МВД России. 2017. № 3. С. 166–170; Макарецев А.А. Использование должностного или служебного положения как форма злоупотребления правами: проблемы правового ограничения // Гражданин. Выборы. Власть. 2017. № 1–2. С. 66–77; Муртазин К.А. Злоупотребление правом как основа коррупции: проблема современной теории права и государства // Роль науки в развитии социума: теоретические и практические аспекты: сборник научных статей по итогам международной научно-практической конференции. Санкт-Петербург, 2018. С. 333–335; Коробейникова М.С., Сальников М.В. Злоупотребление правом как коррупционное правонарушение // Ученые записки юридического факультета. 2017. № 44–45 (54–55). С. 91–96.

Действующее российское антикоррупционное законодательство в качестве одной из форм коррупционного поведения признает злоупотребление полномочиями и служебными полномочиями вопреки интересам службы¹. Вместе с тем, отечественными специалистами отмечается, что реализация этого законодательства как на федеральном, так и на региональном и муниципальном уровнях идет со значительными издержками. В числе издержек наблюдаются признаки злоупотребления правом в процессе его реализации. Однако отечественными специалистами крупных научных исследований, посвященных вопросам злоупотребления правом в процессе реализации антикоррупционного законодательства, до настоящего времени не проводилось, в том числе и такой его формы, как правомерный обход закона.

Следует отметить, что действующее российское федеральное и региональное законодательство в качестве базового принципа противодействия коррупции закрепило принцип неотвратимости ответственности за совершение коррупционных правонарушений². Однако опыт реализации государственной политики противодействия коррупции показал, что даже за выявленные коррупционные правонарушения отдельные категории лиц не могли быть привлечены к дисциплинарной ответственности за их совершение в связи с истечением сроков давности с момента их совершения.

Учитывая степень распространенности и общественной опасности коррупционных правонарушений, в отраслевое законодательство были внесены соответствующие изменения и дополнения. В результате изменений срок давности привлечения к дисциплинарной ответственности по коррупционным правонарушениям отдельных категорий лиц был увеличен на 2,5 года, по

¹ См.: О противодействии коррупции: федеральный закон от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ (в ред. от 30 октября 2018 года № 382-ФЗ) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 52, ч. 1, ст. 6228.

² См., например: О противодействии коррупции в Республике Бурятия Закон Республики Бурятия от 16 марта 2009 года № 701-IV (в ред. от 29 апреля 2019 года № 449-VI) // Бурятия. 2009. 17 марта; О противодействии коррупции в Свердловской области: закон Свердловской области от 20 февраля 2009 года № 2-ОЗ (в ред. от 27 апреля 2019 года № 30-ОЗ) // Собрание законодательства Свердловской области. 2009. № 2, ст. 84; и др.

сравнению со сроками давности за совершение некоторых иных дисциплинарных проступков, и составил 3 года¹.

Однако, как показала практика правоприменения, принятых правовых мер оказалось недостаточно, поскольку сохранились правовые «лазейки» для чиновников, позволяющие им уклоняться от применения к ним наиболее строгих мер дисциплинарного воздействия, используя такую ее форму, как правомерный обход закона.

Государственные (муниципальные) служащие и иные категории лиц, на которых распространяются антикоррупционные требования, в целях уклонения от дисциплинарной ответственности за совершение наиболее тяжких коррупционных проступков стали использовать одну из самых распространенных на сегодняшний день правомерных форм обхода требований антикоррупционного законодательства и одновременно злоупотребления правом – расторжение трудового договора по собственной инициативе. При этом расторжение трудового договора осуществляется с предупреждением об этом работодателя в письменной форме за две недели до увольнения.

Действующее российское антикоррупционное процессуальное и иное законодательство предусматривает проведение служебных проверок имущественного положения лиц, на которых распространяются антикоррупционные требования, от 60 до 90 дней, включая получение данных от финансовых и иных органов и организаций². Поэтому указанные лица, зная о том, что со-

¹ См.: О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях совершенствования контроля за соблюдением законодательства Российской Федерации о противодействии коррупции: федеральный закон от 3 августа 2018 года № 307-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 32, ч. I, ст. 5100; О внесении изменения в статью 193 Трудового кодекса Российской Федерации: федеральный закон от 3 августа 2018 года № 304-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 32, ч. I, ст. 5097.

² См., например: О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия коррупции: федеральный закон от 21 ноября 2011 года № 329-ФЗ (в ред. от 3 июля 2016 года № 361-ФЗ) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 48, ст. 6730; О мерах по противодействию коррупции в городе Москве: закон г. Москвы от 17 декабря 2014 года № 64 (в ред. от 29 ноября 2017 года № 53) // Ведомости Московской городской Думы. 2015. № 1, ст. 387; О противодействии коррупции в Нижегородской области: закон Нижегородской области от 7 марта 2008 года № 20-3 (в ред. от 6 декабря 2018 года) // Правовая среда. 2008. 20 марта.

вершенное ими коррупционное правонарушение может иметь негативные последствия в виде увольнения с занимаемой государственной (муниципальной) службы либо с государственной (муниципальной) должности в связи с утратой доверия, а также иные негативные последствия, увольняются «по собственному желанию», не дожидаясь окончания служебной проверки.

Дополнительные негативные последствия увольнения в связи с утратой доверия имеют иногда более тяжкие последствия для уволенного лица, чем само увольнение. Такие негативные последствия проявляются в обнародовании сведений об увольнении путем внесения в реестр лиц, уволенных в связи с утратой доверия за совершение коррупционных правонарушений¹, и могут влечь за собой лишение официальных, в том числе ведомственных наград, дающих право на получение звания «Ветеран труда» и связанных с его статусом социальных благ².

Все эти неблагоприятные для увольняемого лица сведения должны обязательно отражаться в трудовой книжке работника и/или личном деле государственного (муниципального) служащего, лица, замещавшего государственную, муниципальную или иную должность. При увольнении работника по собственному желанию сведения о результатах служебного расследования в личное дело и трудовую книжку не могут быть занесены, а производство служебной проверки прекращается.

¹ См.: О реестре лиц, уволенных в связи с утратой доверия: постановление Правительства Российской Федерации от 5 марта 2018 года № 228 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 12, ст. 1678.

² См., например: О прокуратуре Российской Федерации: федеральный закон от 17 января 1992 года № 2202-1 (в ред. от 27 декабря 2018 года № 536-ФЗ) // Собрание законодательства Российской Федерации. 1995. № 47, ст. 4472; О Следственном комитете Российской Федерации: федеральный закон от 28 декабря 2010 года № 403-ФЗ (в ред. от 27 декабря 2018 года № 536-ФЗ) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 1, ст. 15; Об утверждении Положения о медалях и нагрудных знаках Федеральной службы безопасности Российской Федерации: приказ ФСБ России от 29 мая 2012 года № 251 (в ред. от 29 апреля 2013 года № 234) // Российская газета. 2012. 1 июня; Об учреждении звания «Почетный работник Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации: приказ Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 7 сентября 2011 года № 166 (в ред. от 10 ноября 2016 года № 222) // Бюллетень актов по судебной системе. 2014. № 7.

После того как служебная проверка прекращается в связи с расторжением трудового договора по инициативе проверяемого лица, через некоторое время данное лицо может благополучно вернуться на государственную (муниципальную) службу либо на занимаемую должность в органы публичной власти, поскольку ни в его трудовую книжку, ни в личное дело государственного (муниципального) служащего не будет внесено сведений о том, что причиной его «добровольного» увольнения со службы являлась потребность избежать дисциплинарной ответственности за совершение коррупционного правонарушения.

Возможно даже возвращение уволившегося лица на прежнюю должность до истечения срока давности привлечения к дисциплинарной ответственности за совершение им коррупционного правонарушения, поскольку в нормативных актах не предусмотрено возобновление дисциплинарного производства. Такое положение в правовом регулировании препятствует реализации принципа неотвратимости ответственности за совершение коррупционных правонарушений, поскольку предоставляет возможность привлекать к ответственности за совершение коррупционных правонарушений только тех лиц, которые не воспользовались этой правомерной возможностью в силу личных качеств (упрямство, наивность, низкий уровень интеллекта и др.).

В целях повышения эффективности противодействия коррупции и устранения легальной формы уклонения от юридической ответственности (злоупотребления правом) за совершение тяжких коррупционных дисциплинарных проступков необходимо совершенствовать нормы антикоррупционного, трудового, служебного, конституционного, административного, муниципального и иного законодательства.

Во-первых, предусмотреть в федеральном и региональном антикоррупционном, служебном, трудовом и ином законодательстве классификацию коррупционных дисциплинарных проступков по степени их тяжести: тяжкие, средней тяжести и небольшой тяжести. Необходимо уточнение, что увольнение с государственной (муниципальной) службы либо с государственной (муниципальной) или иной должности в связи с утратой доверия возможно лишь за совершение тяжкого коррупционного дисциплинарного проступка.

Во-вторых, целесообразно в нормах российского федерального и регионального служебного, трудового и иного законодательства предусмотреть запрет на увольнение с государственной (муниципальной) службы, государственной (муниципальной) либо иной должности до окончания служебной проверки, если предполагаемый коррупционный проступок относится к категории тяжких. В связи с этим запретить прекращение служебной проверки в связи с увольнением лица со службы или занимаемой должности, а также в связи с переводом на другую работу.

Кабышев С.В.,

*кандидат юридических наук, профессор
кафедры конституционного и муниципально-
го права Московского государственного
юридического университета
имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заслуженный юрист
Российской Федерации*

Доктрина противодействия злоупотреблению правом в Канаде

Доктрина противодействия злоупотреблению правом во всех правовых системах основана на запрете использования своих прав с целью причинения вреда другим лицам. Оценка того или иного поведения в качестве злоупотребления правом является оценочной. В качестве критериев для такой оценки используются такие категории, как «добросовестность», «разумность» и «справедливость».

В Канаде указание на разумность и справедливость содержится в конституционном законодательстве. В частности, ст. 1 Хартии прав и свобод Канады 1982 года гарантирует перечисленные в ней права и свободы в таких разумных и предусмотренных законом пределах, которые могут быть убедительно обоснованы в условиях свободного демократического общества. Статья 7 Хартии гласит, что «каждый человек имеет право на жизнь, свободу и личную неприкосновенность и право не быть лишенным этого права, кроме как в соответствии с принципами фундаментальной справедливости»¹.

Важно учитывать и то, что традиционные представления о правовой системе Канады, как слепка с английского образца, модифицированного под влиянием США, не отражают реальной картины². Она сложнее, многослойнее. С принятием в 1982 году

¹ Constitution Act, 1982. Canadian charter of rights and freedoms. URL: <https://lois.justice.gc.ca/eng/Const/page-15.html> (дата обращения: 30.04.2019).

² См.: Цвайгерт К., Кетц Х. Сравнительное частное право. Москва, 2011. С. 227–228.

Конституционного акта, включающего Хартию прав и свобод Канады, изменилось содержание всей правовой системы канадского общества. Все источники права (прецеденты, доктрины англо-американского права, законы Великобритании и Франции и т. п.), которые раньше применялись в Канаде, подлежали пересмотру на предмет их соответствия канадской Хартии прав и свобод. Поэтому англосаксонские концепции в Канаде были подвергнуты конституционализации с учетом особенностей национальной правовой системы.

Верховный Суд Канады в своих решениях концептуализирует доктрину противодействия злоупотреблению правом, понимая под разумностью общественно признанную целесообразность, являющуюся критерием баланса личных прав и интересов общества. Так, Верховный Суд Канады признал ошибочным вывод иных судов о том, что вред, который причиняют проститутки обществу, ставит их в неравное положение с другими гражданами. По заключению Верховного Суда Канады Парламент имеет право принимать меры против проституции, но не в ущерб здоровью, безопасности и жизни проститутки¹.

В другом решении Верховный Суд Канады конкретизировал доктрину, указав, что противодействие злоупотреблению процессуальным правом предусматривает неотъемлемую способность суда предотвращать злоупотребление своей процедурой таким образом, который был бы явно несправедливым по отношению к стороне в судебном разбирательстве перед ней или каким-либо другим образом мог бы поставить под сомнение отправление правосудия².

Что же касается принципа добросовестности, то канадский подход отличается от имеющихся как в США, так и в Европе или Австралии. Наличие такого принципа в канадском праве ранее ставилось под сомнение. Решение Верховного Суда Канады по делу *Bhasin v Hrynew* является для общего права Канады поворотной точкой в вопросе принятия и распространения принципа

¹ Canada (Attorney General) v. Bedford. 2013, SCC 72. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13389/index.do> (дата обращения: 30.04.2019).

² Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79, [2003] 3 S.C.R. 77 URL: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/2003/2003scc63/2003scc63.html> (дата обращения: 30.04.2019).

добросовестности как реально действующего механизма¹. Так, Суд признал существование в системе канадского права «организующего принципа добросовестности», который необходим для определения разумных ожиданий участников правоотношений. Суд вывел общую обязанность сторон быть честными при исполнении обязательств из общего принципа, запрещающего сторонам лгать или иным способом вводить в заблуждение друг друга вне зависимости от того, связано ли это непосредственно с исполнением обязательств.

Канадская доктрина противодействия злоупотреблению правом отличается от доктрины *res judicata*, которая также ограничивает повторное судебное разбирательство. Доктрина *res judicata* в Канаде основана на исполнимости судебных решений. Обеспечение *res judicata* защищает незыблемость прав граждан, устанавливает определенность в правах и обязанностях участников правовых отношений².

В основе доктрины противодействия злоупотреблению правом лежит единство судебного процесса, а не мотивы, какими бы нечестными они ни были, или статус сторон. Суд должен использовать свои полномочия по предотвращению неправомерного использования его процедуры таким образом, который был бы явно несправедливым по отношению к стороне в судебном разбирательстве перед ней или каким-либо иным образом привел бы к дискредитации отправления правосудия.

Когда одна из сторон повторно подает иск исключительно для достижения более благоприятного судебного результата или преследования другой стороны, это является несправедливым по отношению к противной стороне, а также ставит под сомнение отправление правосудия. Даже если стороны иные, чем в предыдущем иске, например, если сторона начала иск против управляющего имуществом, а затем начала по существу то же действие против бенефициара, доктрина противодействия злоупотребления правом может использоваться для предотвращения повторного судебного процесса.

¹ Bhasin v Hrynew.2014. 3 SCR 494. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/14438/index.do> (дата обращения: 30.04.2019).

² The doctrine of *res judicata* in Canada / Donald J. Lange. Edition 4th ed. LexisNexis Canada, 2015.

Тогда суд может приостановить или отклонить заявление. В этом случае у истца будет 15 дней для подачи письменных доказательств своих добросовестных намерений. Если суду требуется дополнительная информация, он может запросить письменные объяснения у ответчика в течение 10 дней¹.

В другом деле Верховный Суд Канады решил, что злоупотребление правом является не особым видом правонарушения, а разновидностью неправовых действий, связанных со злоупотреблением правовой свободой, совершением поступков «во зло» и в противоречии с назначением предоставленного права, его духом. Поэтому доктрина противодействия злоупотреблению правом является гибкой и необходима для обеспечения того, чтобы отправление правосудия не было поставлено под сомнение².

Таким образом, канадская доктрина противодействия злоупотреблению правом исходит из того, что если право нарушено, оно подлежит судебной защите. При этом недопустимо использовать судебные процедуры в ущерб интересам как участников правовых отношений, так и всего общества. Канадская доктрина мало догматизирована и является очень гибкой, формулируя лишь критерии, которые суд должен тестировать в каждой конкретной ситуации.

¹ Gao v. Ontario WSIB, 2014 ONSC 6497. URL: <https://www.canlii.org/t/gf731> (дата обращения: 30.04.2019).

² Behn v. Moulton Contracting Ltd. , 2013. SCC 26. URL: <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/2097/index.do?r=AAAAAQALMjAwMyBzY2MgNjMB> (дата обращения: 27.04.2019).

Кодан С.В.,

доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, профессор кафедры теории государства и права Уральского государственного юридического университета

**Внезаконные нормативные акты
в механизмах злоупотребления публичным правом
(историко-источниковедческий аспект)**

Вопрос о злоупотреблении публичным правом верховной государственной властью имеет «прочные» исторические корни. Сама постановка вопроса о выделении незаконных нормативных актов как источников познания государства и права должна рассматриваться в контексте целей и механизмов их издания, которая сложилась в Российском государстве на ряде этапов истории его государственно-правового развития. Указанная проблема носит источниковедческий характер и связана с изучением механизмов осуществления властных полномочий верховной государственной властью и их использованием для реализации ее идеологических и политических решений, выделением незаконных нормативных актов как носителей государственно-правовой информации, а также связана с изучением их политико-юридической природы. В рамках данной статьи обозначим следующие вопросы¹.

Исторические истоки появления незаконных нормативных актов в политико-управленческих практиках верховной власти достаточно рельефно просматриваются при изучении использования данного вида правовых документов в истории госу-

¹ Публикация подготовлена при финансовой поддержке РФФИ в рамках реализации научного проекта № 18-011-00329 «Юридическое источниковедение: теория, методология и методика изучения носителей государственно-правовой информации».

дарства и права. Их возникновение связано с сакрализацией власти и ее закрытостью от общества – выделением определенных сфер политики и государственной деятельности, сведения о которых были связаны с конфиденциальной информацией и распространение которой могло нанести урон авторитету и безопасности носителей верховной государственной власти и государства, привлечь внимание общества к нежелательной с точки зрения властей информации, вызвать «неправильную» ориентацию общественного мнения на происходящие политические события и т. п.

Тем не менее, и в этих сферах требовалось принятие и оформление властных политических решений, перевод их в нормативно-регулятивное русло и соответствующее их внешнее выражение – вначале в устной, а затем и документальной форме. Соответственно в практиках управления и отражающем их делопроизводстве возникают и такие понятия, как «государственная тайна» и «секретность», появляются соответствующие грифы документов, указание в которых на их конфиденциальность – «секретно» – обозначало особый порядок их места в регулировании деятельности государственных органов и прохождения в документообороте учреждений.

При этом заметим, что в нормативном регулировании верховной властью идеологических, политических и управленческих процессов возникают два направления: *законотворческое*, посредством которого происходит на официальном, открытом для общества порядке легализация властных решений через издание и обнародование законодательных актов, и *конфиденциальное*, через которое в закрытом для общества, секретном порядке издаются нормативные акты, регулирующие отдельные сферы государственной деятельности, которые с точки зрения власти требуют строго ограниченного доступа к их содержанию и предназначены непосредственно для исполнителей – служащих соответствующих государственных структур.

В России незаконное нормативное регулирование уходит своими корнями в издание предписаний, которые исходили от носителя верховной государственной власти – царя, императора – по докладом руководителей отдельных ведомств, которые были связаны с делами преимущественно политического характера – организацией политического сыска, цензуры, проведением поли-

тических процессов и исполнением приговоров по ним и другим вопросам, информацию по которым власть считала необходимым ограничить от общества.

В таких случаях императорские резолюции на представленных документах с предложениями высших должностных лиц по урегулированию сложившейся ситуации обычно следовали с формулировкой «Быть по сему» или с некоторыми коррективами, а затем оформлялись «высочайшими повелениями» с направлением в подчиненные учреждения для исполнения. Обычно они имели гриф «секретно» и не подлежали обнародованию. Такие акты не соответствовали официально изданным узаконениям и носили незаконный характер, создавая систему нормативных предписаний, которые регулировали общественные отношения на ведомственном уровне. В ряде случаев такие нормативные акты легализовались на уровне официально издаваемых узаконений и получали обнародование с последующим включением в Полное собрание законов Российской империи и их законоположения помещались в соответствующие разделы Свода законов Российской империи.

В России после 1917 года в условиях формирования советской социалистической государственности и права практика издания незаконных правовых актов получила достаточно широкое распространение и прочно укоренилась в политико-управленческой деятельности. Это было связано с организацией власти, управления и нормативного регулирования на основе создания, становления и функционирования партийно-государственной структуры правления с базовыми основаниями идеократии – первоначально идеологии большевизма с ее ориентацией на диктатуру пролетариата как идеологического ядра политического и государственного режима, а затем «общенародного государства», которая существовала в РСФСР–СССР до середины 1980-х годов.

При этом заметим, что советская государственно-правовая система не соответствует нашим устоявшимся «классическим» представлениям о советском государстве и праве, которые продолжают опираться на ее трактовки, сложившиеся в 1960–1970-е годы. Публикация в 1990–2000-х годах ранее строго засекреченных документов коммунистической партии и советского государства, до этого глубоко запрятанных в архивные хранилища, поз-

воляет исследовать реальные механизмы нормативного регулирования и использования незаконных нормативных актов в политико-управленческих практиках. Именно последние и представляют интерес с точки изучения злоупотребления публичным правом.

Партийно-государственная система организации государственной власти и издание незаконных нормативных актов неразрывно связаны между собой, поскольку последние выступали как основа для таких практик. При этом следует учитывать, что в 1917 году в России прошел слом прежней системы государственной власти и правового регулирования и началось создание принципиально новой пролетарской государственности и права. Этот процесс базировался на общих установках марксизма в ленинской интерпретации. В.И. Ленин подчеркивал: «Государство, при диктатуре пролетариата, есть лишь новое орудие его классовой борьбы»¹. При этом право провозглашалось как воля победивших в революции трудящихся, во главе с рабочим классом, которая была возведена в закон, представляла систему общеобязательных и гарантированных пролетарским государством норм и являлась классовым регулятором общественных отношений.

Право выполняло как идеологическую функцию – стало одним из главных средств трансляции партийно-мировоззренческих установок и политических ориентиров в общество, так и носило политико-инструментальный характер – являлось орудием установления и осуществления диктатуры пролетариата, обеспечивало классовый правопорядок. Уже в первые годы советской власти революционная целесообразность была поставлена в подчинение элементарному обеспечению соблюдения даже уже принятых законов. В.И. Ленин подчеркивал: «Польза революции, польза рабочего класса – вот высший закон»². В ленинском понимании «закон есть мера политическая, есть политика»³. Эта трактовка

¹ Ленин В.И. Наброски и план брошюры о диктатуре пролетариата // Полное собрание сочинений. Т. 39. Москва, 1970. С. 459.

² Ленин В.И. Плеханов о терроре // Полное собрание сочинений. Т. 35. Москва, 1974. С. 185.

³ Ленин В.И. О карикатуре на марксизм // Полное собрание сочинений. Т. 30. Москва, 1973. С. 99.

назначения законодательства оставалась доминирующей и в последующие годы.

С 1917 года создание нового государства и права происходило при руководящей роли РКП(б) и ее лидера – В.И. Ленина, совмещавшего партийный и государственный посты секретаря ЦК и председателя СНК. С преодолением остатков многопартийности в начале 1920-х годов сложилось и функционировало по-своему уникальное политико-управленческое образование, состоящее из партийного и государственного аппарата при безусловном доминировании первого. С этого времени сложилась и до середины 1980-х годов функционировала партийно-государственная организационно-управленческая модель властвования и нормативного регулирования, в которой главенствующую роль занимала коммунистическая партия в лице ее лидеров, а государство выступало как механизм реализации политических решений ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС. Характерно, что и сам В.И. Ленин, выступая 27 марта 1922 года на XI съезде РКП(б), характеризовал Советское государство как «величайшее историческое изобретение»¹.

Центром формирования и принятия основных идеологических, политических, управленческих и законодательных решений было Политическое бюро ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС (в 1952–1966 годы – Президиум ЦК). В самом же политбюро доминировал партийный вождь – первоначально секретарь ЦК партии В.И. Ленин, а затем генеральные секретари – И.В. Сталин, Н.С. Хрущев, Л.И. Брежнев, Ю.В. Андропов, К.У. Черненко, М.С. Горбачёв, которые совмещали эту должность с высшими государственными постами. И хотя каждый устав партии объявлял высшими органами партии ее съезды, конференции и пленумы центрального комитета партии, именно Политбюро и аппарат ЦК (состоял из отделов и управлений и ведал организацией партийной, идеологической, административной, военной и других направлений деятельности) и подчиненные им партийные органы и организации пронизывали и контролировали все государственные и общественные структуры советского общества.

¹ Ленин В.И. Политический отчет Центрального комитета РКП(б) // Полное собрание сочинений. Т. 45. Москва, 1970. С. 109.

Составители сборника документов «Сталинское Политбюро в 30-е годы» подчеркивали: «Политбюро предопределяло все основные направления развития страны (а также рассматривало массу сравнительно мелких и второстепенных проблем), выступало главным арбитром при разрешении ключевых межведомственных противоречий, непосредственно организовывало исполнение многих своих постановлений и старалось держать под тщательным контролем всю систему власти. Значительное количество принципиальных решений и действий, формально исходивших от различных государственных органов (например, ЦИК СССР, СНК СССР, СТО СССР), на самом деле было результатом деятельности Политбюро. Обязательному утверждению Политбюро подлежали все сколько-нибудь значительные инициативы партийных, комсомольских, профсоюзных и прочих инстанций. Руководители Политбюро с полным основанием могли заявить: “Государство – это мы”»¹.

Политбюро ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС определяло и характер правового регулирования на основе классового подхода к содержанию пролетарского, а затем и социалистического права. Сложившуюся практику доминирующего значения партийных решений политико-идеологического характера в правовом регулировании в СССР весьма четко характеризует С.С. Алексеев, подчеркивая, что «важнейшие законодательные акты Советского государства разрабатываются и принимаются в соответствии с решениями КПСС, ее центральных органов – съездов, Пленумов ЦК, Политбюро. При этом отчетливо просматривается “цепочка” политических актов, которая воплощает руководящую роль КПСС в указанной области. Сначала – решение или иное руководящее положение в партийном документе, затем – общее, часто совместное ЦК КПСС и Совета Министров СССР, партийно-государственное нормативное решение по соответствующему вопросу и, наконец, конкретный нормативный акт государственно-го органа, а нередко – комплекс актов»².

¹ Сталинское Политбюро в 30-е годы: сборник документов / сост. О.В. Хлевнюк, А.В. Квашонкин, Л.П. Кошелева, Л.А. Роговая. Москва, 1995. С. 7.

² Алексеев С.С. Советское право как средство осуществления политики КПСС // Правоведение. 1977. № 5. С. 20.

Политбюро и ЦК стояли над правотворческой деятельностью советского государства и обеспечивали его направленность. При этом следует учитывать, что Политбюро и Центральный комитет по конституциям РСФСР–СССР не выступали субъектами правотворческой деятельности, что создавало определенные сложности в проведении решений партии в жизнь, официально распространяя их лишь на членов партии. Для этого с начала 1930-х годов использовали форму совместных государственно-партийных актов – Совета Народных комиссаров и Центрального Комитета ВКП(б), а позднее ЦК КПСС и Совета Министров СССР¹.

В итоге Политбюро ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС стояло над высшими институтами государственной власти и определяло его политический курс и характер деятельности. Партийные документы – программные директивные решения высших партийных органов (съездов, конференций и пленумов ЦК) готовились аппаратом ЦК и рассматривались на уровне генерального секретаря и членов Политбюро. Они выступали идеологическими и политическими источниками права и основанием управленческих и законодательных решений. При этом в РСФСР–СССР в 1917 – середине 1890-х годов сформировалась и функционировала официальная правотворческая система деятельности высших органов государственной власти и управления – издания законов и подзаконных актов с ее юридической иерархией по формам внешнего выражения позитивного права и их юридической силы. И, казалось бы, этого было достаточно для нормирования жизнедеятельности советского общества. Но именно в этих условиях и складывается система издания незаконных нормативных актов.

Нормативно-регулятивная природа незаконных актов определялась преимущественно охранительно-репрессивной сферой их действия и *предметно* была направлена в рамках официальной идеологии на обеспечение и поддержание партии и государства, безопасности партийно-государственной системы осуществления власти и обеспечиваемого ими общественно-полити-

¹ См.: Кодак С.В. «Совет Народных Комиссаров и Центральный Комитет ВКП(б) постановляют...». Совместные нормативно-правовые акты коммунистической партии и советского государства в системе источников советского права // Genesis: исторические исследования. 2016. № 1. С. 39–53.

ческого строя от идеологических, политических, экономических, военных и других угроз. Фактически посредством их регламентировался и определялся преимущественно характер политических репрессий и политического контроля в стране, поскольку информацию о роли высшего руководства коммунистической партии – РКП(б)–ВКП(б)–КПСС предпочитали не предавать огласке и держать в строгом режиме секретности.

Исходные начала незаконных нормативных актов определялись на уровне идеологических и политических установок и мнений лидеров партии (совмещавших и одновременно и высшие государственные посты), обсуждались в режиме обеспечения конфиденциальности на заседаниях Политбюро ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС, а затем оформлялись его постановлениями. Реализация таких постановлений осуществлялась уже через соответствующие государственные структуры в различных формах в строго секретном порядке. При этом указанные акты не носили «подзаконный» характер, поскольку не следовали ни на основании, ни в развитие законов СССР. Постановления Политбюро носили строго конфиденциальный характер, и им присваивался соответствующий гриф секретности – «Строго секретно», «Особой важности», «Совершенно секретно», «Особой важности – Особая папка», за которым собственно и скрывались состоявшиеся решения всевластного партийного органа¹.

В рамках данного подхода *внезаконные нормативные акты рассматриваются как вид носителей государственно-правовой информации – документов, издаваемых в секретном порядке вне общих механизмов правотворческой деятельности и регламентирующих реализацию идеологических, политических и управленческих решений Политбюро ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС как фактически высшего органа власти в РСФСР–СССР в 1917–1980-х годах*. Выделим их основные разновидности.

Постановления Политбюро ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС выступали как партийные документы, содержащие решения по отдельным вопросам идеологического, политического и управленческого характера, а также могли включать положения относительно

¹ См.: Политбюро ЦК РКП(б)–ВКП(б). Повестки дня заседаний, 1919–1952: Каталог: в 3 т. Москва, 2000–2001.

изменения в структуре и компетенции отдельных государственных органов, их полномочий и т. п. Так, например, принятым по инициативе И.В. Сталина, выразившего недовольство направляемыми из СССР в зарубежную печать сведениям, постановлением политбюро ЦК ВКП(б) «О цензорском контроле над информацией, направляемой из СССР иностранными корреспондентами» от 25 февраля 1946 года было предписано «изъять из ведения Отдела печати Наркоминдела цензорский контроль над информацией, передаваемой из СССР иностранными корреспондентами, а возложить этот контроль на уполномоченного Совнаркома СССР по охране военных и государственных тайн в печати», а также создать при последнем «отдел цензорского контроля над информацией иностранных корреспондентов». Одновременно утвердили и «Инструкцию о цензорском контроле над информацией, направляемой из СССР иностранными корреспондентами»¹.

Совместные секретные постановления СНК СССР и ЦК ВКП(б) содержали нормативные предписания по вопросам, связанным с обеспечением государственной безопасности, оборонной промышленности, деятельностью репрессивных учреждений и др. Такие акты могли давать и прямые указания по действиям репрессивного характера. В качестве примера можно привести постановление ЦК ВКП(б) и СНК СССР «О сельскохозяйственных заготовках в Белоруссии» от 19 декабря 1932 года № 1869/394с (гриф «Секретно»), предписывающее: «Обязать ЦК КП(б)Б, СНК БССР и ПП ОГПУ развернуть решительную борьбу со спекулянтскими элементами и саботажниками заготовок в колхозах и среди единоличников и на деле обеспечить проведение решительных мер по искоренению спекулянтов-перекупщиков вплоть до выселения их из пределов Белоруссии, не останавливаясь перед применением расстрела в отношении наиболее злостных»².

Шифротелеграммы генерального секретаря ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС направлялись в партийные и государственные

¹ Фонд Александра Яковлева. Архив. URL: <https://alexanderyakovlev.org/fond/issues-doc/69274> (дата обращения: 10.05.2019).

² Исторические материалы. URL: <http://istmat.info/node/58457> (дата обращения: 10.05.2019).

структуры и могли содержать прямо противоречащие законодательству нормативные предписания. В качестве примера приведем шифротелеграмму от 10 января 1939 года № 26/ш за подписью И.В. Сталина секретарям обкомов, крайкомов и руководству НКВД–УНКВД «О применении мер физического воздействия в отношении “врагов народа”», в которой указывалось: «Известно, что все буржуазные разведки применяют физическое воздействие в отношении представителей социалистического пролетариата, и притом применяют его в самых безобразных формах. Спрашивается, почему социалистическая разведка должна быть более гуманной в отношении “заядлых” агентов буржуазии, “заклятых” врагов рабочего класса и колхозников. ЦК ВКП считает, что метод физического воздействия должен обязательно применяться и впредь, в виде исключения, в отношении явных и неразоружающихся врагов народа, как совершенно правильный и целесообразный метод»¹.

Акты высших органов государственного управления – секретные приказы и директивы их руководителей издавались, как правило, на основе постановления Политбюро, в ряде случаев поручения секретарей и по представлению руководителей отделов ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС, а также по инициативе руководителей министерств и ведомств. Особенно активно такая практика использовалась для реализации политических решений через НКВД СССР.

Приведем в качестве примера механизм издания незаконных нормативных актов в ходе репрессий 1937–1938 годов. В их основе находилось постановление Политбюро «Об антисоветских элементах» от 2 июля 1937 года (гриф «Строго секретно. Особая папка»), которое предписало «всем секретарям областных и краевых организаций и всем областным, краевым и республиканским представителям НКВД взять на учет всех возвратившихся на родину кулаков и уголовников с тем, чтобы наиболее враждебные из них были немедленно арестованы и были расстреляны в порядке административного проведения их дел через тройки, а остальные менее активные, но все же враждебные элементы были переписаны и высланы в районы по указанию НКВД».

¹ Фонд Александра Яковлева. Архив. URL: <https://www.alexanderyakovlev.org/fond/issues-doc/58623> (дата обращения: 10.05.2019).

На основании постановления был подготовлен проект соответствующего приказа НКВД СССР, который 31 июля 1937 года был рассмотрен и утвержден Политбюро – в 15 пунктах были определены две категории репрессированных (к расстрелу и заключению), конкретные меры по его реализации с указаниями соответствующим министерствам. Реализацию этих решений определил и детализировал Оперативный приказ НКВД СССР № 00447 «Об операции по репрессированию бывших кулаков, уголовников и других антисоветских элементов» от 30 июля 1937 года (гриф «Совершенно секретно»)¹.

Итак, практика издания незаконных нормативных актов, рассматриваемая в контексте злоупотребления публичным правом, показывает механизмы внеправового и незаконного характера принятия и реализации решений Политбюро ЦК РКП(б)–ВКП(б)–КПСС, а фактически возглавлявшего его генерального секретаря. Использование такого вида актов в управлении и нормировании жизнедеятельности советского общества выступает характерной чертой партийно-государственной системы осуществления власти в РСФСР–СССР в 1917 – середине 1980-х годов.

¹ См.: Фонд Александра Яковлева. Архив. URL: <https://alexanderyakovlev.org/fond/issues-doc/1009099> (дата обращения: 10.05.2019).

Козлова М.Ю.,

кандидат юридических наук, доцент, ведущий научный сотрудник Института права Волгоградского государственного университета

Признаки злоупотребления правом в тексте гражданско-правового договора¹

В связи с отсутствием легального понятия злоупотребления правом наука гражданского права разрабатывает признаки и критерии злоупотребления. Так, в качестве признаков злоупотребления указываются умышленный характер поведения управомоченного лица по осуществлению принадлежащего ему права, нарушение установленных в ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ) пределов осуществления, наличие причиненного вреда или создание условий для его причинения². Некоторые исследователи обоснованно обращают внимание также на отсутствие запрещающей или обязывающей нормы, предписывающей действовать определенным образом³.

Верховный Суд Российской Федерации, определяя злоупотребление правом, отмечает также, что поведение управомоченного лица, которое может быть квалифицировано как злоупотребление правом, осуществляется с незаконной целью или незаконными средствами⁴.

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-011-00251 «Тенденции развития языковых средств юридической техники гражданско-правового договора».

² См.: *Поротикова О.А.* Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом. Москва, 2007. С. 245.

³ См.: *Дерюгина Т.В.* Пределы осуществления гражданских прав: монография. Москва, 2010. С. 126.

⁴ См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 14 июня 2016 года № 52-КГ16-4. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 07.05.2019).

Достаточно часто инструментом осуществления злоупотребления является гражданско-правовой договор. Возникает вопрос о том, можно ли по содержанию текста договора определить, что то или иное условие является выражением злоупотребления или приведет к злоупотреблению правом.

Изучение судебной практики свидетельствует о том, что исключительно анализа текста договора в подавляющем большинстве случаев недостаточно, необходимо исследование также и обстоятельств, которые предшествовали заключению договора, а в некоторых случаях требуется и изучение обычных в подобных случаях условий аналогичных договоров. В некоторых случаях сделать вывод о злоупотреблении можно на основании типичных сделок, заключаемых в данной сфере.

В качестве примера можно привести оценку договорных условий как несправедливых. Несправедливые договорные условия характеризуются явной обременительностью для одного из контрагентов и нарушением баланса интересов сторон.

Установление несправедливых договорных условий трактуется как недобросовестное поведение, как нарушение пределов осуществления права. Одним из вариантов защиты интересов слабой стороны выступает заявление о недопустимости применения несправедливых договорных условий на основании ст. 10 ГК РФ. Несправедливые договорные условия могут быть связаны с неравенством переговорных возможностей, невозможностью заключить договор с третьими лицами на иных условиях и тому подобными обстоятельствами¹.

О злоупотреблении может свидетельствовать условие договора, отклоняющееся от обычных условий в договорах подобного рода. Так, между арендодателем – ООО «Сервис» (арендодатель) и региональным отделением политической партии «Справедливая Россия» в Ульяновской области (арендатор) был заключен договор аренды офисных помещений общей площадью 119,75 кв. м сроком на 10 лет, цена договора составляла 110 000 рублей в месяц без НДС. При этом одно и то же лицо – С.А. Герасимов – на

¹ См.: О свободе договора и ее пределах: постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 14 марта 2014 года № 16 (п. 9, 10) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 5.

момент заключения договора аренды являлся одновременно председателем Совета Регионального отделения и единственным участником ООО «Сервис». Цена квадратного метра была значительно выше среднерыночной, а реальной потребности в такой значительной площади помещений не было.

Договором не была предусмотрена возможность его расторжения по инициативе арендатора, но были предусмотрены многочисленные основания для внесудебного отказа арендодателя от данного договора. Пункт 6.2 договора содержал условие о том, что досрочное расторжение договора по инициативе арендатора возможно только с письменного согласия арендодателя.

Исходя из анализа текста – условий о сроке, цене договора, отсутствия условий о расторжении договора по инициативе арендатора, а также обстоятельств заключения договора – суды пришли к выводу о наличии в договоре несправедливых договорных условий и расторгли договор аренды¹.

В другом деле займодавец обратился в суд с требованием о взыскании процентов по договору в размере 1 102 500 рублей. Договор займа на сумму 1 млн рублей содержал условия о том, что займ является беспроцентным в случае его погашения в установленный соглашением срок, а при неуплате суммы займа в указанный срок подлежат начислению проценты в размере 1,5% за каждый день пользования займом с момента передачи суммы займа до ее выплаты займодавцу.

Суды первой и апелляционной инстанции удовлетворили иск. При рассмотрении дела Верховным Судом Российской Федерации суд обратил внимание на то, что апелляционная инстанция не учла недобросовестности поведения займодавца при определении размера процентов за пользование займом, которые составили 547,5% годовых.

Содержащееся в договоре займа условие было оценено как обременительное, нарушающее баланс интересов сторон, принципы разумности и добросовестности. Был сделан вывод о несправедливости договорных условий, а действия займодавца ква-

¹ См.: Решение Арбитражного суда Ульяновской области от 28 марта 2017 года по делу № А72-33/2017. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/41d24f91-bab4-4eb1-b98e-4eb112504e95> (дата обращения: 05.05.2019).

лифицированы как злоупотребление правом¹. При этом суд в первую очередь исследовал текст договора и размер процентов, обычно взимаемых при подобных обстоятельствах. Примечательно, что суд апелляционной инстанции, в который Верховный Суд Российской Федерации направил дело на новое рассмотрение, пересчитал размер процентов, исходя из 100% годовых².

В некоторых случаях формально законная сделка с учетом контекста, целей действий сторон может рассматриваться как действие в обход закона, как злоупотребление правом. В этом случае буквальное толкование текста договора не может привести к однозначному выводу о наличии или отсутствии злоупотребления правом. Так, например, между арендатором земельного участка и иным лицом был заключен допустимый законом договор перенайма, без не предусмотренного законом согласия арендодателя. Такое положение привело к тому, что арендодатель не имел возможности удостовериться ни в надлежащих деловых качествах нового арендатора, ни в его платежеспособности. Равным образом арендодатель был лишен права повлиять на права и обязанности участников соглашения о замене стороны обязательства.

Разбирая конфликт, вытекающий из указанного договора аренды, суды, руководствуясь необходимостью соблюдения баланса интересов сторон договора, пришли к выводу о том, что гарантии, предоставленные Земельным кодексом Российской Федерации арендатору, в равной мере должны распространяться и на арендодателя, и могут быть использованы для защиты его прав и законных интересов.

Рассматривая данное дело, Высший Арбитражный Суд Российской Федерации сделал вывод о возможности считать поведение арендатора в подобной ситуации злоупотреблением правом, если целью перевода прав и обязанностей на нового арендатора является избежание договорной ответственности, иных

¹ См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29 марта 2016 года № 83-КГ16-2. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 07.05.2019).

² См.: Апелляционное определение Брянского областного суда от 14 июня 2016 года № 33-2174/2016 по делу № 2-1315/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.05.2019).

неблагоприятных последствий, связанных с неисполнением или ненадлежащим исполнением договора аренды предыдущим арендатором, предоставление необоснованных преимуществ новому арендатору¹.

Допустимый законом договор дарения недвижимого имущества между супругами может рассматриваться как злоупотребление правом, если таким образом один из супругов хочет избежать наложения взыскания по исполнительному листу².

Таким образом, текст гражданско-правового договора может служить лишь отправной точкой для вывода о злоупотреблении правом со стороны контрагента, и только совокупность всех условий и обстоятельств заключения такого договора может привести к достоверному выводу о злоупотреблении.

Нельзя обойти вниманием ситуации, для которых характерна потенциальная возможность для злоупотребления со стороны одного из контрагентов. Во многом это касается случаев, когда единый текст договора отсутствует, например, договор заключается посредством обмена документами, а также при помощи средств сети «Интернет».

Договоры в сети «Интернет» можно заключить путем клика мышью (clickwrap) в соответствующих формах на сайте («Я согласен») после ознакомления и принятия условий. Соглашение brow sewrap не предполагает прямого выражения воли пользователя путем совершения каких-либо подтверждающих ознакомления с условиями действий, предполагается, что пользователь принимает соглашение, просто используя сайт или приложение.

Как правило, такие договоры заключаются с потребителями, то есть физическими лицами, которые заказывают товары или услуги для своих личных нужд.

Следует отметить, что существуют исследования относительно лицензионных соглашений, согласно которым даже для соглашений, где потребители должны подтвердить, что они про-

¹ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 октября 2013 года № 3914/13 по делу № А06-7751/2010 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2014. № 2.

² См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 1 декабря 2015 года № 4-КГ15-54. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 15.05.2019).

читали и согласились с условиями продажи, прежде чем покупать продукт, и эти условия заметны и доступны, процент потребителей, которые действительно прочитали условия, находится в диапазоне от 0,05 до 0,22%¹.

При этом, например, в пользовательском соглашении сервиса заказа такси «Uber» содержатся условия, не соответствующие интересам потребителя. Это, в частности, условия об ограничении ответственности – «Ни при каких обстоятельствах полная ответственность компании «Uber» по отношению к вам в связи с оказываемыми услугами не будет превышать 500 (пятьсот) евро по всем убыткам, ущербу и основаниям для иска»². И, кроме того, в качестве применимого права названо законодательство Нидерландов, за исключением норм коллизионного права.

У потребителя, обращающегося к сервису заказа такси, складывается впечатление, что именно с этим сервисом и заключается договор перевозки, хотя юридические отношения могут строиться таким образом, что непосредственно услуги перевозки оказываются иным лицом. Российский правоприменитель вынужден преодолевать пробелы законодательства, предоставляя защиту потребителю от возможных злоупотреблений со стороны сервисов заказа такси, особенно в случаях возникновения оснований для гражданско-правовой ответственности. Поэтому Пленум Верховного Суда Российской Федерации разъясняет, что если у пассажира создалось впечатление, что он заключает договор перевозки с лицом, к которому он обращается для заказа такси, то это лицо и отвечает за причиненный вред³.

Приведем другой пример, когда договор создает угрозу злоупотребления правом.

¹ Bakos, Yannis; Marotta-Wurgler, Florencia; and Trossen, David R., Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts (2014). New York University Law and Economics Working Papers. Paper 195. URL: http://lsr.nellco.org/nyu_lewp/195 (дата обращения: 12.05.2019).

² Юридическая информация UBER ML B.V. Условия и положения. URL: <https://support-uber.com/legal/tos?lang=ru> (дата обращения: 25.04.2019).

³ О некоторых вопросах применения законодательства о договоре перевозки автомобильным транспортом грузов, пассажиров и багажа и о договоре транспортной экспедиции: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 июня 2018 года № 26 (п. 18) // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 8.

На сайте Ярославского художественного музея¹ размещен текст договора присоединения на предоставление неисключительных прав на однократное использование в коммерческих целях изображений музейных предметов без предварительного письменного согласования с музеем и без установления музеем ограничений по общему тиражу материального носителя изображения, территории его распространения и сроку выхода.

В пункте 1 договора устанавливается, что предоставление неисключительных прав на однократное использование в коммерческих целях изображений объектов музея, его наименования или символики без предварительного письменного согласования с музеем и без установления музеем каких-либо ограничений осуществляется исходя из следующей стоимости за использование одного изображения: ранее опубликованное изображение – 120 000 рублей; ранее неопубликованное изображение – 240 000 рублей.

Также в договоре (п. 4) определяется, что датой начала предоставления права является первый день его использования правоприобретателем в коммерческих целях, при этом (п. 6) какие-либо документы, свидетельствующие о передаче от правообладателя к правоприобретателю указанного права, сторонами не составляются и не подписываются.

В судебной практике имеются дела, в которых Ярославский художественный музей предъявлял требования к субъектам, использовавшим изображение музейных предметов без согласия музея, ссылаясь на заключенный договор присоединения², даже если фактически договор не заключался. Судя по содержанию судебных актов, музей считает, что сам факт использования изображения музейного предмета рассматривается как присоединение к договору на тех условиях, которые содержатся в его тексте. Однако, несмотря на то, что музеям действительно предоставлено право разрешать или запрещать использование изображений музейных предметов (ст. 36 Федерального закона от

¹ Официальный сайт Ярославского художественного музея. URL: <http://yarartmuseum.ru/pdf/price2019.pdf> (дата обращения: 13.05.2019).

² Решение Арбитражного суда г. Москвы от 4 апреля 2016 года по делу № А40-194221/15. URL: <https://kad.arbitr.ru/Card/762437a4-1cb2-4cbb-b881-49754fae14ca> (дата обращения: 13.05.2019).

26 мая 1996 года № 54-ФЗ «О Музейном фонде Российской Федерации и музеях в Российской Федерации»¹), такое поведение не может рассматриваться как добросовестное и может быть квалифицировано как злоупотребление.

Злоупотребление правом при заключении гражданско-правовых договоров – явление достаточно распространенное. В тексте договора может содержаться условие, которое возможно оценить как несправедливое, нарушающее баланс интересов сторон, или же условие, направленное на обход закона. Как правило, анализа исключительно текста договора недостаточно для того, чтобы сделать вывод о злоупотреблении – требуется изучение обстоятельств заключения договора, обычных условий заключения подобных договоров, типичных договоров, заключаемых в изучаемой сфере. Сложности может вызвать анализ договорных отношений при отсутствии договора как единого документа (присоединение к формуляру договора, использование приложений для смартфона). В некоторых случаях суд может оценить действия стороны, предложившей заключение договора, как злоупотребление и установить, что условия договора соответствуют представлениям о них потребителя.

¹ Российская газета. 1996. 4 июня.

Крусс В.И.,

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории права Тверского государственного университета;

Вихрова В.А.,

магистрант юридического факультета Тверского государственного университета

Дистанционное заключение договора банковского вклада: «инновационные» риски злоупотреблений правом

Ускоренная социальная трансформация, сопряженная с внедрением инновационных форм и практик договорных правоотношений, побуждает юридическую науку анализировать риски такого технологически артикулированного обновления и просчитывать их негативные последствия, включая вероятное снижение уровня гарантий и обеспечения прав и свобод человека и гражданина.

К проблемам подобного рода ведет, например, внедрение сервисов удаленной, онлайн-коммуникации при заключении и реализации договоров банковского счета (вклада). Презумпция сугубо «прогрессивного» характера таких нововведений оказывается опровержимой, в том числе в связи со снижением стандартов добросовестности сторон в плане готовности признания пропорционального бремени финансовых потерь, которых не знала традиционная форма договора. При этом дефицит процессуальных ресурсов противодействия проявлениям злоупотреблений правом со стороны банков (кредитных организаций) не компенсируется готовностью и расположением судей (судов) к конституционному утверждению «выпадающей» в контексте цифровой коммуникации справедливости. Соответственно, механизм правового регулирования инновационной версии договора банковского вклада начинает входить в противоречие с принципиальными

требованиями положений ст. 17 (ч. 3), 18, 19 и 34 Конституции Российской Федерации¹.

О наличии в России банков, которые целенаправленно уничтожают базы данных вкладчиков либо не заносят их в баланс, было известно и ранее². Проблема последствий такой недобросовестности обострилась после того, как Центробанк России начал на правах мегарегулятора активно отзываться лицензии у коммерческих банков, признанных неплатежеспособными. В результате многие увлеченные новыми технологическими, цифровыми опциями клиенты таких банков неожиданно для себя обнаружили, что их депозиты и активы являются «забалансовыми». Апеллирующим к правосудию вкладчикам³ указали, что у них нет отвечающих процессуальным стандартам документов, подтверждающих факт внесения денежных средств на счет вкладчика и являющихся законным основанием как для исполнения своих обязательств банком, так и для выплаты страхового возмещения Агентством по страхованию вкладов (далее – АСВ)⁴.

¹ См.: *Крусс В.И.* Злоупотребление правом: учебное пособие. Москва, 2010.

² Об этом, например, заявила глава Банка России Э.С. Набиуллина, предложив еще в 2016 году ряд противостоящих таким практикам инноваций. См.: *Белосусов Д.В.* Пути решения проблемы неучтенных депозитов граждан // *Банковское право*. 2017. № 2. С. 57.

³ См.: Апелляционное определение Свердловского областного суда от 14 июля 2016 года по делу № 33-10946/2016 // Официальный сайт Свердловского областного суда. URL: https://oblsud--svd.sudrf.ru/modules.php?name=sud_delo&name_op=doc&srv_num=1&number=11701433&delo_id=5&new=5&text_number=1 (дата обращения: 16.03.2019).

⁴ Справедливости ради отметим, что некоторые вкладчики, в свою очередь, попытались воспользоваться сложившейся в результате активизации контрольной деятельности Банка России ситуацией отнодь не добросовестным образом. Суды захлестнула волна исков от АСВ, требовавших признать недействительными договоры банковских вкладов, заключенные ввиду угрозы финансовых потерь. Применялась простая схема: граждане обращались в банк с заявлениями о досрочном возврате не подпадавших под страховое обеспечение денежных средств и одновременно (без каких-либо фактических финансовых операций) открывали в том же банке новые вклады в пределах страховой суммы. По мнению АСВ, подобный формальный (фейковый) документооборот в период, когда банк обладал признаками неплатежеспособности, являлся формой злоупотреблений правом в отношении договора вклада. См.: АСВ начало отзываться иски к вкладчикам рухнувших банков // *Право.ru*. URL: <https://pravo.ru/news/201398/> (дата обращения: 16.03.2019).

Согласно ст. 836 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) договор банковского вклада должен быть заключен в письменной форме, и несоблюдение этого требования влечет недействительность договора как ничтожного. Технически надлежащая форма договора может быть удостоверена сберегательной книжкой, сберегательным или депозитным сертификатом либо иным выданным банком вкладчику документом, отвечающим предусмотренным законом требованиям, установленным в соответствии с банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями.

Разъясняя конституционно-правовой смысл и правоприменительное значение приведенных законоположений, Конституционный Суд Российской Федерации указал, что они не препятствуют судам признавать требования к форме договора банковского вклада соблюденными, а договор – заключенным, если будет установлено, что прием от гражданина денежных средств подтверждается документами, которые были выданы ему банком (лицом, которое, исходя из обстановки заключения договора, воспринималось гражданином как действующее от имени банка) и в тексте которых отражен факт внесения, а поведение гражданина являлось при этом разумным и добросовестным¹.

Классифицируя договор банковского вклада как публичный и присоединения, Конституционный Суд Российской Федерации подчеркнул, что добросовестность и разумность гражданина-вкладчика презюмируются в том числе применительно к его оценке предлагаемых условий банковского вклада. Несение же бремени неблагоприятных последствий несоблюдения требований к форме договора и процедуры его заключения возлагается на банк, поскольку как составление проекта такого договора, так

¹ См.: По делу о проверке конституционности пункта 1 статьи 836 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.С. Билера, П.А. Гурьянова, Н.А. Гурьяновой, С.И. Каминской, А.М. Савенкова, Л.И. Савенковой и И.П. Степанюгиной: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 октября 2015 года № 28-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 45, ст. 6311. При этом к числу «иных» удостоверяющих документов непосредственно Судом был отнесен приходный кассовый ордер, отвечающий по форме требованиям, утвержденным Банком России.

и оформление принятия денежных средств во вклад осуществляются именно банком, который, в силу положений абз. 3 п. 1 ст. 2 и ст. 50 ГК РФ, должен делать это надлежащим образом, поскольку обладает специальной правоспособностью и является профессионалом в банковской сфере, знающим правила и обычаи делового оборота.

Судебная практика, как отмечено в литературе, пошла по пути предельной формализации приведенных правоустанавливающих положений Конституционного Суда Российской Федерации. Акцент по-прежнему делается не на открытом характере перечня удостоверяющих надлежащую форму договора документов, а на необходимости их нормативной конкретизации¹. Особое же предубеждение (в плане процессуальной состоятельности доказательств) суды проявляют по отношению к тем документам нестандартного типа, которые генерирует система дистанционной договорной коммуникации (выгрузка, электронные выписки, скриншоты)². Утверждать конституционное равенство граждан, оформивших свои договоры инновационным образом, с «обычными» вкладчиками суды явно не расположены. «Продвинутых» вкладчиков признают недобросовестными по той же сомнительной логике, какая звучала в судебных решениях по искам клиентов, согласившихся с выгодными условиями «привилегированного» обслуживания и лишившихся в итоге своих вкладов и страховых возмещений³.

Очевидно, что судебная практика учитывает при этом и «невнятную» реакцию федерального законодателя. Его отклик на доводы и установления Конституционного Суда Российской Феде-

¹ См.: О формах документов, применяемых кредитными организациями на территории Российской Федерации при осуществлении кассовых операций с банкнотами и монетой Банка России, банкнотами и монетой иностранных государств (группы иностранных государств), операций со слитками драгоценных металлов, и порядке их заполнения и оформления: указание Банка России от 30 июля 2014 года № 3352-У. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 30.05.2019).

² См.: Белоусов Д.В. Пути решения проблемы неучтенных депозитов граждан // Банковское право. 2017. № 2. С. 56–60.

³ См.: Пыхтин С.В. Оценка судами разумности и добросовестности действий вкладчика при заключении договора банковского вклада. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 30.05.2019).

рации, то есть необходимое участие в конституционализации, выразилось в исключении из абз. 2 п. 1 ст. 836 ГК РФ слов «делового оборота»¹. Почему и как именно оптимизирует ситуацию проведенная таким образом замена более узкого понятия «банковские обычаи делового оборота» понятием, более широким по объему (и поглощающим первое), остается неясным. Не понятно и то, с какого момента складывающиеся в банковской практике обычаи дистанционного заключения договоров и ведения дистанционного обслуживания клиентов перейдут в легальную категорию «применяемых», что, надо полагать, послужит оправданием и электронных договорных техник.

Между тем популярность дистанционного взаимодействия клиентов с банками и финансовыми организациями продолжает расти. Немало способствует тому реклама успешных вкладчиков, умножающих свое благосостояние онлайн «попутно», не отрываясь от компьютеров и гаджетов. Задумываются ли увлеченные яркими перспективами граждане о том, как будут защищать свои права на вклады, столкнувшись с недобросовестностью банков, и не доведется ли им безуспешно «глотать пыль» в российских судах? И, главное, насколько государство осознает угрозы экстенсивного роста подобных деформаций, чреватых аффектами консолидированного сетевого возмущения и протестов?

Конституционный правопорядок исключает любые формы цифрового неравенства обладателей неотчуждаемых прав и свобод в любых версиях их негативной или позитивной дискриминации. Равным образом за каждым вкладчиком в России признается неумаляемое достоинство, сопряженное с конституционной презумпцией добросовестности. Тем не менее, учитывая устойчивую инерцию позитивистского формализма, полагаем целесообразным разработать и имплементировать в профильное законодательство (включая подзаконные акты) такие нормативные конструкции, которые будут в полной мере (институционально) учи-

¹ См.: О внесении изменений в части первую и вторую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации: федеральный закон от 26 июля 2017 года № 212-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 30.05.2019).

тивать специфику рисков злоупотреблений правом при дистанционном заключении договора банковского вклада.

В частности, поскольку личное посещение банка клиентом при удаленном заключении договора не требуется, не лишним было бы предусмотреть в типовой форме электронного договора опцию подтверждения проверки вкладчиком наличия у банка лицензии, а также правильности введения адреса сайта банка в строке браузера (дабы не попасть на фишинговый сайт). Аналогичным образом вкладчика следует ориентировать на проверку установления соединения с аутентичным сайтом в безопасном режиме (обозначается как «https://» в начале адресной строки)¹, без чего становится невозможным продолжать оформление договора.

Кроме того, в форме рекомендаций либо предусмотренных специальных подтверждений пользователь должен быть осведомлен о необходимости соблюдать иные правила поведения в Интернете, не только обеспечивающие конфиденциальность паролей и безопасность финансовых транзакций, но и объективно отображающие стремление к добросовестному взаимодействию вкладчика в виртуальном «здании банка» с виртуальным «работником банка» (хотя бы на месте последнего и был в действительности робот-клерк, о пришествии которого неоднократно предупреждал Герман Греф).

Так, с учетом сложившейся практики пользователям интернет-банкинга важно внимательно следить за тем, по каким ссылкам они переходят и насколько официальными, достоверными являются эти ссылки. Любую дистанционную коммуникацию с банком следует осуществлять только через официальные средства связи, соблюдая разумную осторожность: проверять адреса получаемых смс-сообщений; не переходить по подозрительным ссылкам; при общении по телефону убеждаться в принадлежности номера корреспондента банку. При каждом переводе денежных средств на депозитный счет целесообразно проверять достоверность соответствующих банковских реквизитов.

¹ См.: Справка по интернет-банку ВТБ // Официальный сайт банка ВТБ. URL: <https://online.vtb.ru/content/v/ru/help/security/topic678.html> (дата обращения: 17.03.2019).

В настоящее время возможность подтвердить факт дистанционного заключения договора банковского вклада обеспечивают локальные (банковские) акты общего характера¹. Чаще всего это происходит с помощью простой электронной подписи, в роли которой выступает смс-сообщение, отправляемое в адрес банка по его запросу. Значительно реже используется квалифицированная электронная подпись. В любом случае, чтобы убедиться в самом факте заключения договора, клиент должен проверить в интерфейсе сайта/мобильного приложения появление депозитного счета. Только в этом случае его действия будут отвечать критериям должной осмотрительности, подтверждающим договорную добросовестность.

Наряду с этим большинство банков дополнительно предлагает опцию получения дистанционно заключенного договора в бумажном виде в любом отделении при предъявлении документа, удостоверяющего личность вкладчика, а также возможность получения «материального» экземпляра договора почтой. Можно ли трактовать отказ вкладчика от подтверждения необходимости совершения контрагентом таких дополнительных страховочных действий, как выражение недобросовестности? Полагаем, нет. Активный настрой на дистанционную коммуникацию выражает специфику мировоззрения и «цифровой ментальности» современных (продвинутых) пользователей. Связывать их подобными юридически значимыми обязательствами, означало бы нарушать границы автономного самоопределения личности. Соответствующим образом к оценке таких решений должна подходить и судебная практика, поскольку с позиций конституционного понимания добросовестность вкладчика предполагается и опровергается лишь доказательствами ее отсутствия².

Специфические трудности возможны и при подтверждении факта дистанционного внесения денежных средств на депозитный счет, если транзакция происходит внутри банка вкладчика и

¹ См.: Условия комплексного банковского обслуживания физических лиц // Официальный сайт банка Тинькофф. URL: https://static.tinkoff.ru/documents/docs/terms_of_integrated_banking_services.pdf (дата обращения: 17.03.2019).

² См.: *Крусс В.И.* Конституционная презумпция добросовестности и проблемы ее отраслевой «конкретизации» // Юридическая техника: Ежегодник. 2010. № 4. С. 285.

соответственно может им безраздельно «корректироваться». Исключить в таких случаях проявления недобросовестности со стороны банков, например со ссылками на статистически неизбежные операционные ошибки или сбои в программном обеспечении, на наш взгляд, нельзя; как нельзя и опровергнуть подобные доводы. Равным образом трудно рассчитывать на процессуальную весомость информации о внутрибанковских операциях в судебных спорах о страховом возмещении.

Гораздо надежнее в этом отношении выглядят банковские операции с использованием счетов клиента в других банках. Здесь перспективным в процессуальном отношении ресурсом может оказаться технология блокчейна, обеспечивающая глубокую транспарентность «цепочки» движения денежных средств «извне» вплоть до личного счета клиента банка. Пока же дистанционным пользователям можно рекомендовать регулярно (в разумной трактовке) запрашивать выписки о движении по счету или справку о наличии соответствующего вклада в электронной форме.

В целом же полагаем, что, как и повсюду¹, в обозначенной проблемной сфере (и перспективе) суды должны получить возможность и «научиться» принимать конституционно однородные решения по делам, связанным с утверждением конституционной презумпции добросовестности и одновременно оценкой доказательств добросовестности контрагентов, заключающих и исполняющих договоры банковского вклада в дистанционной форме. Реальность такой перспективы предопределяет, в свою очередь, конституционная добросовестность самих судей, восполнить дефицит которой не могут ни самые совершенные нормативные конструкции, ни правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации.

¹ См.: *Крусс В.И.* Добросовестность как вектор и «искушение» конституционализации экономической составляющей правовой системы России // Ежегодник Конституционной Экономики. 2019. Москва, 2019. С. 225–252.

Крусс В.И.,

доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой теории права Тверского государственного университета;

Воронин А.В.,

студент юридического факультета Тверского государственного университета

Мессенджеры как средства коммуникации в контексте конституционной теории злоупотребления правом

Конституционное правопользование в цифровую эпоху обеспечивают инновационные технологические и технические ресурсы, к сожалению, вполне пригодные для актуализации и таких форм креативного личностного самоопределения «на фоне» декларирования неотчуждаемых прав и свобод, которые должны восприниматься не иначе как акты злоупотребления правом¹.

Понимание феномена злоупотребления правом как негативной (и неприемлемой) проекции конституционного правопользования позволяет индуктировать научно-аналитические разработки отраслевого уровня, сводя их гипотезы, умозаключения и предложения на основе «знаменателя» конституционного правопонимания. При этом конституционная методологическая основательность готова содействовать и утверждению отраслевой идентичности тех нетрадиционных юридических дисциплин, которые испытывают заметные трудности с поиском идентичности. В частности, направлений, попеременно апробирующих титулы права Интернета, сетевого информационного права или права цифровых коммуникаций.

Интересующие таких исследователей общественные отношения (виртуальные взаимодействия и связи) являются «технологическими редакциями» непосредственного и опосредованного, индивидуального и совместного пользования полномочиями, определенными в Кон-

¹ См.: Крусс В.И. Теория конституционного правопользования. Москва, 2007. С. 618–627; Его же. Злоупотребление правом: учебное пособие. Москва, 2010. С. 33–43; и др.

ституции Российской Федерации как свобода мысли и слова, свобода массовой информации, право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом, свобода творчества (ч. 1, 4 и 5 ст. 29, ч. 1 ст. 44). Соответственно расширяется и «пространство» основной обязанности государства (в лице публично-властных органов и должностных лиц) признавать конституционное значение и обеспечивать возможности «оцифрованного» правопользования (ст. 2, 18 Конституции Российской Федерации). Кроме того, информационно-сетевое взаимодействие свободных лиц предполагает и отнесение к возможностям, гарантированным ст. 31, поскольку продвинутые «паблики» становятся площадками сбора (собраний) или «зависания» во всемирной паутине¹ представителей и персонажей диджитал (digital) сообществ.

Комплекс отображающих цифровые реалии юридических феноменов в такой же мере, как и достоверные элементы российской правовой системы, нуждается в конституционализации, единственным субъектом которой выступает Конституционный Суд Российской Федерации. Интерпретационная практика Суда обеспечивает легитимный переход от предельно общих положений о правах и свободах человека и гражданина к такому институциональному правопорядку, где каждый получает реальную возможность пользоваться своими полномочиями *надлежащим* образом, то есть для целей обретения тех непротивоправных (конституционных) благ, которые полагает актуальными, и в той мере, в какой устремленность к этим благам соответствует уровню политического, социально-экономического и культурного развития его государства и общепризнанным стандартам прав человека². Длительность и сложность такого перехода в целом определены футурологической перспективой конституционного идеала³, но в каждом конкретном выражении они могут и должны

¹ «Открытый» мини-блог, авторизованная страница в социальной сети для целей виртуальной коммуникации и координации действий участников.

² См.: *Крусс В.И.* Конституционализация права: основы теории: монография. Москва, 2017. С. 28–29; и др.

³ Как политико-гражданского состояния, безоговорочно исключающего, посредством сложившихся институтов и практик противодействия, злоупотребления правом. См.: *Крусс В.И.* Конституционная футурология и наука права. Файл «криптовалюта» // Актуальные проблемы российского права. 2018. № 10 (95). С. 126–131; и др.

вести к возможно более отчетливым опосредующим решениям и подходам: нормативным (правоустанавливающим) и правоприменительным. Ключевой задачей науки права в этой связи становится концептуально взвешенное содействие конструированию и легализации институтов и форм, опосредующих инновационное правопользование, всегда сопряженное и с охраняющими конституционный правопорядок обязанностями.

В обозначенной концептуализации нуждаются, в частности, сетевые коммуникации посредством мессенджеров: служб мгновенных сообщений, программ онлайн-консультантов и программ-клиентов для инфообмена в реальном времени через Интернет¹.

В 2017 году в Государственной Думе Федерального Собрания Российской Федерации рассматривался законопроект о внесении изменений в Федеральный закон от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»² (далее – ФЗ № 149). Законопроект предусматривал особые правовые режимы, включая запрет сложившейся на практике анонимной коммуникации пользователей мессенджеров и субсидиарные контролирующие обязанности их операторов и владельцев³. В ходе прохождения в Государственной Думе законопроект был значительно отредактирован и сменил название. Тем не менее, внесенные в итоге изменения⁴ установили в том числе *право и обязанность* организатора сервиса обмена мгновенными сообщениями осуществлять идентификацию пользователей по их абонентскому номеру. Необходимой предпосылкой такой конституционно значимой идентификации в обоих случаях определен договор организатора сервиса и опера-

¹ См.: Стефанова Н.А., Шматов К.О. Мессенджеры как цифровой бизнес-инструмент // Карельский научный журнал. 2018. Т. 7. № 2 (23). С. 127.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 31, ч. 1, ст. 3448.

³ См.: О внесении изменений в Федеральный закон «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»: проект федерального закона 184222-7 // Официальный сайт Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации. URL: <http://duma.gov.ru/news/13920/> (дата обращения: 18.02.2019).

⁴ См.: О внесении изменений в статьи 10.1 и 15.4 Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»: федеральный закон от 29 июня 2017 года № 241-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 18.02.2019).

тора подвижной радиотелефонной связи, а применительно к обязанности – законодатель делегировал порядок ее актуализации Правительству Российской Федерации¹.

Кроме того, ФЗ № 149 вновь установил обязанность организатора мессенджера технически ограничивать возможности мгновенной коммуникации для конкретных пользователей по требованию уполномоченного федерального органа исполнительной власти. В случае неисполнения этих субсидиарных контролируемых обязанностей организатору сервиса на основании вступившего в законную силу решения суда может быть, в свою очередь, ограничен доступ к сети «Интернет». Сверх того, за соответствующие правонарушения была введена административная ответственность (ст. 13.34 Кодекса об административных правонарушениях Российской Федерации (КоАП РФ)).

Обозначенные знаковые нововведения не остались без внимания представителей юридической науки. Фактический запрет анонимной коммуникации пользователей сервисом мгновенной связи спровоцировал и ожидаемо негативную реакцию digital-сообществ, обострившуюся в связи с блокированием широко востребованного мессенджера «Telegram», владелец которого демонстративно отказался выполнять законные требования идентификации. По призыву доморощенных и международных правозащитников весна 2018 года в России была отмечена «Битвой за Telegram»: рядом «виртуальных волнений» и организованных протестных акций.

Отдельного внимания заслуживает в этой связи обозначившееся тревожное созвучие научных и общественных позиций и доводов в поддержку недовольных. Дефицит конституционного правопонимания характеризует преимущественно профессиональные представления о праве позитивистского толка. На уровне же общественного сознания он отмечен более либеральными риторическими коннотациями на тему ценностей индивидуальной свободы. И в данном случае генерированное в социаль-

¹ См.: Об утверждении Правил идентификации пользователей информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» организатором сервиса обмена мгновенными сообщениями: постановление Правительства Российской Федерации от 27 октября 2018 года № 1279. Доступ из СПС «КонсультантПлюс».

ных сетях «общественное мнение» возмутилось не «банальным» властным произволом российских «спецслужб», но угрозами чрезмерного ограничения свободы слова и массовой информации (в версии сервиса мгновенной коммуникации при оптимальном показателе «цена–качество»). Доводы в пользу обоснованности такого «демократического» негодования потребителей можно почерпнуть и в юридической литературе¹.

Между тем актуализированная конституционно значимая обязанность сетевых менеджеров взаимодействовать с органами, ответственными за национальную (и общественную) безопасность и осуществляющими оперативно-разыскную деятельность, обеспечивая тем самым необходимое декодирование «зашифрованных» сообщений, связанных с террористическими угрозами, была введена специальным федеральным законом ранее². Механизм выполнения этой обязанности также детализирован на подзаконном уровне³. Поэтому критические научные «отклики» на изменения в ФЗ № 149 выглядят как минимум необоснованно запоздалыми. Кроме того, с позиций конституционного правопонимания анализируемые нововведения не содержат также никаких ограничений прав и свобод человека в точном значении этой формы опосредования конституционного правопользования⁴.

¹ См.: *Костюков А.Н.* Реализация прав человека и гражданина в конституционном праве России: год 2017-й // Конституционное и муниципальное право. 2017. № 2. С. 17–23.

² См.: О внесении изменений в Федеральный закон «О противодействии терроризму» и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части установления дополнительных мер противодействия терроризму и обеспечения общественной безопасности: федеральный закон от 6 июля 2016 года № 374-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 28, ст. 4558.

³ См.: Об утверждении Порядка представления организаторами распространения информации в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет» в Федеральную службу безопасности Российской Федерации информации, необходимой для декодирования принимаемых, передаваемых, доставляемых и (или) обрабатываемых электронных сообщений пользователей информационно-телекоммуникационной сети «Интернет»: приказ ФСБ России от 19 июля 2016 года № 432 (ред. от 27 декабря 2017 года). Доступ из СПС «Консультант-Плюс» (дата обращения: 18.02.2019).

⁴ См.: *Абдрахманов Д.В.* Блокировка Telegram в России: конституционно-правовой аспект // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 7. С. 35–38.

Выработанные законодателем новеллы сориентированы на более «мягкую» версию *ограничивающего регулирования* право-пользования, уточняющую его порядок и условия. Подтверждением тому служит хотя бы то, что, во-первых, «право на мгновенную коммуникацию» есть не более чем содержательный элемент конституционного права, закрепленного в ч. 4 ст. 29 Конституции Российской Федерации¹, и, во-вторых, пользователь *добровольно* соглашается с регулируемыми условиями цифровой коммуникации, когда совершает действия, предложенные организатором сервиса для целей возможной последующей идентификации его абонентского номера (п. 3 Правил идентификации).

На наш взгляд, анализируемые новеллы ФЗ № 149 гораздо более важны и любопытны другим: намерением законодателя – возможно и не осознанным – сфокусировать правовое воздействие на угрозах не только правонарушений, но и недобросовестного пользования свободой цифровой коммуникации в ущерб любой из конституционно определенных и взаимосвязанных ценностей (ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации). Принципиальный отказ правопользователя от сотрудничества с публично-властными органами, без которого охрана и поддержание конституционного правопорядка становятся невозможными², нельзя квалифицировать как правонарушение, но противодействовать ему посредством *правоприменительного ограничения* (на основе судебного решения) доступа к Интернету необходимо, если не существует иной возможности предупредить угрозы существенных конституционных деформаций (прежде всего террористического характера). В этой связи критические доводы и выводы Д.В. Абдрахманова

¹ К сожалению, научно не отраженные предложения о непосредственном закреплении в Конституции Российской Федерации различных «продвинутых» прав человека, включая право на Интернет, уже далеко не редкость. Их авторам, в силу личных пристрастий, недостаточно ресурса законодательной конкретизации конституционных прав и свобод, посредством которой в ФЗ № 149 «благополучно» конкретизирована и опция электронного сообщения в информационно-телекоммуникационной сети (п. 10 ст. 2).

² В настоящее время неизвестны практически применимые способы дешифровки сообщений, составленных с помощью алгоритма AES, который использует мессенджер Telegram. См.: Абдрахманов Д.В. Блокировка Telegram в России: конституционно-правовой аспект // Конституционное и муниципальное право. 2018. № 7. С. 37.

видятся нам ошибочными и нелогичными, не учитывающими основ теории конституционного правопользования.

Другой вопрос, насколько необходимое (правосудно взвешенное) противодействие будет эффективным в каждом конкретном случае? Злоупотребления правом изоморфны, им присущи пагубные способности к мимикрии и едва ли не к реинкарнации. Цифровые же инновации выглядят зачастую «генетически» настроенными на такие метаморфозы. И в данном случае после правомерной блокировки сервисов «Telegram» креативные пользователи продолжили вести инфообмен, скачивая в поисковых системах Интернета специальные подключения (прокси-боты и VPN) к вожаделенному мессенджеру. Можно ли эффективно противодействовать подобной эгоистической устремленности digital sapiens, не впадая в искушение неконституционных ограничений и запретов тотального характера, вплоть до «закрытия» Интернета¹?

Разумеется, адекватные конституционные способы противодействия сетевым злоупотреблениям правом могут быть найдены, и носить они, скорее всего, будут асимметричный характер. Стоит подумать, например, о разработке специальных поисковых программ для фокусного сканирования в потоках и трафиках сетевых коммуникаций зашифрованных призывов и инструкций террористической направленности. Применение соответствующих технологий вполне допускает и различные модели конституционного публично-частного партнерства.

Последующее санкционированное «закрытое» изучение конкретных «токсичных» посланий прямо отсылает к модели правосудного ограничения правопользования, предусмотренного ч. 2 ст. 23 Конституции Российской Федерации. Такое легальное преодоление недобросовестного «экранирования» публичных интересов – «в угоду» интересам и предпочтениям сугубо частного уровня – открывает возможность борьбы с особо тяжкими преступлениями, что решающим образом утверждает его конституционность, безотносительно к рефлексиям на тему спекулятивных стандартов пропорциональности.

¹ См., например: В Госдуме заявили о возможном отключении от Интернета из-за давления Запада // РИА «Новости» [Электронный ресурс]. URL: <https://ria.ru/20190131/1550173080.html> (дата обращения: 31.01.2019).

Кудряшова Е.С.,
старший преподаватель кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России

Злоупотребление правом при реализации института дисциплинарной ответственности в досудебном уголовном судопроизводстве

Верховный Суд Российской Федерации разъясняет, что имеет место злоупотребление правом тогда, когда субъект поступает вопреки норме, которая предоставляет ему соответствующее право, кроме того, не соотносит поведение с интересами общества, не исполняет корреспондирующую данному праву юридическую обязанность¹.

О.И. Даровских определила категорию «злоупотребление правом» в уголовно-процессуальной науке как поведение участника уголовно-процессуального правоотношения, который обладает процессуальными правами (полномочиями)². Развивая эту мысль, она приходит к выводу, что поведение проявляется в ходе правомерной реализации этих прав, однако противоречит их смыслу и назначению, при этом способно причинить вред другим участникам судопроизводства, обществу либо может повлечь иные негативные последствия.

Согласимся с предложением О.Я. Баева об оценке поведения лица в соответствии с его процессуальным статусом как злоупотребление правом, ограниченным следующими случаями: если правовым поведением лица нарушаются права и свободы других лиц; если условия и порядок реализации субъектом своего права препятствует разбирательству дела и решению задач правосудия

¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации № 32-КГ14-17 от 3 февраля 2015 года.

² См.: Даровских О.И. Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Челябинск, 2013. С. 8.

в разумные сроки либо препятствует защите прав и свобод других участников процесса¹.

Некоторые исследователи предлагают закрепить в уголовно-процессуальном законодательстве новые нормы, конкретизирующие понятие «злоупотребление правом»² и принцип «недопустимости злоупотребления правом»³ («незлоупотребление правом»)⁴.

По мнению О.Я. Баева, в досудебном производстве признание правового поведения участника уголовного судопроизводства как факта злоупотребления правом принадлежит суду, принимающему решение на основании представленного мотивированного ходатайства представителей государственных органов со стороны обвинения или представителя стороны защиты⁵.

О.И. Андреева, Т.В. Трубникова считают, что в уголовно-процессуальной сфере требование незлоупотребления правом должно распространиться и на частных лиц, и на должностных лиц государственных органов, которые используют свои дискреционные полномочия в определенных рамках⁶.

Выделен критерий отграничения правомерного использования дискреционных полномочий от их злоупотребления, который заключается в том, что будет иметь место злоупотребление полномочиями тогда, когда в результате действий (бездействия) права будут недозволенно ограничены или наступит угроза нарушения конституционных прав участника уголовного процесса либо ограничение прав и возможностей участника способно привести к неправоначальному нарушению права другого субъекта на судебную защиту.

¹ См.: Баев О.Я. «Злоупотребление правом» как уголовно-процессуальная категория // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2013. № 2. С. 336–349.

² См.: Даровских О.И. Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Челябинск, 2013. С. 8.

³ См. там же. С. 8; Баев О.Я. «Злоупотребление правом» как уголовно-процессуальная категория // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2013. № 2. С. 336–349.

⁴ См.: Андреева О.И., Трубникова Т.В. Злоупотребление правом в уголовном процессе: некоторые итоги исследования // Юридический вестник Самарского университета. Т. 3. № 4. 2017. С. 86–94.

⁵ См.: Баев О.Я. «Злоупотребление правом» как уголовно-процессуальная категория // Вестник ВГУ. Серия: Право. 2013. № 2. С. 336–349.

⁶ См.: Андреева О.И., Трубникова Т.В. Злоупотребление правом в уголовном процессе: некоторые итоги исследования // Юридический вестник Самарского университета. Т. 3. № 4. 2017. С. 86–94.

До настоящего времени отсутствуют законодательно ограниченные рамки объема уголовно-процессуальной категории, за пределами которых правовое поведение субъекта уголовного судопроизводства будет считаться фактом злоупотребления им правом. Данный посыл, в свою очередь, предоставляет конкретному должностному лицу, принимающему процессуальное решение о допустимости (дозволенности) модели поведения в конкретной ситуации, связанной с расследованием преступления, обширные полномочия для весьма субъективных выводов, что также может расцениваться как злоупотребление правом этого должностного лица.

Применительно к дисциплинарной практике сотрудников подразделений дознания следует отметить, что основными формами злоупотребления правом являются: недобросовестное бездействие, заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (действия, в результате которых одна сторона не может реализовать свои права, распоряжение правом незаконными средствами).

В целом можно констатировать, что формы злоупотребления правом применительно к деятельности органов предварительного расследования, в частности дознания, связанной с проведением первоначальных проверок и производством по уголовным делам, реализуются путем использования принадлежащих должностному лицу прав способами, противоречащими назначению права, или с недозволенной целью. В результате злоупотребления правом причиняется вред другим лицам.

Злоупотребление бездействием выражается, прежде всего, в том, что лицо, имеющее право, не использует его, вследствие чего причиняется вред другому лицу.

Остановимся на некоторых проблемах, связанных со злоупотреблением правом со стороны должностных лиц, проводящих служебные проверки по фактам нарушений, допускаемых сотрудниками подразделений дознания. Приведем несколько примеров служебных проверок, послуживших основанием для привлечения дознавателей и иных должностных лиц к дисциплинарной ответственности.

В ходе первоначальной проверки установлено, что 8 июля 2018 года неустановленное лицо, находясь на участке садоводческого товарищества «Сокол», тайно похитило сотовый телефон, принадлежащий П., приобретенный в 2015 году за 6070 рублей.

Стоимость телефона на момент совершения преступления составила 2000 рублей. Пострадавшая П. пояснила, что телефон находился в сумке, лежащей у сарая на садовом участке.

Дознавателем дана юридическая оценка действиям неустановленного лица по ч. 1 ст. 158 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ), вынесено постановление об отказе в возбуждении уголовного дела на основании п. 2 ч. 1 ст. 24 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ) – за отсутствием в деянии лица состава преступления. Однако из протокола осмотра места происшествия и рапорта оперуполномоченного уголовного розыска следует, что сумка находилась в сарае. Таким образом, хищение сотового телефона совершено с незаконным проникновением в помещение либо иное хранилище, и действия неустановленного лица должны быть квалифицированы по п. «б» ч. 2 ст. 158 УК РФ. Районной прокуратурой отменено постановление об отказе в возбуждении уголовного дела, вынесено постановление о возбуждении дела¹.

В соответствии с заключением служебной проверки дознавателем принято такое решение, так как пострадавшая первоначально дала пояснения, что сумка находилась около сарая, а не внутри его; по вызовам не являлась в отдел полиции; документы на похищенный телефон не представила.

Кроме того, дознавателем установлен ущерб от кражи, исходя из стоимости подобного телефона на момент совершения деяния. Дополнительно опросить пострадавшую и установить фактические обстоятельства совершенного деяния своевременно не смог.

Начальник органа дознания, проводивший служебную проверку по факту возбуждения уголовного дела из отказного материала, сделал вывод о том, что данный факт допущен из-за неполноты проведенной первоначальной проверки, субъективной оценки фактов, которые в совокупности позволили сделать неправильный вывод о действиях неизвестного лица, а также слабого контроля со стороны руководства отдела дознания за деятельностью подчиненных сотрудников.

Дознаватель привлечен к дисциплинарной ответственности в виде устного выговора, начальнику подразделения дознания дано

¹ См.: Материалы уголовного дела, возбужденного по п. «б» ч. 2 ст. 158 УК РФ // Архив ОП № 4 Управления МВД России по городу Нижнему Новгороду. 2018.

указание усилить контроль за принятием процессуальных решений подчиненными сотрудниками.

Другой пример. В дежурной части отдела полиции зарегистрировано сообщение по факту хищения имущества из отдела магазина «Мир дисков». В ходе первоначальной проверки установлено, что лицами, причастными к совершению данного деяния, явились малолетние С. и Б. Дознавателем принято решение об отказе в возбуждении уголовного дела в отношении указанных лиц, не достигших к моменту совершения преступления возраста, с которого наступает уголовная ответственность, на основании п. 2 ч. 1 ст. 24, ч. 3 ст. 27 УПК РФ. Данное постановление отменено прокурором района, даны письменные указания.

В ходе дополнительной проверки органом дознания установлено, что, кроме указанных лиц С. и Б., к совершению данного преступления причастен несовершеннолетний Л. Впоследствии дознавателем возбуждено уголовное дело в отношении Л. по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 158 УК РФ¹. В ходе служебной проверки опрошена дознаватель, пояснившая, что приняла решение об отказе в возбуждении уголовного дела, так как не было достаточных данных, указывающих на совершение преступления Л. Его причастность к совершению преступления установлена только в ходе дополнительной проверки. Тем не менее, дознаватель привлечена к дисциплинарной ответственности в виде устного замечания, руководитель подразделения избежал ответственности.

Подобного рода ситуации возникают и при проведении служебных проверок в отношении сотрудников подразделений дознания по уголовным делам, возвращенным из прокуратуры для производства дополнительного дознания и (или) пересоставления обвинительного акта (постановления).

Так, уголовное дело² по обвинению Л. в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 112 УК РФ по факту избие-

¹ См.: Материалы уголовного дела, возбужденного по ч. 1 ст. 158 УК РФ // Архив ОП № 4 Управления МВД России по городу Нижнему Новгороду. 2018.

² См.: Материалы уголовного дела по обвинению Л. в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 112 УК РФ // Архив Приокского районного суда города Нижнего Новгорода. 2017.

ния Ч., возвращено из прокуратуры района для пересоставления обвинительного акта, так как в описательной части обвинения причиненные телесные повреждения приведены не в полном объеме. Согласно заключению служебной проверки дознаватель привлечен к ответственности в виде выговора, начальнику подразделения дознания указано усилить процессуальный контроль за качеством предварительного расследования.

Другое уголовное дело¹ по обвинению К. в совершении преступления, предусмотренного ч. 3 ст. 30, ч. 1 ст. 158 УК РФ по факту покушения на тайное хищение чужого имущества, возвращено из прокуратуры района для производства дополнительного дознания в связи с тем, что в характеризующем материале на обвиняемого К. отсутствовали сведения из наркологического, психоневрологического диспансеров, из информационного центра ГУ МВД России по Нижегородской области. По факту возвращения уголовного дела из прокуратуры в связи с ненадлежащим качеством производства дознаватель привлечен к дисциплинарной ответственности, а руководитель подразделения избежал дисциплинарной ответственности.

Можно констатировать, что 85–90% всех привлеченных к дисциплинарной ответственности – это рядовые сотрудники, которые принимают те или иные решения, несут персональную ответственность за действия (бездействие).

В рамках ведомственного контроля сотрудниками отдела дознания Управления МВД России по г. Нижнему Новгороду в 2018 году проведено 57 служебных проверок. За аналогичный период прошлого года проведено 52 проверки. За 2018 год по результатам проверок привлечено к дисциплинарной ответственности (в письменной и устной формах) 119 дознавателей (некоторые – неоднократно) и 6 начальников подразделений дознания, за 2017 год – соответственно 108 дознавателей и 5 начальников подразделений дознания. Если учесть, что в городском и районных подразделениях дознания г. Нижнего Новгорода проходят службу порядка 150 сотрудников, то доля привлеченных к дис-

¹ См.: Материалы уголовного дела по обвинению К. в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 161 УК РФ // Архив Нижегородского районного суда города Нижнего Новгорода. 2017.

циплинарной ответственности лиц составляет от 70 до 80% от штатной численности личного состава подразделений дознания.

Злоупотребление правом выражается не только в большом количестве привлеченных к дисциплинарной ответственности рядовых исполнителей, в отличие от руководящего состава, но и в порядке применения дисциплинарных взысканий.

Так, в соответствии с п. 9 ст. 51 Федерального закона от 30 ноября 2011 года № 342-ФЗ «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹, если сотрудник находится в отпуске или временно нетрудоспособен, приказ о наложении взыскания должен быть издан после его выхода из отпуска либо выздоровления. Реально данное требование соблюдается не всегда.

В уголовно-процессуальном законодательстве нет закрепления нормы о персональной ответственности руководителя следственного органа или подразделения дознания за процессуальную сторону деятельности подчиненных сотрудников. Это положение находит свое выражение лишь в подзаконных нормативных правовых актах (должностных инструкциях, регламентах, локальных распоряжениях, приказах и указаниях).

В большинстве случаев основаниями для проведения служебных проверок являются: жалобы и обращения участников уголовного судопроизводства на действия (бездействие) лиц, занимающихся расследованием преступлений; факты возвращения уголовных дел из прокуратуры и (или) суда для дополнительного расследования, пересоставления обвинительного заключения (акта, постановления); факты вынесения оправдательных приговоров или принятия решений в отношении лиц по реабилитирующим основаниям.

Изменение этой ситуации станет возможным, если ведомственная оценка оперативно-служебной деятельности органов предварительного расследования будет нацелена не на увеличение валовых показателей, а на принятие должностными лицами государственных органов обеспечительных мер для реализации прав участников уголовного судопроизводства.

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.05.2019).

Купцова О.Б.,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Взаимодействие государства и гражданского общества в рамках генезиса делиберативной демократии на пути противодействия злоупотреблению правом

Развитие государственно-правовых и общественных институтов отражает специфику конкретного исторического периода в рамках существующих тенденций их эволюционирования. Важнейшим направлением современных исследований является поиск определения и совершенствования путей противодействия злоупотреблению правом. А.Е. Наумов справедливо отмечает, что каждый новый исторический период развития общества ознаменовывается новыми и ранее неизвестными случаями злоупотреблений правом, вызванными появлением новых массивов правовых норм, и вместе с ними появлением новых субъективных прав, полномочий, правовых статусов, а также совершенствованием права, в связи с изменением уже существующих способов правового регулирования общественных отношений¹.

В связи с этим целый ряд правовых явлений получает новое видение и осмысление с учетом развития правовой реальности, это важно для совершенствования путей преодоления данного негативного явления. В современных доктринальных исследованиях справедливо отмечается, что в настоящее время активно осуществляются процессы налаживания «диалога» между организациями, представляющими гражданское общество, и власт-

¹ См.: Наумов А.Е. Злоупотребление правом: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2010. С. 10.

ными и правительственными структурами¹. Это взаимовыгодное сотрудничество данных институтов в рамках концепции делиберативной демократии в последние несколько десятилетий развивается и является базой различных доктринальных разработок.

Процессы активного взаимодействия государства и гражданского общества представляют собой весьма позитивную тенденцию. В трудах ученых справедливо отмечается, что в качестве динамической составляющей структуры государства вполне своевременно можно считать единую систему взаимодействия государственных и общественных институтов². Это тесное взаимовыгодное сотрудничество поступательно совершенствуется, хотя и достаточно медленными темпами. Справедливо утверждать, что перспективным путем их взаимодействия является развитие коммуникативных процессов и процедур.

В настоящее время можно утверждать, что активно внедряются процедуры делиберативной демократии в современное политико-правовое взаимодействие. В первую очередь это важно при осуществлении нормотворчества на различных уровнях, на основании внедрения делиберативных процедур. Коммуникативные процессы при этом служат основой принятия более конструктивных выводов правового характера. Дж.М. Бессет, раскрывая характеристику делиберативной демократии, отмечал, что это такая разновидность демократии, которая обеспечит правление путем взвешенных и обоснованных решений граждан³.

Таким образом, в контексте данной концепции осуществление властных полномочий реализуется в рамках коммуникативно достигаемого консенсуса между государственными органами и общественными институтами, что в разных формах и процедурах может применяться при принятии целого спектра правотворче-

¹ См.: Яковлева М.А. Правовой аспект взаимодействия гражданского общества и государства // Наука и школа. 2015. № 4. С. 7.

² См.: Виравов В.С. Правовые основы деятельности полиции в современных условиях: теоретико-правовой аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2014. С. 14–15.

³ См.: Бессет Дж.М. Тихий голос разума. Делиберативная демократия и американская система государственной власти / пер. с англ. Ю. Шпакова. Москва, 2011. С. 14.

ских и правореализационных решений, в частности в рамках борьбы со злоупотреблением правом.

Обращаясь к пониманию категории «злоупотребление правом» следует отметить, что достаточно универсальное определение этой категории предлагает А.А. Малиновский, по мнению которого эта форма осуществления права в противоречии с его назначением, посредством которой субъект причиняет вред другим участникам общественных отношений. В качестве основных характерных черт этого явления исследователь отмечает вредоносный характер и осуществление субъективного права в противоречии с его назначением. При этом злоупотребление возможно только в том случае, когда есть субъективное право и свобода выбора способов его реализации¹.

Кроме того, как справедливо отмечает О.И. Цыбулевская, проблема злоупотребления правом приобрела сегодня острое нравственное звучание ввиду кризиса в стране и обострившихся в связи с этим противоречий между правовыми и моральными нормами². Таким образом, ожидания социума нравственного характера конструктивнее выявлять в ходе государственно-общественного диалога.

Анализируя возможности делиберативного подхода в борьбе со злоупотреблением правом, необходимо заметить, что комплекс процедур в рамках этого направления может быть полезен как на уровне правотворчества, так и на уровне правореализации.

Кроме того, немаловажным является тот факт, что представители делиберативного подхода стремились разработать определенную коммуникационную процедуру обсуждения между гражданами, служащую согласованию различных точек зрения и формированию общественного мнения³. В частности, такой существенный аспект данной проблематики, как формирование общественного мнения, может сыграть достаточно важную роль в

¹ См.: Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва, 2007. С. 39–24.

² См.: Цыбулевская О.И. Злоупотребление правом как нравственная проблема // Вестник ВолГУ. Серия 5. Вып. 6. 2003–2004. С. 56.

³ См.: Линде А.Н. Делиберативная демократия как направление в современной теории демократии: анализ основных подходов // Контуры глобальных трансформаций: политика, экономика, право. 2015. № 1 (39). С. 54.

общей регулятивной системе. Возможно это не поможет избежать распространенных форм злоупотребления правом (как, например, заявление многочисленных ходатайств, жалоб, отводов в судебном процессе и т. п.), но может решить проблемы более глобального уровня, предотвратит или снизит скорость распространения новых форм злоупотребления правом.

Следует подчеркнуть позитивное значение процедур делиберативной демократии в рамках анализируемой темы. Во-первых, учет общественного мнения через систему институтов посредничества государства и общества позволит принимать конструктивные правотворческие и правоприменительные решения. Во-вторых, это позволит выявить реальные проблемы, которые зачастую коренятся в глубине социальных связей и которые сложно анализировать односторонне путем принятия властных решений. В-третьих, этот комплекс мероприятий позволит укрепить доверие населения к власти, стабилизировать и совершенствовать их взаимодействие. Например, в последнее время актуальными мерами являются проведение общественной экспертизы, анализ мнения населения, развитие процедур аутсорсинга и др. Рано или поздно это выведет отношения государства и общества на новый уровень их сотрудничества.

Вместе с тем, не следует упускать из вида, что достижение делиберативного консенсуса не всегда может быть достаточно объективным и соответствующим требованиям разумности и справедливости, это зависит в первую очередь от уровня осуществления общественной и государственной коммуникации. В качестве факторов ее эффективности следует рассматривать уровень профессионализма субъектов обсуждения, степень их заинтересованности в нахождении компромиссного решения, уровня развития правосознания, развития демократии и многих других обстоятельств, комплексное осмысление которых будет являться предметом отдельного исследования.

Ламтева А.В.,

кандидат юридических наук, преподаватель кафедры уголовного процесса Нижегородской академии МВД России

Уголовно-процессуальные пожелания: в шаге от злоупотреблений

Человеческое слово – магия, а злоупотребление словом – черная магия.

Мигель Руис

Всем известна сентенция о том, что от любви до ненависти один шаг. Полагаем, что и в уголовно-процессуальной орбите ситуация выглядит аналогичным образом, и человека от злоупотребления своим правом или обязанностью отделяет всего один шаг (звонок, встреча, постановление неправоудного приговора, поддельная подпись, подкуп свидетеля и др.).

В уголовном процессе как наиболее суровой из существующих отраслей права есть ряд примеров таких злоупотреблений. Рассмотрим наиболее интересные из них, снабдим их комментариями, а также процессуальными пожеланиями, призванными скорректировать раскинувшееся «процессуально-минное» поле потенциальных и имеющихся злоупотреблений.

1. Деятельность адвокатов

Подкуп свидетелей. В соответствии с п. 2 ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 года № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»¹ адвокат вправе *опрашивать с их согласия лиц*, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь. Многие профессиональные адвокаты это право активно используют, а часть из них им виртуоз-

¹ Российская газета. 2002. 5 июня.

но злоупотребляет. Иногда встречаются случаи, когда адвокат за денежное вознаграждение вовлекает в уголовный процесс мнимых свидетелей, выступающих на стороне защиты. Если этот факт вскрывается, адвоката привлекают к уголовной ответственности по ч. 2 ст. 303 Уголовного кодекса Российской Федерации (УК РФ) и ч. 1 ст. 309 УК РФ. Если такие «свидетельские» показания расцениваются как допустимые доказательства, они могут склонить чашу весов судейского усмотрения и внутреннего убеждения в пользу подсудимого.

Приведем пример: адвокат адвокатской консультации филиала Волгоградской областной коллегии адвокатов А. Кобликов признан виновным по ч. 1 ст. 309 УК РФ в связи с тем, что заплатил подростку, являвшемуся очевидцем преступления, 10 000 рублей за дачу им ложным показаний в пользу своих подзащитных. Адвокату было назначено наказание в виде обязательных работ на срок 360 часов¹.

Признание сведений, предоставляемых адвокатом, доказательствами. По общему правилу доказательства по уголовному делу собирает лишь то лицо, которое его расследует (следователь, дознаватель). Сведения, устанавливающие различные элементы предмета доказывания, должны отвечать таким свойствам, как относимость, допустимость, достоверность и достаточность. Рядом ученых считается, что адвокат собирает процессуально значимые сведения, и только следователь (дознаватель) уполномочен на официальном уровне признать их доказательствами по уголовному делу после надлежащей проверки и оценки. Этим положением, когда это выгодно представителям адвокатского сообщества, они активно злоупотребляют, состязаясь со своим оппонентом в лице правоохранительных органов.

21 апреля 2017 года в Басманном районном суде состоялось три судебных заседания. Следственным органам требовалось разрешение на производство обыска в адвокатском кабинете и в квартире адвоката А. Лебедева.

¹ См.: За подкуп свидетеля адвокат получил символическое наказание. URL: <https://legal.report/za-podkup-svidetelya-advokat-poluchil-simvolicheskoe-nakazanie/> (дата обращения: 04.05.2019).

В 2017 году данный адвокат взялся за защиту Е. Краснихиной, обвиняемой по уголовному делу о растрате. Обвиняемой было заявлено ходатайство о посещении с новорожденным ребенком медицинского перинатального центра. Ей разрешили отлучиться из дома на 4 часа, однако она отсутствовала 6 часов, что послужило основанием для изменения меры пресечения на более строгую – на заключение под стражу. Спустя месяц в отношении адвоката А. Лебедева было возбуждено уголовное дело по факту фальсификации им доказательств (ч. 3 ст. 303 УК РФ) – он представил следователю «подложную справку о посещении Е. Краснихиной медицинского перинатального центра, которая была приобщена к материалам дела... Следствие посчитало, что А. Лебедев достоверно знал, что его подзащитная не посещала медицинское учреждение».

Генри Маркович Резник следующим образом построил защиту своего коллеги: а) ст. 303 УК РФ о фальсификации доказательств не должна применяться к адвокатам, так как «они никакие доказательства в процессуальном смысле не собирают. За это ответственны только лица, осуществляющие предварительное расследование, то есть дознаватель, следователь. А применительно к другим участникам процесса, включая адвоката-защитника, этот термин употребляется чисто технически»¹; б) в соответствии с п. 7 ст. 10 Кодекса профессиональной этики адвоката последнему следует исходить из презумпции достоверности документов и информации, представленных доверителем и не проводить их дополнительной проверки².

Уголовно-процессуальное пожелание: а) есть четко обозначенные правила «игры» для всех участников уголовного судопроизводства. Адвокат, их нарушивший, подкупив свидетеля, должен незамедлительно выбыть из нее. В основе принципа состязательности сторон лежит объективная истина, а не извилистые пути ложных хитросплетений; б) необходимо в каждом случае прове-

¹ См.: Применима ли к адвокату-защитнику норма УК РФ о фальсификации доказательств? URL: <https://www.advgazeta.ru/novosti/primenima-li-k-advokatu-zashchitniku-norma-uk-rf-o-falsifikatsii-dokazatelstv/> (дата обращения: 05.05.2019).

² См.: Кодекс профессиональной этики адвоката от 31 января 2003 года. URL: <https://fparf.ru/documents/fpa-rf/documents-of-the-congress/the-code-of-professional-ethics-of-lawyer/> (дата обращения: 14.05.2019).

рять и оценивать все сведения, предоставляемые адвокатами для приобщения к материалам уголовного дела в качестве доказательств. Раз в профессиональном сообществе адвокатов имеет место презумпция доверия своим подзащитным, необходимо с особой тщательностью проверять каждый поступающий от них документ. В конечном счете именно следователь признает тот или иной задокументированный факт доказательством по уголовному делу, поэтому именно на него ляжет вина, если в деле окажутся недостоверные сведения. Адвоката будет крайне затруднительно привлечь к уголовной ответственности по ст. 303 УК РФ. И что еще сложнее – суметь доказать, что имело место не безоговорочное доверие адвоката своему клиенту, а обдуманный сговор, грамотно закамуфлированный с юридической точки зрения.

2. Деятельность следователей

Отметим, что перед процессуальным соблазном фальсификации доказательств порой не могут устоять не только адвокаты, но и следователи. Часто приходится несколько раз перепечатывать одни и те же процессуальные документы и, вызвав свидетеля (потерпевшего) для их подписания повторно, во второй или третий раз это представляется уже затруднительным, и следователь подделывает чужие подписи, корректирует первоначальный протокол допроса в одностороннем порядке, то есть явным образом злоупотребляет предоставляемыми ему по закону полномочиями.

Приведем пример: по уголовному делу, которое возбуждено в апреле 2016 года по ч. 3 ст. 264 УК РФ, не хватало доказательств, позволяющих в отношении гражданина составить постановление о привлечении в качестве обвиняемого и само обвинительное заключение. Свидетелей также не было. Сотрудники полиции решили «сделать» свидетелями случайных граждан, при этом пригрозив им привлечением к уголовной ответственности, если их требования не будут выполнены. После того, как эти лица согласились, следователи дали им подписать протоколы допроса свидетеля. Там было указано, что они видели, как Н. наехал на пешехода, а затем скрылся с места происшествия. Данные свидетели в судебное заседание по вызову не явились, были подвергнуты принудительному приводу. В ходе судебного заседания выяснилось, что один из «свидетелей» в момент совершения общественно опасного деяния находился в другом городе. Уголов-

ное дело после этого было возвращено для производства дополнительного расследования¹.

Уголовно-процессуальное пожелание: каждому сотруднику правоохранительных органов следует помнить, что его основная цель – охрана права. Здесь есть пути длинные и короткие. Последний, как правило, сопряжен с риском быть привлеченным к уголовной ответственности. Расследовать уголовное дело в соответствии законом – задача каждого следователя (дознателя), тем более что цена злоупотребления, к примеру поддельной подписи по уголовному делу, равна лишению свободы на срок до 5 лет (ч. 2 ст. 303 УК РФ).

3. Деятельность судей

Судебную власть принято понимать как исключительные полномочия, предоставляемые независимым и обособленным государственным органам – судам для решения правовых споров посредством пяти видов судопроизводства. Полномочия эти имеют свойство исключительности потому, что только суды обладают правом вершить в правовом смысле судьбы людей.

Идея суда – это нечто сакральное, позволяющее определенной группе людей признавать лицо виновным или невиновным, определять соразмерное наказание из всех имеющихся в санкции статьи УК РФ альтернатив. И что самое главное – это итоговое судебное решение принимается за истину. Однако и судебным стадиям уголовного процесса не чужды злоупотребления даже в минимальных их проявлениях.

А. Как стать судьей. С одной стороны, особой общественной опасности в том, что судьями из массы граждан, успешно сдавших квалификационный экзамен, становятся бывшие секретари судебных заседаний и помощники судей, нет. «Но так везде: в банк часто приходят работать из другого банка, а в магазин – из другого магазина. Только работая в суде, можно узнать внутреннюю кухню и понять, чего ждать. А руководство может проверить деловые качества будущего судьи»².

¹ См.: Фальсификация протоколов допросов свидетелей привела следователей на скамью подсудимых. URL: <https://advokat-malov.ru/voprosyi-i-otvetyi/instrukcii/po-sudebnym-i-sledstvennym-oshibkam.html> (дата обращения: 11.05.2019).

² Профессия: судья. URL: <https://journal.tinkoff.ru/judges/> (дата обращения: 14.05.2019).

Это не так уж плохо, потому как эти люди, как никто другой, знают содержание работы, неоднократно готовили проекты документов для судей и процессуально подкованы если не в теоретическом, то в практическом плане. Немного хуже, если судьями назначаются родственники и друзья судей действующих. Но и здесь, если отбросить сомнения в их профессиональных компетенциях и принять за аксиому их судебную пригодность, выходит, что они – идеальные работники. Они все знают и что самое главное – у них всегда есть, у кого уточнить спорный вопрос. Однако что остается? Все те люди, которые обладают не меньшим объемом знаний и отвечают всем высоким критериям, изначально оказываются на периферии конкурсного отбора. Конечно, и из них находятся единицы, которых трудоустраивают. Но это скорее исключение, чем правило.

Приведем слова экс-судьи Хостинского районного суда г. Сочи Д. Новикова: «Дипломы юристов в стране получают тысячи выпускников... Но на конкурсы по вакантным местам в судах документы не подают. Потому что знают – стать судьей без денег и связей почти невозможно. Платить нужно всем. Сначала экзаменационной комиссии, потом квалификационной коллегии, организующей конкурсы, а по сути, аукционы на вакантные места в судах, если судья мировой – утверждающим его депутатам...»¹.

Говорить, что в сложившейся ситуации нет злоупотреблений – необъективно. Утверждать, что сегодня в судьи таким образом принимаются самые проверенные и заслуживающие доверия – тоже как-то сомнительно... Приведем еще один пример: Следственный комитет России возбудил уголовное дело в отношении судьи Ленинского районного суда Ставрополя И. Поповой, подозреваемой в покушении на мошенничество, а именно в содействии по вопросу трудоустройства на должность судьи. Женщина была задержана с поличным при получении 10 тыс. рублей и муляжа денег на сумму почти 10 млн рублей².

¹ Исповедь российского судьи: взятки, круговая порука, вертикаль. URL: <https://theins.ru/korruptsiya/2810> (дата обращения: 14.05.2019).

² См.: В Ставрополе судья потребовала взятку в 12 миллионов рублей за трудоустройство. URL: <https://lenta.ru/news/2017/01/23/jugde/> (дата обращения: 14.05.2019).

На сайте экзаменационной комиссии Нижегородской области по приему квалификационного экзамена на должность судьи представлены следующие данные: за 2018 год всего 92 кандидата сдавало экзамен. 23 человека экзамены сдали на оценку «2»¹. Таким образом, квалификационный экзамен был успешно сдан большинством. К сожалению, статистических данных о том, сколько граждан действительно стали судьями, на сайте нет.

Уголовно-процессуальное пожелание: на наш взгляд, следует сделать более прозрачной процедуру назначения лиц на должности судей, успешно сдавших квалификационный экзамен. К примеру, прописав в п. 4 ч. 2 ст. 4 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» от 26 июня 1992 года № 3132-1²: мировым судьей может быть гражданин, достигший возраста 25 лет и имеющий стаж работы в области юриспруденции не менее 5 лет, *а также проработавший в должности помощника судьи не менее двух лет.*

Б. Самое главное судебное злоупотребление – это вынесение заведомо неправосудного приговора: вместо оправдательного – обвинительный и наоборот. Ответственность за данное деяние предусмотрена ст. 305 УК РФ. Считается, что «...преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 305 УК РФ, будет признано оконченным, когда судья (судьи) выполнил все необходимые действия для его вынесения, то есть когда он подпишет соответствующее судебное решение»³.

«...из всех преступлений, совершаемых судьями, 30% квалифицируется по различным частям ст. 290 УК РФ (получение взятки), зачастую в совокупности со ст. 305 УК РФ (вынесение заведомо неправосудных приговора, решения или иного судебного акта)»⁴.

Исходя из вариации санкций, предусмотренных за вынесение заведомо неправосудных приговоров, решений или иного судеб-

¹ URL: <http://niz.vekrf.ru/publication/2861/> (дата обращения: 15.05.2019).

² См.: Российская газета. 1992. 29 июля.

³ *Зенина Л.С.* Содержание объективной стороны вынесения заведомо неправосудного судебного решения (статья 305 УК РФ) // Российский судья. 2018. № 2. С. 36–41.

⁴ *Романенко Н.В.* Неприкосновенность судьи – эффективная гарантия его независимости? // Российская юстиция. 2018. № 2. С. 41–44.

ного акта, некоторые ученые приходят к следующим выводам: «один год лишения свободы «стоит» 75 000 рублей, а один месяц – 6250 рублей»¹.

Уголовно-правовая норма (УПН)	Санкции		
	Штраф	Принудит. работы	Лишение свободы
ч. 1 ст. 305	до 300 000 рублей	до 4 лет	до 4 лет
ч. 2 ст. 305	–	–	от 3 до 10 лет

В. Процедура многократного обжалования. Сам по себе механизм создан с целью защиты прав и свобод граждан. Тревожит иное, почему судья первой инстанции выносит одно решение, судья апелляционной инстанции – второе, а судья кассационной инстанции отменяет все предыдущие и постановляет новое. Задумка судебной власти – в постановлении устойчивого законного, обоснованного и справедливого приговора, который при пересмотре в рамках судебного контроля судом вышестоящей инстанции останется без изменений.

Сегодня же меняется как качественная составляющая приговора, так и корректируются отдельные его элементы в части назначаемого наказания. Только по итогам апелляционного обжалования законодатель предусматривает возможность вынесения одного из десяти решений. Все это свидетельствует о субъективизме в определении наказания и как следствие – в появлении огромного массива апелляционных, кассационных и надзорных жалоб. Люди надеются, что другой судья окажется более справедливым и гуманным и из спектра уголовно-процессуальных наказаний выберет наиболее благоприятный вариант. Злоупотребление здесь имеется в масштабах всего государства. Нужна всеохватывающая и в то же время простая схема определения

¹ Поляков С.А. Анализ санкций карательных частей уголовно-правовых норм статьи 305 УК РФ // Российский судья. 2016. № 12. С. 31–35.

наказаний гражданам для судей, которая позволяла бы сходные дела «наказывать» идентично.

В постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» от 22 декабря 2015 года № 58 речь идет о «строго *индивидуальном подходе* к назначению наказания». Это очень верная исходная позиция, которая вместе с тем является оценочным по своему объему понятием и каждым судьей понимается по-разному.

Приведем пример: саратовский судья, являясь «участником» оперативного эксперимента, получил 150 тыс. рублей и муляжи денежных купюр на общую сумму 5 млн рублей в качестве первой части взятки. Деньги по версии следствия «предназначались за содействие в отмене обвинительного приговора осужденному к восьми годам колонии строгого режима за мошенничество и возврате дела на новое рассмотрение с дальнейшим оправданием»¹.

Только в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации 474 объекта для нарушений. Однако гораздо интереснее трудиться добросовестно и в соответствии с законом. Каждую норму закона исполнять в точном соответствии с ее глубинной сущностью. Тогда исчезнут такие ситуации, как затягивание сроков при ознакомлении с материалами уголовного дела, несовпадение текста обвинительного заключения с его переводом, покидание адвокатом зала судебного заседания в самом разгаре разбирательства, периодический отказ обвиняемого от защитника и ознакомление каждого нового адвоката со всеми материалами дела и др.

¹ Коррупционеры в судейских мантиях. URL: <https://pasmi.ru/archive/209873/> (дата обращения: 14.05.2019).

Лукьянов С.А.,

*доктор юридических наук, профессор
кафедры государственных и гражданско-правовых дисциплин Московского областного филиала Московского университета МВД России имени В.Я. Кикотя*

**Дело «просяньских иудействующих»:
о влиянии К.П. Победоносцева
на государственную вероисповедную политику
в отношении религиозных сектантов в конце XIX века**

Российская вероисповедная политика в отношении так называемых «иностранных» исповеданий («инославных» и «иноверных») характеризовалась достаточно высоким уровнем веротерпимости и с начала XVIII века сохранялась в относительной стабильности. Однако государственная вероисповедная политика в отношении иноверия «природных русских подданных» стабильной не была, границы веротерпимости по отношению к старообрядцам и сектантам периодически сужались или расширялись. Это зависело от ряда причин: внешнеполитической и внутриполитической ситуации, личной точки зрения монархов-самодержцев на вопросы религии и религиозной терпимости, степени влияния на эту точку зрения со стороны ближайшего окружения и авторитетных лиц политической элиты.

В первой четверти XIX века на характер вероисповедной политики правительства Александра I оказывал серьезное воздействие обер-прокурор Синода, министр духовных дел и народного просвещения князь А.Н. Голицын, поставивший перед собой цель «объединить последователей всевозможных религиозных учений на почве общечеловеческих нравственных задач»¹. В результате реализации либеральной вероисповедной политики в российском

¹ Адрианов С.А. Министерство внутренних дел: исторический очерк (1802–1901). Санкт-Петербург, 1902. С. 88.

обществе усилилось влияние сектантских вероучений, а саму эпоху царствования Александра I современники называли «золотым веком русского раскола»¹. С приходом к власти императора Николая I произошел крутой поворот в вероисповедной политике государства в сторону сужения границ веротерпимости, в 1842–1853 годах была проведена масштабная репрессивная кампания против старообрядчества и сектантства. Однако решить проблему русского «раскола» репрессивными мерами правительству Николая I не удалось².

В результате более взвешенной и научно обоснованной политики правительства Александра II в отношении старообрядчества и сектантства были достигнуты большие успехи³. В последний год царствования Александра II Министерством внутренних дел (далее – МВД) был разработан проект манифеста «О даровании раскольникам некоторых прав общегражданских и по отпращиванию ими духовных треб». Этим актом предполагалось разрешить старообрядцам проведение публичных богослужений, признать за их духовными лицами статус священнослужителей, снять большинство ранее имевшихся ограничений⁴. Тем самым значительная часть русского старообрядчества, в первую очередь «поповщина», могла бы быть приравнена по своему статусу к «инославным» исповеданиям и получила бы возможность полной легализации.

Сложившаяся практика противодействия русскому «иноверию» предполагала дифференцированное отношение власти к собственно «расколу», то есть старообрядчеству и сектантству, определяемому как ересь. Если с отдельными направлениями «поповского» и даже «беспоповского» старообрядчества правительство надеялось найти разумный компромисс, то сектантство подлежало безусловному подавлению полицейскими мерами. Трагическая смерть императора Александра II одновременно повлияла на изменение всей вероисповедной политики государства

¹ Об отношении к расколу церкви, правительства и общества // Из чтений Московского общества любителей духовного просвещения. Москва, 1868. С. 28.

² См.: Обзор мероприятий Министерства внутренних дел по расколу с 1802 по 1881 год. Санкт-Петербург, 1903. С. 81–182.

³ См. там же. С. 201.

⁴ См.: ГАРФ. Ф. 370. Оп. 1. Д. 360. Л. 1–2.

и повлекла переориентацию правительства в сторону очередного сужения границ веротерпимости.

Консервативно-охранительное направление в российской духовно-религиозной жизни активно поддерживал и вдохновлял обер-прокурор Синода К.П. Победоносцев, который, будучи решительным противником расширения религиозных прав и свобод коренного русского населения, последовательно выступал и противником расширения прав и свобод «иностранных» исповеданий. Утверждая, что «всякое вероучение, особливо в смысле церкви, стоит враждебным лагерем против другого вероучения», он делал вывод, что в случае расширения вероисповедных прав всяких иноверцев «враги наши отхватят у нас массами русских людей и сделают их немцами, католиками, магометанами и прочим, и мы потеряем их навсегда для церкви и государства»¹.

В принятом 19 марта 1883 года «Заключении соединенных Департаментов законов и гражданских и духовных дел Государственного Совета на проект закона о предоставлении раскольникам некоторых общегражданских и религиозных прав» говорилось: «как бы ни было желательным для Правительства, всегда отличавшегося веротерпимостью, идти далее по тому же пути, это представляется ныне невозможным, так как раскол, не довольствуясь пределами веротерпимости, стремится к пропаганде своего учения. Вследствие сего, Верховная власть, являющаяся защитником догматов господствующей веры, не может, не порождая явного соблазна, поставить в равные условия свободы как Православную Церковь, так и учения, прямо ей враждебные»². «Заключением» были кардинально расширены права министра внутренних дел при решении вопросов, касающихся ересей и «расколов»: запрещение на выдачу паспортов лицам, замеченным в распространении «лжеучений», право лично решать вопросы назначения «раскольников» на общественные должности, а также право самостоятельно решать, «последователям каких именно раскольнических сект должны быть предоставляемы права, а для каких вводятся ограничения». Констатировалось, что за «устав-

¹ Полунов А.Ю. Под властью обер-прокурора. Государство и Церковь в эпоху Александра III. Москва, 1996. С. 98.

² ГАРФ. Ф. 370. Оп. 1. Д. 360. Л. 2.

щиками» и «наставниками» ересей и сект «не признается духовного сана или звания». «Заключением» был подтвержден запрет на «распечатывание» закрытых в 1842–1853 годах старообрядческих храмов и часовен¹.

В вопросах отношения государства и государственной церкви к «расколу» и ересям, как всегда, имела значение и личная позиция самодержца. Александр III выразил ее при обсуждении правительством отчета Киевского генерал-губернатора за 1889–1893 годы. В отчете было указано, что русские сектанты-«штундисты» неоднократно обращались с ходатайствами о предоставлении им льгот, которыми пользуются немецкие колонисты-«баптисты», но сам генерал-губернатор считал это недопустимым. Император одобрил такое мнение замечанием: «никому в голову не могла придти подобная нелепость»².

Репрессивная политика в отношении старообрядцев и сектантов выразилась в активизации деятельности полицейских органов и учреждений по выявлению «расколов» и ересей. Одной из мер, принимаемых в отношении сектантов и старообрядцев, была их высылка из Европейской России в отдаленные регионы Сибири, Средней Азии, Закавказья. Решение об административной высылке принималось Особым совещанием при министре внутренних дел на основании Положения «О мерах к охранению государственной безопасности, порядка и общественного спокойствия» от 14 августа 1881 года³.

В мае 1894 года К.П. Победоносцев препроводил министру внутренних дел И.Н. Дурново ходатайство «доверенных крестьян» села Просьянского Новогригорьевского уезда Ставропольской губернии о выселении членов секты «субботников», которые, по отзыву Ставропольского духовного правления, «...не могут быть терпимы в означенном селении, но непременно должны быть выселены оттуда или по добровольному их желанию... или же принудительно»⁴.

¹ См.: ГАРФ. Ф. 730. Оп. 1. Д. 360. Л. 3–12.

² Исторический обзор деятельности Комитета министров. Т. 4. Санкт-Петербург, 1902. С. 455–456.

³ См.: История полиции России. Краткий исторический очерк и основные документы. Москва, 1998. С. 127–132.

⁴ ГАРФ. Ф. 102. Оп. 1897. Д. 350. Л. 1–4.

С.В. Булгаков относил к «субботникам» или «иудействующим» («жидовствующим») сектантов, полностью порвавших с христианством и исповедующих особую, «русскую» форму иудаизма: «Всего удивительнее то, что жидовствующие – это коренные природные русские, отказавшиеся от Христа, от христианства, от русской национальности». «Субботники» признавали в качестве догматического источника своего учения лишь Ветхий завет, отрицали христианскую троицу, признавая Христа только в качестве одного из пророков. Сами «субботники» называли себя «народом Божиим», «иудеями», «пришельцами к Израилю», исповедуя пришествие «Мессии», который соберет в Палестине всех истинно верных и создаст там свое царство, рабами которого станут все иные народы. «Субботничество» носило все внешние признаки иудаизма: обрезание у мужчин, соблюдение иудейских праздников Пасхи и Пурима, особое почитание субботы, принятых в иудаизме пищевых запретов. Даже избираемые в общинах наставники и проповедники именовались раввинами. С.В. Булгаков считал, что у них, по примеру ветхозаветных пророков, допускалось многоженство, а религиозное учение настолько прониклось «еврейским духом», что «субботники» постепенно отвыкали от крестьянского труда и «бросаются на легкую наживу, гешефтмахерство, шинкарство»¹.

Согласно краткому разъяснению Синода от 9 декабря 1842 года все «толки» и «согласия» старообрядчества и все известные на тот момент основные секты были распределены по степени их «вредности». «Иудействующие» были отнесены к «сектам вреднейшим»: «ибо это хуже, нежели ересь, это совершенное отпадение от христианства»².

Разумеется, полный отход от христианства коренных русских подданных воспринимался государством и церковью как недопустимая и особо вредная ересь, подлежащая преследованию.

¹ Булгаков С.В. Православие: Праздники и посты. Богослужение. Требы. Расколы, ереси, секты. Противные христианству и православию учения. Западные христианские вероисповедания. Соборы Восточной, Русской и Западной Церквей. Москва, 1994. С. 413–414.

² Обзор мероприятий Министерства Внутренних Дел по расколу с 1802 по 1881 год. Санкт-Петербург, 1903. С. 150–151.

В селе Просянском проживало около 50 семей «субботников», которые на протяжении нескольких десятилетий скрывали свою вероисповедную принадлежность и тайно отправляли обряды секты, но с конца 1892 года стали открыто заявлять о своем несогласии с государственной церковью и активно пропагандировать свое учение среди православных. Помощником Новогригорьевского уездного исправника в 1893 году было проведено дознание, в ходе которого выявлено 27 семей «субботников», являвшихся злостными неплательщиками общественных повинностей на содержание местного церковно-приходского училища и иные местные нужды. В материалах дознания также указывалось, что наиболее активные члены секты «при всяком удобном случае позволяют себе глумиться над православными и православным храмом, богохульствуют и вообще всеми мерами стараются соратить православных в сектантство, но действуют в таких случаях всегда осторожно, избегая свидетелей». Эти материалы были переданы в Ставропольскую епархиальную консисторию, которая ходатайствовала о возбуждении уголовного преследования в отношении пятерых просянских «субботников» «за богохульство, кощунство над святыми иконами и православным храмом и за покушение на соращение в секту лиц православного исповедания» на основании ст. 1006 Устава уголовного судопроизводства 1866 года по признакам преступления, предусмотренного ст. 206 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных. Согласно указанной статье Устава 1866 года предварительное следствие по таким делам возбуждалось лишь по требованию «духовного начальства».

Ставропольским окружным судом было начато предварительное следствие по ходатайству, но в январе 1895 года оно было прекращено за недостаточностью улик. Возмущенный К.П. Победоносцев жаловался И.Н. Дурново на необоснованное, по его мнению, решение суда: «из полицейского дознания... можно видеть, что отдельные случаи богохульств и попытки соращения в секту, несомненно, были. Так, например, православный крестьянин Яков Дехтярев заявил, что жидовствующий Поликарп Зорин богохульствовал в самых циничных выражениях, склоняя Дехтярева в секту... Крестьянин Харитон Реунов удостоверил факт глумления сектанта Кузьмы Федюкина над право-

славным храмом; крестьяне Петр и Дмитрий Бусловы засвидетельствовали, что жидовствующий Лукьян Чернов высказывал хулу на Иисуса Христа, а крестьянин Петр Гусев – что сектант Егор Чернов заставлял своего работника Василия Мокеева плевать на иконы и выколоть глаза изображению... По отзыву местного священника, жидовствующие вообще совершают проступки против православной веры, но весьма скрытно, если же при подобных случаях и бывают свидетели православные, то они избегают обличать виновных из опасений мести со стороны жидовствующих». По мнению обер-прокурора Синода, решение суда «обуславливается особенным характером уголовного процесса, неудобоприменимого к преступлениям по делам веры»¹.

Очевидно, что К.П. Победоносцев склонял министра внутренних дел к применению в отношении просянских «субботников» внесудебной репрессии. Его поддержал Главноначальствующий гражданской частью на Кавказе генерал от инфантерии граф Татищев, который предложил пятерых «особо злостных сектантов» административным порядком «водворить отдельно от других жидовствующих под надзором полиции на пять лет в татарскую (имелась ввиду азербайджанская. – С.Л.), или армянскую часть Кавказа, а оставшихся поселить в Ленкоранском уезде Бакинской губернии». Однако И.Н. Дурново не стал решать этот вопрос, а сменивший его на посту министра внутренних дел И.Л. Горемыкин продемонстрировал независимую по отношению к Синоду позицию. В отношении Департамента общих дел от 17 февраля 1897 года говорилось, что Особым совещанием при министре внутренних дел был рассмотрен вопрос об административной высылке просянских «субботников», но «Господин Министр Внутренних Дел не нашел оснований к административной высылке»².

Тогда К.П. Победоносцев решил добиться своей цели путем «инициативы снизу»: в МВД поступило сообщение, что сами «субботники» через своих поверенных заявили губернатору еще в прошении от 22 мая 1894 года о желании добровольно переселиться из Ставропольской губернии в Закавказье. Одновременно

¹ ГАРФ. Ф. 102. Оп. 1897. Д. 350. Л. 5–8.

² Там же. Л. 10.

ставропольский губернатор генерал Никифораки направил ходатайство Главноначальствующему гражданской частью на Кавказе графу Татищеву о переселении 54 семей «субботников» на земли у селения Одмаглы Ленкоранского уезда Бакинской губернии или в случае недостаточности земельных наделов в находящееся рядом урочище Хамрава.

Граф Татищев посоветовал поселить «субботников» в селе Привольном Ленкоранского уезда Бакинской губернии, где уже проживали три тысячи «субботников» трех «толков»: «собственно субботники», «караимствующие», «жидовствующие», а также несколько семей «природных евреев». Рядом находились села Православное и Михайловка с русским православным населением и еще несколько селений азербайджанцев и ссыльных «хлыстов» и «молокан». Татищев мотивировал свое предложение тем, что «субботники, чуждающиеся не только православия, но и русской народности и усваивающие мало-помалу все особенности чистого иудейства, как религиозные, так и бытовые, со свойственным иудаизму фанатизмом и враждою к христианству» должны быть поселены подальше от основной массы православных во избежание в дальнейшем конфликтов с ними¹.

Идея Татищева встретила сопротивление со стороны Бакинского губернатора тайного советника Рогге, который отказался принять просяньских переселенцев: «переселение в Бакинскую губернию последователей вредной секты... совершенно нежелательно, тем более что переселение... значительно увеличило бы численность проживающих уже там последователей этой вредной секты, которых следовало бы скорее распределять небольшими группами по разным, более или менее отдаленным одно от другого местам, а не соединять вместе, так как соединение... несомненно, придаст жидовствующим лишь новую силу и крепость»². Рогге сослался на то, что в предлагаемой к переселению местности не имелось свободных казенных земель. Вероятно, губернатору совсем не хотелось занимать себя лишними проблемами по устройству ссыльнопоселенцев.

¹ См.: ГАРФ. Ф. 102. Оп. 1897. Д. 350. Л. 11.

² Там же. Л. 12–14.

Татищев продолжал настаивать на своей позиции, в докладе в МВД он указал: «Хотя водворение неизбежно послужит некоторому усилению числа последователей вредной жидовствующей секты в этом люднейшем ее центре на Кавказе, но это увеличение нельзя признать значительным (число предложенных к приселению составляет не более 10% наличного числа приволенских сектантов), и при этом сосредоточение жидовствующих в одном пункте, более или менее изолированном от православных селений, было бы более целесообразно, чем создавать в разных местах края, как проектирует тайный советник Рогге, несколько новых очагов столь вредной секты. Притом такое сгруппирование сектантов удобнее и для полицейского наблюдения за ними». Свои доводы Татищев подкрепил и конкретными цифрами, он подсчитал, что на 550 «дымов» приволенских сектантов приходится 8222 десятины казенной пахотной земли, то есть почти по 15 десятин на «дым», а в других «раскольнических» поселениях на «дым» приходится даже по 18 десятин.

Татищев считал, что такие размеры наделов слишком значительны, «тем более что по имеющимся сведениям жидовствующие Ленкоранского уезда, чуждаясь большей частью, подобно евреям, земледельческого труда и обрабатывая свои земли через наемных рабочих православных и татар, занимаются сами преимущественно торговлею и промышленностью, эксплуатируя в то же время местное население путем ростовщичества и другими паразитическими способами. Вообще сектанты Ленкоранского уезда, особенно жидовствующие, живут не только зажиточно, но и богато, в противоположность ближайшему к ним православному населению, имеющему гораздо меньшие земельные наделы (например, в с. Михайловке на «дым» приходится 6 десятин) и живущему весьма бедно».

Выступая в роли защитника православного населения, Татищев предостерегал руководство МВД: «столь значительный перевес благосостояния сектантов над таковым же православных содействует укреплению и распространению сектантства, служит для простого народа соблазном». Переселение же просянских «субботников», по мнению Татищева, приведет к уменьшению среднего размера сектантского надела до 13,5 десятин на «дым», «каковой все же следует признать значительным». Заклучая свои

соображения, он указал: «В случае же если бы, как можно ожидать, приволенские сектанты не пожелали добровольно отказаться от своих наделов в пользу высококих и просянских единоверцев или те отказались бы поселиться в Привольном, то я полагал бы привести необходимым мое предположение в исполнение путем принудительным, по распоряжению правительства»¹.

Соображения Татищева были доложены И.Л. Горемыкину, и он принял решение, которого добивался К.П. Победоносцев. 11 декабря 1897 года Особым совещанием при министре внутренних дел было признано «приселить» 55 семей просянских «субботников» к Приволенскому сельскому обществу Ленкоранского уезда Бакинской губернии. Однако уже в 1898 году петербургский присяжный поверенный В.И. Добровольский направил министру внутренних дел ходатайство о необходимости расследования тяжелого материального положения переселенцев и возвращения их в Ставропольскую губернию. Ходатайство МВД направило для рассмотрения Татищеву, которым оно было «оставлено без ответа». В сентябре 1904 года В.И. Добровольский возобновил ходатайство, указывая, что «ныне невозможность для переселенцев осесть и укрепнуть на отведенных им землях, незнание новых экономических условий и местного языка ставит их в безвыходное экономическое и материальное положение». Документ был заверен доверителями, которых проверил Департамент полиции по своим картотекам на предмет «неблагополучных в политическом отношении сведений». Таковых не оказалось, и Департамент запросил мнение Ставропольского губернатора по существу ходатайства. Тот своим письмом от 24 января 1905 года ответил следующее: «так как ничем не гарантировано, что упомянутые сектанты на будущее время воздержатся от подобного вредного влияния на православных, то, по моему мнению, не имеется никаких оснований к отмене принятой к ним административной меры, тем более что возвращение их на прежнее место легко может быть истолковано невежественной массой самым превратным образом, а именно в смысле признания со стороны правительства правильности их религиозных заблуждений»².

¹ ГАРФ. Ф. 102. Оп. 1897. Д. 350. Л. 20–25.

² Там же. Л. 28–29.

По делу просянских «субботников» создавался замкнутый круг, и вопрос по нему был временно отложен до рассмотрения Комитетом министров на основании п. 6 Указа от 12 декабря 1904 года, которым предусматривалось, что «все лица, подвергнутые административным взысканиям по делам религиозного свойства, подлежат безотлагательному освобождению от такового». Лишь 11 апреля 1905 года, за шесть дней до издания Указа «Об укреплении начал веротерпимости», Департамент общих дел известил Департамент полиции, что Бакинскому и Ставропольскому губернаторам отданы распоряжения «о необходимости безотлагательно озаботиться освобождением 55 семейств последователей секты жидовствующих от высылки в Бакинскую губернию с дозволением им ныне же возвратиться на родину в Ставропольскую губернию»¹.

Приведенный случай дает представление о характере взаимоотношений МВД и Синода и взаимоотношений внутри самого Министерства по вопросам противодействия религиозному диссидентству на рубеже XIX–XX веков. Периодически меняющаяся вероисповедная политика в отношении старообрядчества и сектантства создавала условия для злоупотреблений властью на всех уровнях государственного аппарата.

¹ ГАРФ. Ф. 102. Оп. 1897. Д. 350. Л. 32–34.

Лушин А.Н.,

*кандидат юридических наук, доцент,
профессор кафедры теории и истории
государства и права Нижегородской
академии МВД России*

Противодействие злоупотреблениям служебными полномочиями чинами полиции в XIX веке (на примере Нижегородской губернии)

Начало XIX века в Российской империи с попытками верховной власти проводить либеральные преобразования одновременно изобиловало фактами явного произвола со стороны чиновничьего аппарата. В государственных инстанциях накопилось немало сведений о том, что нередко полицейские чины на местном уровне открыто в лично-корыстных целях использовали свои служебные полномочия, что приводило к намеренному укрыванию и затягиванию рассмотрения преступлений, взяточничеству в нижних земских судах, пренебрежительному, а иногда жесткому отношению к крестьянству, прямому вымогательству у купечества в обмен на заступничество.

Для предотвращения злоупотреблений полиции своим служебным положением император Александр I был вынужден 19 марта 1801 года издать именной указ, в котором потребовал, чтобы полицейские «из границ должности своей отнюдь не выходили» и «не дерзали причинять никому никаких обид и притеснений, действуя во всяком встретившемся случае по предписанным каждому правилам»¹. Для нижегородской полиции первых лет XIX века данный указ был весьма на злобу дня, поскольку в ряде уездных городов полицейские чины чувствовали себя подлинными хозяевами и не отличались благонамеренным поведением. Примером тому может послужить исто-

¹ ПСЗРИ. Т. XXVI. 1800–1801. Санкт-Петербург, 1830. № 19799. С. 593.

рия с балахнинскими квартальными надзирателями А.М. Сукиным и Л.М. Макаровым, которые постоянно на службе пьянствовали, вторгались в неподобающем виде в чужие дома, оскорбляли при исполнении своих служебных обязанностей непристойными словами не только местных купцов, но даже и городских чиновников¹. Кроме того, оба полицейских часто занимались рукоприкладством по отношению к простым горожанам. Об их многочисленных злоупотреблениях служебными полномочиями был поставлен в известность нижегородский губернатор А.М. Руновский, который уволил обоих обнаглевших полицейских с государственной службы, однако не доводя дело до суда.

Определенным действенным средством противодействия злоупотреблениям полицейской властью являлись служебные проверки (ревизии). Значительный общественный резонанс вызвала в Нижнем Новгороде гнусная история полицмейстера подполковника Г.М. Клугена, который по результатам служебной проверки, инициированной в июне 1826 года генерал-губернатором А.Н. Бахметевым, был отстранен от должности по подозрению в превышении своих полномочий. Подпоручик Н.В. Ульянин и стряпчий Ильин, проводившие ревизию, выявили, что полицмейстер по своему усмотрению распоряжался казенными деньгами, в результате чего не только нарушался порядок выплаты жалования чинам полиции, но и присваивались немалые суммы. Кроме того, до полицейских не дошло сукно, приобретенное для пошива форменного обмундирования, на которое городской думой Нижнего Новгорода были целенаправленно выделены деньги. Ревизия к тому же установила, что 530 дел о преступлениях и правонарушениях оставались полицмейстером не рассмотренными и находились в полном беспорядке. Личный состав городской полиции Г.М. Клуген постоянно использовал для исполнения своих частных поручений. Более того, полицейские чины либо систематически опаздывали на службу, либо вообще не являлись на нее. Свои замечания проверяющий чиновник изложил подробно в рапор-

¹ См.: *Беляков А.В., Галай Ю.Г., Лушин А.Н.* Нижегородская полиция в период Российской империи: монография. Нижний Новгород, 2017. С. 121–122.

те на шести страницах¹. Чтобы избежать для себя неприятных последствий, отставленный от службы полицмейстер подал рапорт об обострившемся у него ухудшении здоровья и о переводе его в другую службу. Однако генерал-губернатор А.Н. Бахметев, известный как ярый и последовательный гонитель с государственной службы мздоимцев и казнокрадов, использовавших свое служебное положение для личного обогащения, добился у министра внутренних дел увольнения Г.М. Клугена со службы. Нижегородское губернское правление потребовало от уволенного полицмейстера возмещения незаконно присвоенных казенных денег.

В том же году генерал-губернатор А.А. Бахметев получил сведения о злоупотреблении служебными полномочиями некоторыми уездными чинами полиции, которые, пользуясь своим положением, совершали преступные деяния. По его поручению было расследовано дело подканцеляриста арзамасской полиции П.Е. Клауриуса, который, злоупотребляя своими правами при явно небескорыстном содействии своих сослуживцев, обманным путем продал не принадлежащее ему имение. В Балахнинском уезде земский исправник Н.О. Массарий и его подчиненные были замешаны в различных неблагоприятных поступках с превышением своих служебных полномочий. По указанию генерал-губернатора А.А. Бахметева было проведено расследование и полицейские чины были оштрафованы. Однако А.А. Бахметев считал, что самоуправство и нарушение служебных полномочий чинами полиции должны быть наказаны со всей строгостью, и уездному исправнику Н.О. Массарию был объявлен строгий выговор с предупреждением о том, что при последующем злоупотреблении служебными полномочиями он будет уволен со службы и предан суду в соответствии с законодательством². Некоторые полицейские чины в уездах незаконно взымали с населения якобы официально установленную плату за составление различных документов, которые оформлялись безвозмездно.

¹ См.: ГУ ЦАНО. Ф. 3. Оп. 3. Д. 1826; *Лушин А.Н.* Нижегородские полицмейстеры: 1802–1917. Нижний Новгород, 2000. С. 5–6.

² См.: *Беляков А.В., Галай Ю.Г., Лушин А.Н.* Нижегородская полиция в период Российской империи: монография. Нижний Новгород, 2017. С. 216, 220.

В 1826 году по поручению императора Николая I флигель-адъютант П.Д. Мансуров проводил тщательную ревизию Нижегородской губернии. В своей служебной записке он обратил особое внимание на то, что полицейские чины часто пользовались своими правами и неограниченной властью для того, чтобы налагать на население уездов разные надуманные денежные поборы, которые, конечно, в государственную казну не поступали. Более того, отмечал высокопоставленный ревизор, «сие зло до такой степени укоренилось, что крестьяне перестали роптать на противозаконные сборы, принося их добровольно, думая оградить себя таким образом от больших притеснений»¹. Естественно, что генерал-губернатор А.А. Бахметев, в округ которого входило пять крупных губерний центральной части Российской империи, давал указания подчиненным губернаторам о проведении жесткой целенаправленной борьбы со злоупотреблениями чинами полиции своими служебными правами.

В 1853 году чиновник особых поручений при нижегородском военном губернаторе П.И. Мельников по указанию министра внутренних дел ревизовал деятельность городской полиции и выявил там значительное количество разнообразных злоупотреблений служебными полномочиями. К тому же все это происходило по попустительству полицмейстера полковника Г.К. фон Зенгбуша, которого также заподозрили и в коррумпированности. Кроме того, полицмейстер вызвал возмущение общественности тем, что при преследовании некоторых религиозных сообществ действовал весьма грубыми, а подчас насильственными и оскорбительными методами, превышая свои права и тем самым нарушая действующее законодательство. Губернатор князь М.А. Урусов, чтобы принять соответствующие меры по наведению должного порядка в полиции, в виде наказания понизил полицмейстера в должности, назначив его городничим уездного г. Арзамаса².

Несомненный интерес в контексте рассматриваемой проблемы представляет исторический сюжет противодействия в 1850-е

¹ Из записок прошлого. Записка флигель-адъютанта Мансурова о состоянии Нижегородской губернии в 1826 году // Нижегородская земская газета. 1907. № 17. С. 490–491; Действия НГУАК. Т. VII. Отд. II. С. 659.

² См.: Действия НГУАК. Т. IX. В память П.И. Мельникова. 1910. С. 218.

годы военного губернатора А.Н. Муравьева многочисленным злоупотреблениям служебными полномочиями со стороны полицмейстера полковника П.В. Лаппа-Старженецкого. Назначенный летом 1855 года на должность начальника городской полиции П.В. Лаппа-Старженецкий так широко и нестеснительно обложил поборами нижегородское купечество, что его имя вошло в знаменитую поговорку «дать на лапу». Кроме того, он занимался рукоприкладством по любому поводу и даже лично избивал городских полицейских в «воспитательных» целях. Драматический артист А.П. Ленский в своих воспоминаниях так отзывался о нижегородском полицмейстере: «известный взяточник и дантист, сворачивающий скулы и правому, и виновному»¹. Чтобы убрать с должности злостного нарушителя законности, губернатор был вынужден неоднократно прибегнуть в 1859 году к помощи высокопоставленного родственника Н.Н. Муравьева-Карского².

Напряженная борьба нижегородского губернатора с полицмейстером, погрязшим в злоупотреблениях служебными полномочиями, вскрытые на местах многие негативные факты произвола и прочих неблагоприятных поступков полицейских привели к тому, что А.Н. Муравьев в январе 1861 года направил уездным исправникам циркуляр, в котором категорически потребовал от полицейских чинов прекращения различных поборов и повинностей в их пользу, незаконных притеснений местного населения, применения неоправданного насилия к крестьянам. При этом губернатор откровенно пригрозил, что в случаях дальнейшего злоупотребления своими правами виновные будут уволены с государственной службы и наказаны³.

В период правления императора Александра III со стороны Министерства внутренних дел, губернаторов и полицмейстеров на местах проводилась систематическая работа по противодействию злоупотреблениям служебными полномочиями чинами полиции. Значительную роль в данном направлении сыграло по-

¹ Ленский А.П. Воспоминания // Русская мысль. 1891. № 4. Отд. II. С. 15.

² См.: Из эпистолярного наследия декабристов. А.Н. Муравьев. Письма к Н.Н. Муравьеву-Карскому. Санкт-Петербург, 2008. С. 271–272.

³ См.: Нижегородские губернские ведомости. Часть неофициальная. 1861. 4 февраля. С. 31–35.

явление ведомственных циркуляров и инструкций, которые составлялись как в Министерстве внутренних дел, так и наиболее активными полицмейстерами. Как правило, в них указывалось, что полицейские не должны распространять свою власть далее пределов, указанных в ведомственных нормативных правовых актах. При этом особо отмечалось, что любое выявленное отклонение от закона будет наказано независимо от того, поступали или нет на полицию жалобы от населения. Так, инструкция нижегородским городовым чинам, составленная полицмейстером статским советником Н.Г. Каргером, категорически запрещала полицейским быть ходатаями и поручителями частных лиц перед властными органами, то есть использовать свое служебное положение в личных целях. Показательным примером активизации ведения борьбы местной властью со злоупотреблениями в полицейских правомочиях является приказ от 6 декабря 1894 года нижегородского полицмейстера князя М.В. Волконского: «Поставляя о сем в известность подведомственных мне чинов полиции, объявляю, что все требования мои будут отдаваемы в приказах впоследствии, по мере надобности и согласно тем предначертаниям и указаниям, как будут преподаны мне господином Начальником губернии, вообще же и всегда и совершенно неуклонно буду требовать с моих подчиненных твердого знания своих обязанностей и точного, а главное честного исполнения долга»¹.

Таким образом, на протяжении XIX века борьба со злоупотреблениями служебными полномочиями чинами полиции на местах систематически проводилась, но не всегда давала действенные результаты в части привлечения виновных к уголовной ответственности. Обычно провинившихся полицейских наказывали выговорами, отстраняли от должности, реже увольняли со службы либо переводили на нижестоящие должности в той же губернии. В таких случаях, как правило, проявлялась сословная дворянская и чиновничья корпоративность. В то же время можно констатировать, что правотворчество по противодействию злоупотреблениям служебными полномочиями полицейскими чинами в России в XIX веке весьма медленно, но последовательно развивалось и совершенствовалось.

¹ ГУ ЦАНО. Ф. 2. Оп. 6. Д. 1911. Л. 48.

*Магнутов Ю.С.,
председатель Борского городского суда
Нижегородской области*

Субкультура АУЕ как форма криминального злоупотребления правом

Субкультура «АУЕ»¹ – это аббревиатура современного неформального объединения несовершеннолетних, представители которого пропагандируют противоправный образ жизни, основанный на криминальных понятиях и законах, сопряженный со сбором денег для поддержания лиц, находящихся в исправительных учреждениях.

Отличительными признаками рассматриваемой криминальной субкультуры выступают следующие: непризнание права и власти; полное отрицание прав представителей общества, не являющихся их членами; отсутствие чувства сострадания к людям; хулиганские побуждения к противоправной деятельности; криминально-корыстный характер деятельности.

В АУЕ-сообществах наблюдается распределение прав и обязанностей, а также статусов их представителей; построена четкая субординация межличностных отношений. Продвигаемая ими идея по созданию «воровской» власти, выступающей антиподом власти легитимной, фактическое применение во взаимоотношениях регуляторов, противоречащих законодательству России, явно свидетельствуют об особой форме преступного злоупотребления правом, представляющей реальную угрозу конституционному строю государства. Вышеизложенное фактически дает основание относить субкультуру «АУЕ» к криминально-групповой разновидности молодежного экстремизма, целью которого, безусловно, является подрыв конституционных основ страны.

Проведенное исследование идеологии АУЕ позволяет сделать следующий вывод. Главной детерминантой такого резкого

¹ АУЕ – «арестантский уклад един» или «арестантское уркаганское единство».

всплеска заинтересованности в ней выступает четко сформированная идеология, носящая для молодого поколения «привлекательный» характер¹. Усиливается это незначительной вовлеченностью несовершеннолетних в общественно полезную деятельность², отсутствием четкой воспитательно-профилактической работы и провалами в социальной политике³.

В настоящее время в телекоммуникационной сети «Интернет» зарегистрировано несколько десятков групп «АУЕ». Например, группа «АУЕ Шпана» насчитывает более 130 тыс. подписчиков.

На первоначальном этапе молодой человек, ставший членом АУЕ-организации, может и не иметь экстремистских мотивов, однако при постепенной трансформации посредством участия в ее деятельности у него формируется четкое представление о целесообразности изменения современных основ права и государства.

Особенности криминальной субкультуры «АУЕ», ее структурированность и количественный состав ставят вопрос не только о необходимости признания пропагандируемых ее представителями идей как одной из разновидностей криминальных идеологий, но и о юридической оценке организованной формы такой деятельности.

Рассматриваемая криминальная идеология представляет собой возникшую по причине несовпадения житейских понятий вражду или ненависть, разночтение взглядов и представлений у потерпевшего с субъектом противоправного поведения. В этой связи необходимо обратить внимание на то, что при совершении представителями АУЕ преступлений, основанных на четко сформированной идеологической мотивации, жертва воспринимается лишь как средство достижения поставленных криминальных целей, воздействуя на которую демонстрируется отрицание к существующим порядкам и

¹ См.: Попченко А.Р., Петрова Т.А. Предупреждение правонарушений со стороны молодежных неформальных объединений экстремистской направленности: методическое пособие. Москва, 2006.

² См.: Мелешко Н.П. Факторы молодежной экстремистской преступности // Совершенствование борьбы с организованной преступностью, коррупцией и экстремизмом / под ред. А.И. Долговой. Москва, 2008. С. 272.

³ См.: Аминов Д.И., Оганян Р.Э. Молодежный экстремизм. Москва, 2005. С. 3; Системное противодействие радикальным экстремистским течениям в молодежной среде: монография / Ю.В. Трунцевский [и др.]. Тамбов, 2010. С. 37.

устоям. Даная позиция прослеживается как в лозунгах, так и действиях членов рассматриваемого молодежного течения, что подтверждается материалами судебно-следственной практики. Например, гражданин Ц., являющийся членом АУЕ-сообщества, на своей странице в социальной сети «ВКонтакте» разместил изображение сотрудника правоохранительного органа с огнестрельным ранением головы, сопровождаемое текстом, содержащим в себе призывы к совершению насильственных действий в отношении полицейских как отдельной социальной группы. Проведенная лингвистическая экспертиза подтвердила насильственное содержание исследуемых призывов. Учитывая, что размещенные материалы имели открытый и доступный для понимания характер, были направлены на ознакомление с ними неограниченного количества лиц, и как следствие, побуждали к совершению вышеуказанных действий, в отношении виновного было возбуждено уголовное дело по ч. 2 ст. 280 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ)¹.

Вышеизложенное дает нам основание говорить о том, что АУЕ является разновидностью молодежного движения протестно-экстремистской направленности. Предлагаемая идеологами деструктивная идея формирует экстремистское мировоззрение молодежи, ставя во главу угла протестное поведение, нацеленное на подрыв общепризнанных ценностей. Усиливается это распространением среди молодежи материалов, в том числе и экстремистского толка. То есть сегодня фактически мы наблюдаем зарождение новой криминальной молодежной политики с полным отрицанием конституционных, государственных и общественных основ, что выступает в качестве реальной и очень серьезной угрозы национальной безопасности и вписывается в признаки экстремизма, указанные в ст. 1 Федерального закона «О противодействии экстремистской деятельности».

С нашей точки зрения, ценностные основы криминальной жизни, требующие нарушения существующего законодательства, неукоснительного соблюдения воровского и тюремного укладов, имеют существенные сходства с идеологией радикального ислама. В этой связи при признании идеологии АУЕ экстремистской

¹ См.: Уголовное дело № 1-161/2017 // Архив Калининского районного суда Тверской области.

возможна реализация эффективных уголовно-правовых инструментов противодействия ее дальнейшему распространению.

Во-первых, уровень организованности ее представителей, отсутствие запрета на деятельность АУЕ-организаций вызывает вопрос о признании их формой экстремистского сообщества. Термин «сообщество» сегодня очень активно используется при юридико-техническом конструировании норм Общей и Особенной частей УК РФ (например, ч. 4 ст. 35, ст. 205⁴, 210 и 282¹). Определяя форму соучастия экстремистского сообщества, законодатель предпринял подход, в рамках которого оно было отнесено к разновидности организованной группы, что прямо отмечено в ч. 1 ст. 282¹ УК РФ. В постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2011 года № 11 «О судебной практике по уголовным делам о преступлениях экстремистской направленности» при уточнении законодательной позиции предлагается наделять экстремистское сообщество следующими признаками: устойчивость; предварительная организованность для совершения одного или нескольких деяний, основанных на экстремистской мотивации; наличие организатора (лидера); стабильность состава; согласованность действий между участниками; общая криминально-мотивационная цель; возможность наличия отдельных структурных подразделений (частей)¹.

Организации, пропагандирующие идеологию АУЕ, явно содержат в себе эти вышеуказанные признаки, что и дает основание признавать их экстремистскими сообществами.

Во-вторых, актуализируется вопрос по подрыву экономических основ рассматриваемого вида организованной преступности путем применения ст. 282³ УК РФ «Финансирование экстремистской деятельности».

В-третьих, к уголовной ответственности за вовлечение несовершеннолетних в деятельность АУЕ станут активно привлекаться организаторы этих сообществ по ч. 4 ст. 150 УК РФ.

Полагаем, что применение такого варианта уголовно-правового противодействия снизит не только интерес молодого поколения к идеологии АУЕ, но и ее экономическую привлекательность со стороны организаторов.

¹ См.: Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2011. № 8.

Макарейко Н.В.,

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры административного права и процесса Нижегородской академии МВД России

Пределы государственного принуждения как средство противодействия злоупотреблению правом

Традиционно злоупотребление правом связывается с недобросовестным осуществлением гражданских прав и, соответственно, пределами их осуществления (ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)). Вместе с тем, было бы глубоким заблуждением рассмотрение данной проблематики исключительно сферой частноправового регулирования. В сфере публично-правового регулирования также имеют место злоупотребления правом, при этом последствия наступают несоизмеримо большие, чем в областях, которые регулируются нормами гражданского, семейного, трудового права.

Признавая те негативные последствия, которые наступают при злоупотреблении правом в сфере частного права, следует учесть, что результат от злоупотребления правом в области публичного права и особенно в ходе применения государственного принуждения несоизмеримо опаснее и влечет за собой большие лишения. В этой связи представляет несомненный научный и прикладной интерес вопрос поиска средств, которые позволяют ограничивать злоупотребление правом при применении государственного принуждения.

Отрадным является тот факт, что Конституционный Суд Российской Федерации не оставил без внимания проблему злоупотребления правом при закреплении и реализации государственного принуждения. Об этом свидетельствует правовая позиция органа конституционного контроля, получившая закрепление в постановлении от 19 января 2016 года № 2-П «По делу о про-

верке конституционности подпункта «а» пункта 22 и пункта 24 статьи 5 Федерального закона от 28 июня 2014 года № 188-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обязательного социального страхования» в связи с запросами Арбитражного суда г. Москвы и Арбитражного суда Пензенской области»¹. Конституционный Суд Российской Федерации отметил, что с учетом «принципов правовой определенности, справедливости, необходимости поддержания у граждан и их объединений доверия государству и охраняемому им правопорядку» следует «обеспечить адекватность применяемого государственного принуждения всем обстоятельствам, имеющим существенное значение для ее индивидуализации, и избежать злоупотреблений при принятии решений о размерах штрафной санкции в конкретных делах». При этом Конституционный Суд Российской Федерации не единожды обращал внимание на данную проблематику².

Такое положение вызывает неоднозначную оценку. С одной стороны, Конституционный Суд Российской Федерации остается последовательным в своей позиции по вопросу об учете ограничений в ходе применения мер государственного принуждения, чаще всего юридической ответственности. С другой стороны, это

¹ По делу о проверке конституционности подпункта «а» пункта 22 и пункта 24 статьи 5 Федерального закона от 28 июня 2014 года № 188-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации по вопросам обязательного социального страхования» в связи с запросами Арбитражного суда города Москвы и Арбитражного суда Пензенской области: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 19 января 2016 года № 2-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 5, ст. 762.

² По делу о проверке конституционности ряда положений статей 7.3, 9.1, 14.43, 15.19, 15.23.1 и 19.7.3 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с запросом Арбитражного суда Нижегородской области и жалобами обществ с ограниченной ответственностью «Барышский мясокомбинат» и «ВОЛМЕТ», открытых акционерных обществ «Завод “Рекомд”», «Эксплуатационно-технический узел связи» и «Электронкомплекс», закрытых акционерных обществ «ГЕОТЕХНИКА П» и «РАНГ» и бюджетного учреждения здравоохранения Удмуртской Республики «Детская городская больница № 3 “Нейрон” Министерства здравоохранения Удмуртской Республики»: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 25 февраля 2014 года № 4-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 10, ст. 1087.

свидетельствует о «законодательном браке». Нетрудно предугадать реакцию законодателя. Он точно отвечает путем внесения изменений и дополнений в действующее законодательство. В то же время проблема глубже и требует принятия системных решений, одним из которых является использование средств ограничения пределов применения государственного принуждения¹.

Совершенно очевидно, что в своей деятельности органы государственной власти и их должностные лица используют различные методы². Наличие такого широкого инструментария обеспечивает вариативность в деятельности названных субъектов, в том числе и при решении правоохранительных задач. Имеет место своеобразная конкуренция методов, когда можно использовать их определенное соотношение, «дозировку» в конкретной ситуации. Вместе с тем, свойства государственного принуждения как метода прямого воздействия в ряде ситуаций провоцируют правоприменителей на их необоснованное применение. При этом следует учитывать, что речь идет не о нарушении законности, а о целесообразности применения вышеназванных мер. Правоприменитель в ряде ситуаций игнорирует требования справедливости, гуманизма, руководствуясь соображениями достижения цели в минимальные сроки. В этой связи соблазн оперативного наступления правоохранительного результата приводит к отказу от «экономии» государственного принуждения.

Такое положение является возможным в силу несовершенства механизма правового регулирования на различных стадиях — нормативного правового закрепления мер государственного принуждения, принятия правоприменительного акта, его исполнения. Одним из инструментов, который может в значительной степени нормализовать сложившуюся ситуацию, является установление и учет пределов государственного принуждения. Наличие и применение соответствующих пределов позволит ограничить злоупотребление правом.

¹ См.: Макарейко Н.В. Пределы государственного принуждения // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. № 1 (25). С. 35–39.

² См.: Макарейко Н.В. Методы государственного управления: учебное пособие. Нижний Новгород, 2002.

Следует согласиться с Ж.И. Овсепян, что посредством пределов государственно-правового принуждения происходит идентификация названного метода с государством и правом¹. Необходимо помнить, что учет пределов применения государственного принуждения имеет важное значение не только для принуждаемых, но и для субъектов, которые применяют названные меры, а также потерпевших. При этом следует избегать крайностей. С одной стороны, правовое закрепление и дальнейшее применение мер государственного принуждения, обладающих минимальным правоограничительным потенциалом, будут не способны оказать должное воздействие на противоправную ситуацию и могут в определенных ситуациях выступить в качестве катализатора противоправного поведения, что чревато серьезными негативными последствиями. В то же время закрепление мер государственного принуждения с излишним правоограничительным потенциалом приводит к необоснованному ограничению прав, свобод, законных интересов граждан и других субъектов.

Мы полагаем, что в основу установления пределов государственного принуждения должны быть положены объективные факторы. К их числу следует отнести реальность формирования и функционирования правового государства, его институтов, в том числе объективность закрепления и реализации прав и свобод граждан. Важно учитывать специфику сферы социальной деятельности (экономическая, административно-политическая, социально-культурная). Так, необоснованные границы государственного принуждения в сфере экономики могут привести к ограничению и даже прекращению экономической деятельности. Такое положение обусловлено нормативным регулированием соответствующих отношений, соотношением между нормами права и другими социальными регуляторами (моралью, обычаями, традициями, религиозными, корпоративными нормами и др.), которые используются при регулировании соответствующих отношений.

¹ См.: *Овсепян Ж.И.* Юридическая ответственность и государственное принуждение (Общетеоретическое и конституционно-правовое исследование). Ростов-на-Дону, 2005. С. 13.

Важно учитывать возможность непринудительного разрешения конфликтных ситуаций. Тогда стороны – участники конфликта могут самостоятельно разрешить возникшую спорную ситуацию, в том числе с участием медиатора¹, третейского судьи², посредника³. В таких случаях возможно исключить или же минимизировать применение государственного принуждения.

При выработке критериев государственного принуждения важно учесть наличие и реальность угроз общественным отношениям. Ошибка в реальной оценке состояния общественных отношений, игнорирование заблаговременного применения превентивного инструментария расширяют применение государственного принуждения.

Пределы государственного принуждения, их действенность во многом предопределены средствами, которые используются для их закрепления. К их числу следует прежде всего отнести правоохранительную цель, которую ставят перед собой правоприменители. Традиционно речь идет о такой двуединой глобальной цели, как обеспечение правопорядка и безопасности⁴. В дальнейшем она конкретизируется на видовом уровне и детализируется применительно к отдельной мере государственного принуждения. Речь идет о своеобразном «дереве целей». Вместе с тем, имеют место ситуации, когда декларируются одни цели, а реально преследуются совершенно другие. В качестве примера можно сослаться на «коммерциализацию» административного штрафа, когда цели предупреждения административных правонарушений подменяются пополнением бюджета. «Штраф как мера воздействия, помимо превентивных и ряда иных свойств, примечателен одним качеством, не связанным с карательным воздействием, – он пополняет бюджет. Этот фискальный аспект, приоб-

¹ См.: Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): федеральный закон от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 31, ст. 4162.

² См.: Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации: федеральный закон от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 1, ч. I, ст. 2.

³ См. статью 403 Трудового кодекса Российской Федерации.

⁴ См.: Макарейко Н.В. Государственное принуждение: проблемы теории и практики реализации: монография. Москва, 2015. С. 181–185.

рета, особое значение в условиях дефицита государственного бюджета, приводит к настоящей “штрафомании”»¹.

Фактические основания применения мер государственного принуждения в значительной мере способствуют определению границ государственного принуждения. Именно при наличии соответствующих оснований запускается механизм государственно-принудительного воздействия. Признавая, что наиболее сложно обстоит дело с мерами предупреждения, основания которых носят предполагаемый (презюмируемый) характер, было бы ошибкой считать, что проще дело обстоит с мерами других форм государственного принуждения. Так, наиболее детально определяются основания применения юридической ответственности, но и здесь обнаруживается масса проблемных вопросов. Речь идет прежде всего об определении степени общественной опасности, что впоследствии выражается в квалификации и выборе меры наказания (взыскания).

К числу пределов государственного принуждения относится закрепление исчерпывающего перечня субъектов, наделенных правами по их применению. Важно исключить делегирование такого важного инструментария непрофессиональному субъекту. При этом следует принимать во внимание специфику мер государственного принуждения конкретной формы, что требует расширения перечня уполномоченных субъектов (меры предупреждения, пресечения) и ограничения применительно к мерам защиты, процессуального обеспечения и особенно юридической ответственности.

Пределы государственного принуждения во многом предопределяются процессуальным порядком их применения. При этом отсутствует линейная зависимость между правоограничительной интенсивностью конкретной меры государственного принуждения и процессуальным порядком его применения. Прямая связь наблюдается, когда речь идет о мерах юридической ответственности, когда наиболее детальный порядок определен для уголовной ответственности и упрощенные процедуры – для дисциплинарной ответственности. Вместе с тем, реализация таких

¹ Максимов И.В. Система административных наказаний по законодательству Российской Федерации. Саратов, 2004. С. 65.

высокоограничительных мер, как применение физической силы, специальных средств, огнестрельного оружия, осуществляется в упрощенном порядке¹.

Важную роль в закреплении пределов государственного принуждения выполняют соответствующие гарантии. К их числу следует отнести: детальную нормативную правовую регламентацию; ответственность правоприменителей за допущенные правонарушения; возмещение ущерба (вреда) при незаконном применении; наличие и реализация механизмов контроля (надзора).

Подводя итог, следует отметить, что качественная неоднородность мер государственного принуждения требует реализации индивидуального подхода при выработке адресных рекомендаций по установлению и реализации их пределов. В этой связи важно добиться ответственного подхода субъектов права, которые задействованы на различных стадиях установления и реализации государственного принуждения.

¹ Статьи 18–24 Федерального закона от 7 февраля 2011 года № 3-ФЗ «О полиции» // Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 7, ст. 900.

Михайлов А.Е.,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории государства и права Саратовской государственной юридической академии

Злоупотребление правом как нравственная проблема: эвтаназия – убийство или спасение?

Правовая конструкция «злоупотребление правом» имеет давнюю историю. Например, еще римское право знало данную юридическую конструкцию, и так называемая римская сентенция «*Summum ius, summa iniuria*» («высшее право – высшая несправедливость») провозглашает нам, что закон не безграничен и при его реализации есть определенные пределы. Получается, что выход за данные границы – это и есть нарушение субъективных прав другого индивида. Как следствие этого – невозможность использования правовых принципов разумности и добросовестности.

По нашему мнению, субъективно злоупотребление правом включает два основных вида. Первое – это когда вред или ущерб другому человеку воспринимается как действие. Конечно, здесь должно быть налицо злоупотребление правом, и мы знаем название данного деяния – это шикана. Второй вид злоупотребления правом по субъективной стороне – это когда ущерб или вред объективно есть у другого индивида, однако перед этим намерения совершить данное деяние у лица не было.

Здесь напрашивается ряд кратких выводов: а) отсутствие прямого умысла злоупотребления правом, когда вред есть, а намерения этого не было, – конечно, это не шиканы; б) злоупотребление правом – особый вид правового поведения, которое заключается в использовании гражданами своих прав недозволенными способами, противоречащими назначению права, в результате чего наносится ущерб (вред) обществу, государству, отдельной личности. В качестве примера можно привести естественное

право индивида на жизнь. Оно было утверждено уже в конце XVIII века, и на сегодняшний день это естественное право закреплено во всех основных законах государств. Например, в ст. 20 Конституции нашей страны говорится, что каждый имеет право на жизнь. Один из аспектов данного права предполагает возможность самостоятельно распоряжаться ею. На основании этого возникает следующий вопрос: допускает ли право достойно отказаться от жизни в ситуации, когда она приносит муки и страдания? Считаем, что осуществить данное естественное право личности, то есть допустить возможность его реализации, можно, например через эвтаназию.

Проблема эвтаназии была известна уже в античной философии. Ученые разделились на два фланга: одни выступали за и одобряли искусственную смерть, а другие – категорически против, считая это тяжким грехом. А. Шопенгауэр писал: «смерть без побледнения, безболезненно, без хрипов и без агонии – разве это не цель каждого индивида? Причем достойная, главная, единственная и где-то даже «приятная»...»¹. Отсюда наш вывод: разве это не эвтаназия? Так называемую легкую смерть приветствовал и ученый Ф. Ницше. Например, в своем сочинении он указывал, что нельзя по закону отнять у лица смерть; однако при этом по праву можно лишить жизни индивида. Ф. Ницше называет это «жестокостью»².

Есть и другая точка зрения. Прежде всего это работы Ф. Аквинского и В.С. Соловьева. Так, Ф. Аквинский, рассуждая об эвтаназии, оценивал ее как вызов против Бога. Ведь Бог даровал лицу жизнь, значит эвтаназия – это преступление против общества. Она идет вразрез с естественным стремлением индивида к милосердию и к жизни³. Вторит Ф. Аквинскому и В.С. Соловьев. Он говорит, что жизнь человека от Бога; никто, кроме Бога, не может лишить индивида жизни как главной ценности; нельзя человека оставлять наедине с собой, так как при этом теряется нравственное достоинство и возможно не сохранить свою жизнь;

¹ Шопенгауэр А. Избранные произведения. Москва, 1992.

² См.: Ницше Ф. Человеческое, слишком человеческое: сочинения: в 2 т. Москва, 1990. Т. 1.

³ См.: Мысли великих людей / под ред. А.А. Авдюченко. Москва, 1999.

человек не способен избавить себя не только от духовной смерти, но и от телесной¹.

1 апреля 2002 года – дата зарождения официальной процедуры эвтаназии. Именно в этот день Нидерланды первыми законодательно закрепили активную эвтаназию². По закону этой страны эвтаназия могла быть применена только к лицам старше 12 лет по их требованию, если будет доказано, что болезнь очень тяжелая, не подлежащая лечению. Такое решение должно быть вынесено как минимум двумя врачами, а в случае сомнения – это дело передается в прокуратуру. В целом существуют две основные формы эвтаназии: активная и пассивная³. Пассивная форма связана с естественной смертью человека, то есть больному лицу не вводятся лекарственные препараты и, соответственно, наступает его кончина. Активная форма эвтаназии – это смерть человека, причем скорая смерть, с помощью введения особых медицинских «лекарств», которые и приводят к его смерти. Например, в Швейцарии действует правило, согласно которому эвтаназия наказывается лишь тогда, когда она была предпринята по корыстным мотивам. Во всех других случаях исполнителю грозит тюремное заключение в виде лишения свободы на срок до 5 лет (ст. 115 Уголовного кодекса Швейцарии от 21 декабря 1937 года)⁴.

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о наличии у процедуры эвтаназии как положительных моментов, так и отрицательных. Положительные заключаются в возможности человека на самостоятельное принятие решения – жить ему или нет, а отрицательные – в возможности ошибки врачей касательно диагнозов и риска злоупотребления данным правом. Однако многие на сегодняшний день не понимают значения термина «эвтаназия». Почему так происходит? Наверное, ответ на этот вопрос связан с тем, что эвтаназия – это что-то жуткое или данный медицинский

¹ См.: *Соловьев В.С.* Духовные основы жизни. Брюссель, 1982.

² См.: Эвтаназия. Справка. URL: <https://ria.ru/spravka/20050322/39555671.html> (дата обращения: 28.04.2019).

³ См.: Электронная библиотека ИФ РАН. «Новая философская энциклопедия». Эвтаназия. URL: <https://iphlib.ru/greenstone3/library/collection/newphilenc/document/HASH8a532e916225760b5c348a> (дата обращения: 28.04.2019).

⁴ См.: Уголовный кодекс Швейцарии. Санкт-Петербург, 2002.

термин просто пугает людей и т. д. Скорее всего, такой пробел в знаниях в данной области у граждан можно связать с тем, что тема эвтаназии недостаточно изучена в нашем государстве.

5 мая 1980 года был опубликован документ «Декларация об эвтаназии», где впервые и был использован термин «эвтаназия». Однако в России он обсуждается лишь последние 10–15 лет. В целом можно сказать, что в мире проблема эвтаназии существует на протяжении всего двадцатого столетия¹. Чтобы понять содержание и сущность данного термина, нужно знать основные аспекты эвтаназии.

1. Биолого-медицинский. Он заключается в определении двух главных типов пациентов, к которым возможно применение эвтаназии:

1) у которых физические страдания, боли настолько тяжелые и сильные, что они их просто не могут переносить. При этом медицина установила, что смерть биологическая у них будет неминуемо;

2) у которых состояние организма устойчиво-вегетативное, коматозное и, можно сказать, даже «растительное», дальнейшее лечение которых не имеет смысла, так как устанавливается факт необратимости вегетативного состояния.

В целом этот аспект эвтаназии связан с тем, что практически определить состояние пациента очень сложно, то есть решение по эвтаназии затруднительное.

2. Морально-нравственный. Главной проблемой здесь выступают нравственно ориентированные вопросы: правильно и милосердно ли прерывать жизнь даже страдающего человека? Не считается ли это убийством? И вообще, не противоречит ли идея эвтаназии самой сути медицинской профессии, которая призвана беречь жизнь и здоровье человека, а не наоборот?

3. Юридический. Он сводится к выработке нормативной базы, детально регламентирующей процедуру осуществления эвтаназии.

4. Религиозный. Он имеет огромное значение для глубоко верующих больных. Ведь представители различных конфессий

¹ См.: Правовые и этические аспекты эвтаназии. URL: <https://otherreferats.allbest.ru/medicine/c00180104.html> (дата обращения: 28.04.2019).

единогласно отвечают на вопрос о применении эвтаназии: как бы ни была тяжела жизнь, она дается человеку свыше, следовательно, это и лишает его возможности насильственно прерывать свое существование. По мнению верующих, эвтаназия – тяжкий и большой грех, за который придется на свете Божьем поплатиться.

Получается, что так называемый «большой грех» – тенденция, которая в некоторых государствах проявляется повсеместно. Как же все-таки нам относиться к ней?

Обратимся к законодательству. Согласно ст. 45 Федерального закона от 21 ноября 2011 года № 323-ФЗ (ред. от 06.03.2019) «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»¹ медикам нельзя проводить эвтаназию. Причем в законе эвтаназия определена как ускорение смерти больного по его желанию деяниями или средствами врача. Говоря иначе, прекращаются лечебные мероприятия по сохранению жизни пациента.

Данный документ не единственный. Существует проект Кодекса медицинской деонтологии российского врача, который основывается на Кодексе медицинской деонтологии врачей Франции (декрет Национального совета врачебного правопорядка № 65-1000, подписан 6 сентября 1995 года премьер-министром и министром здравоохранения Франции), и Этический кодекс российского врача, утвержденный на 4-й конференции Ассоциации врачей России в ноябре 1994 года. В частности, в ст. 38 говорится, что «врач должен сопровождать умирающего больного до последнего момента, выполнять необходимое лечение и обеспечить лечением и необходимыми мерами качества жизни больного, которые должны быть на высоте уважения достоинства и комфорта его окружения. Нельзя провоцировать наступление смерти. Запрещена эвтаназия в любой форме»².

Следовательно, применяется ст. 105 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ) к лицам (в нашем случае – к врачам), которые или проводят эвтаназию, и (или) своими действиями как бы подталкивают к ней. Ученые-специалисты права имеют на этот счет свою точку зрения: необходимо вме-

¹ См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2011. № 48, ст. 6724.

² Исаев Ю.С., Воропаев А.В., Дилис А.С. Медико-правовые аспекты эвтаназии // Сибирский медицинский журнал. 2004. № 8. С. 100–102.

нять ст. 124 УК РФ (неоказание своевременной помощи больному) медикам, которые бездействовали, причем умышленно не оказали никакой помощи больному. Данный врач должен нести ответственность.

Как мы видим, вопрос о сохранении жизни человека остается открытым – кто и когда может ее закончить? Сегодня, к сожалению, в законодательстве России однозначного ответа на этот вопрос нет. Во-первых, согласно ст. 3 Всеобщей декларации прав человека – каждый человек имеет право на жизнь, на свободу и личную неприкосновенность¹. Во-вторых, в ст. 20 Конституции Российской Федерации прописано право каждого индивида на жизнь. Причем известно, что основные личные права и свободы человека, которые ему принадлежат с рождения, включают и человеческое достоинство. Однако понятие «человеческое достоинство» нельзя отождествлять с термином «достойный уровень жизни лица». По нашему мнению, это уже социальная категория, находящая свое содержание в понятии и сущности правового статуса гражданина и человека.

В целом Основной закон нашей страны в ст. 7 определяет термин «достойная жизнь», а в ст. 21 – «достоинство личности (человеческое достоинство)». Возникает вопрос: что такое достойная жизнь у индивида и от чего она зависит? Причин, факторов здесь много: для одних это карьерный рост или дорогой автомобиль, для других – большая квартира в центре города или личное самосовершенствование. Наверное, главное не это: дееспособность, физическое здоровье, самостоятельность в жизни делают ее (жизнь) достойной, со всеми другими благами. И наоборот: социальная незащищенность человека требует заботы, которая и должна реализовываться, на наш взгляд, государством, имеющим социальный характер (ст. 7 Конституции Российской Федерации). Считаем, что главная задача государственной власти для пациентов в патологическом, терминальном состоянии – это немедленная помощь с целью уменьшить их мучения. Получается, что не реализовать эвтаназию – это как бы осуществить жестокие пытки лица, а также принизить его достоинство.

¹ См.: Всеобщая декларация прав человека от 10 декабря 1948 года // Антология мировой политической мысли: в 5 т. Т. 5. Москва, 1997.

Ранее мы доказали, что достойная жизнь – это одно из конституционных прав человека. Значит, не осуществить эвтаназию – это изменить условия не только достойной жизни, но и как бы «достойной смерти». Конечно, если данный термин здесь уместен. Следовательно, в нашем государстве можно попробовать легализовать эвтаназию, однако, наверное, здесь нужны последовательные шаги или этапы деятельности. Первое – это мониторинг опыта других стран, где эвтаназия – легальная процедура. Второе – изучение законодательства и, главное, его пробелов в данном вопросе. Третье – принятие юридических норм, чтобы уход из жизни человека, который болен неизлечимым недугом, был законен. Также стоит изучить всю специфику и аспекты эвтаназии.

Н.С. Малеин определяет перечень исключительных случаев, при которых возможно провести процедуру эвтаназии: устойчивая и сознательная просьба больного; невозможность облегчить страдания и истощанность медицинских средств; несомненная и окончательная процедура спасения жизни, которая заканчивается выводом, что спасти жизнь сегодня нет возможности. Это единогласно решается группой-коллекцией врачей. И наконец, обязательно необходимо сообщить заранее в органы прокуратуры о данной процедуре¹.

За введение эвтаназии выступает Г. Литвинова, но с учетом определенных условий: «если согласиться с возможностью предоставления человеку такого права ухода из жизни, то нужен правовой акт, способный регламентировать условия его реализации. И решать такой вопрос для себя может только сам человек, находящийся в здравом рассудке»².

Одним из последних примеров применения эвтаназии является случай, произошедший в 2010 году с гражданкой Бельгии Тиной Нис, которая страдала от синдрома Аспергера – особой формы аутизма и от невозможности дальше это терпеть; она решила на легкую смерть. Случай этот был очень запутан, велось расследование по инициативе родственников умершей, которые

¹ См.: Малеин Н.С. О врачебной тайне // Советское государство и право. 1981. № 8. С. 79–86.

² Литвинова Г. Грань допустимого // Наука и жизнь. 1987. № 3. С. 46–50.

сообщили в полицию о том, что в данной ситуации имело место нарушение процедуры. По их мнению, эвтаназия была проведена с многочисленными нарушениями. До конца это дело доведено так и не было. Но, как сообщает издание The Guardian, бельгийские правоохранители впервые в истории начали расследование об ошибочной эвтаназии¹.

В Бельгии можно наблюдать и проведение эвтаназии с грубым нарушением. Так, врачи одной из бельгийских клиник провели пациенту, страдающему тяжелой формой деменции и болезнью Паркинсона, эвтаназию без его согласия по просьбе его родственников. Сам больной никак не мог выразить свое согласие на процедуру, поскольку состояние, в котором он находился, не давало возможности заявить, что он хотел бы добровольно уйти из жизни. Более того, мужчина ни разу не говорил о том, что ему хотелось бы умереть. Однако его родные приняли такое решение, и врачи согласились с их позицией наперекор существующим правилам и основам законодательства.

Сегодня так называемая активная эвтаназия находится под запретом везде, кроме Голландии. Как известно, не так давно в этом государстве законодательно было установлено, что смертельно больному человеку по его просьбе врач может осуществить умерщвление.

Нельзя дать однозначную оценку эвтаназии. С одной стороны, она противоречит правилам нравственности, этичности, религии, так как по религиозным канонам эвтаназия представляет собой суицид. С другой стороны, она позволяет достойно закончить жизнь каждому, умереть легкой смертью и не мучиться от сильных болей. Если государство легализует эвтаназию, то необходимо обязательно учитывать то, что было сказано выше. При этом п. 5 ст. 10 «Пределы осуществления гражданских прав» Гражданского кодекса Российской Федерации подтверждает, что для лиц в гражданском правоотношении предполагается и разумность, и добросовестность их деяний, то есть в случае с эвтаназией мы видим нравственную проблему в злоупотреблении правом.

¹ См.: Бельгийских медиков обвинили в проведении ошибочной эвтаназии. URL: <https://versia.ru/belgijskix-medikov-obvinili-v-provedenii-oshibочноj-yevtanazii> (дата обращения: 28.04.2019).

Орлов Д.В.,

*кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории государства и права
Нижегородской академии МВД России*

Противодействие злоупотреблению правом в региональном правотворчестве: специфика и проблемы

В настоящее время качество подготовки нормативных правовых актов как на федеральном, так и на уровне субъектов Федерации значительно выросло. Об этом свидетельствуют незначительное расхождение планового правотворчества со стихийным; время прохождения проекта нормативного правового акта через все стадии правотворческого процесса; интерес, проявляемый гражданами к правотворчеству, и вытекающая отсюда «прозрачность» процедуры обсуждения и принятия нормативного правового акта; уменьшение количества решений прокуратуры о незаконности и противоречивости норм права, содержащихся в принимаемых актах; а также положительная тенденция в борьбе с коррупцией.

Следует отметить, что противодействие злоупотреблению правом – это процесс, который сопутствует построению правового государства, начатому еще в начале 90-х годов прошлого столетия. За прошедшее время была выработана и совершенствовалась избирательная система, позволяющая объективно избирать граждан, способных представлять интересы населения в законодательных органах; осуществлялась организация конкурсных процедур в органах исполнительной и законодательной власти для занятия должностей специалистов организационных или правовых подразделений и в последующем повышались требования к этим государственным служащим.

Несмотря на вышеуказанные положительные тенденции (главное – результаты за последние несколько десятилетий), рас-

сматриваемая сфера остается достаточно проблемной. Это вызвано как неоднозначностью понимания самого правового явления – злоупотребления правом, так и неустранением на практике всех причин, создающих возможность злоупотребить правом.

В научной среде тема злоупотребления правом не нова, еще в советский период многие ученые затрагивали в своих работах данное явление, но наибольший интерес к его сущности появился в конце XX – начале XXI века. Однако до сих пор нет солидарности в этом вопросе. Существуют две основные противоположные точки зрения на понимание данного правового явления. Согласно первой злоупотребление правом отождествляется с правонарушением: «правонарушение, совершенное управомоченным лицом при осуществлении принадлежащего ему права, выражающееся в использовании недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения»¹. Аналогичной позиции придерживается А.Б. Венгеров, считая, что «злоупотребление правом – это как раз тот случай, когда нарушается именно субъективное право – мера возможного поведения, нарушаются границы, устанавливаемые этой мерой»². Схожая концепция – у В.И. Крусса: «злоупотребление правом может быть понято как правонарушение, но только условно и только в особом конституционно-правовом смысле»³.

Другая точка зрения основывается на представлении злоупотребления правом в виде использования пробельности и иных дефектов права и правовых процедур, законных по факту, но нарушающих моральные нормы, подрывающие социальные убеждения и устои в обществе, влекущие неблагоприятные последствия как в целом для общества, так и для конкретной личности в отдельности.

Отметим, что есть и ученые, которые не считают целесообразным вообще говорить об этом явлении, поскольку поведение человека либо может быть в границах отведенного ему права

¹ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Москва, 2000. С. 63.

² Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник для юридических вузов. Москва, 1999. С. 431.

³ Красс В.И. Злоупотребление правом: учебное пособие. Москва, 2010. С. 67.

(правомерное поведение), либо может выходить за пределы дозволенного нормами права (правонарушение)¹.

По нашему же мнению, злоупотребление правом может существовать и в том и в другом случае лишь с той разницей, что в некоторых ситуациях злоупотребление субъективным правом приводит к нарушению норм и, соответственно, наступлению юридической ответственности, а в некоторых – не приводит в силу различных субъективных факторов и объективных обстоятельств, но, вместе с тем, всегда является опасным социальным явлением, направленным на деструкцию социальных институтов. При этом наличие понимания субъектом происходящего и возможных последствий не имеет значения. Здесь также вполне применим принцип «незнание закона не освобождает от ответственности».

Говоря о злоупотреблении правом в региональном правотворчестве, следует обратить внимание на несколько взаимосвязанных моментов. Изначально злоупотребление правом может быть связано с приемом государственных служащих, которые в дальнейшем будут заниматься подготовкой проектов нормативных правовых актов. Проблема абсолютно справедлива как для законодательных, так и для исполнительных органов.

В настоящий момент система подбора кадров несовершенна. В исполнительных органах субъектов Российской Федерации зачастую отсутствует при проведении конкурсов фиксированная четкость требований² соответствия вакантной должности направлению подготовки желающих поступить на службу граждан. Так, в некоторых случаях к одной вакантной должности устанавливается несколько совершенно разных специальностей и направлений подготовки, а в некоторых – такое соответствие и вовсе отсутствует³. Например, среди требований к образованию консультанта, главного специалиста или ведущего специалиста правового

¹ См.: *Малеин Н.С.* Закон, ответственность и злоупотребление правом // Советское государство и право. 1991. № 11. С. 30.

² См.: О государственной гражданской службе Российской Федерации: федеральный закон от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ (ст. 12) // Российская газета. 2004. 31 июля.

³ URL: https://kirovreg.ru/board/vac/index.php?ELEMENT_ID=94108 (дата обращения: 15.07.2019).

го отдела отраслевого органа, который потенциально может являться разработчиком отраслевого нормативного правового акта – проекта постановления правительства субъекта Российской Федерации, может значиться наличие образования – «Государственное и муниципальное управление», «Менеджмент», «Экономика», «Юриспруденция»¹. При этом это в равной степени касается как руководящих должностей – начальников секторов, отделов, управлений, так и рядовых государственных служащих. Считается достаточным для назначения на должность наличие любого высшего образования.

Аналогичная ситуация обстоит с требованием к опыту работы. Отсутствие опыта при трудоустройстве связано с категорией должностей и уровнем заработной платы, которая чаще всего привлекает выпускников, только что окончивших высшие образовательные организации. Даже наличие соответствующей специальности и направления подготовки не позволяет в полной мере быть уверенным в качестве работы будущего юриста. В настоящий момент программы образования ограничиваются лишь небольшим количеством часов по дисциплине «Юридическая техника». С этим, в свою очередь, могут быть связаны следующие проблемы: незнание юридической техники подготовки нормативных правовых актов, своевольное отношение к срокам и процедурам подготовки документа, незнание сферы деятельности или профиля исполнительного органа. Не подготовленный для этого вида деятельности юрист может как осознанно и своевольно, так и неосознанно злоупотреблять своим правом подготовки нормативного акта: включением или невключением необходимой нормы (как неосознанно, так и исходя из личных мотивов), проведением недостаточно качественной экспертизы, избыточным согласованием или несогласованием с заинтересованными лицами.

В этой связи в качестве противодействия подобным злоупотреблениям правом при приеме на работу юристов-нормотворцев следует очень четко закрепить на федеральном уровне или на уровне субъектов Российской Федерации общие для всех органов соответствия обязательным требованиям к уровню и квалифика-

¹ URL: <http://minsocium.ru/index.php/about/staff/1714-kadry-038> (дата обращения: 15.07.2019).

ции образования. Кроме того, вопрос о квалифицированности специалистов может быть решен путем создания в России новой специальности высшего образования – подготовки специалиста, создающего тексты нормативных правовых актов, – нормарайтера¹ с последующим комплексом взаимосвязанных мероприятий организационного и финансового характера в отношении желающих заниматься этим видом деятельности.

Не менее опасная проблема, способствующая злоупотреблению правом, содержится в непосредственной деятельности исполнителя субъекта правотворчества по созданию нормативного правового акта. Проект закона или его часть могут приниматься с выходом за границы своих полномочий. Так, в соответствии со ст. 71–73 Конституции Российской Федерации, статьями конституций и уставов субъектов Российской Федерации² устанавливается, что к полномочиям законодательных органов субъектов Российской Федерации относится осуществление законодательного регулирования по предметам ведения субъектов Российской Федерации и по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, что означает достаточно жесткие рамки в их правотворческой деятельности. Между тем фактически прокурор субъекта Российской Федерации обращается в суд с заявлением о признании нормативного правового акта или его отдельных норм несоответствующими федеральному законодательству.

С 1 января по 30 ноября 2017 года в судах Российской Федерации рассмотрено 167 заявлений о признании нормативных правовых актов, изданных правотворческими органами субъектов Российской Федерации, не соответствующими федеральным нормативным правовым актам. В результате вынесены решения об удовлетворении исковых требований в 134 случаях, в 31 случае в удовлетворении было отказано, а в 2 случаях производство было прекращено³.

¹ См.: *Баранов В.М.* Нормарайтер как профессия // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2017. № 6. С. 17.

² Например, ст. 31 Устава Нижегородской области.

³ См.: Обзор практики рассмотрения судами дел об оспаривании нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации за период с 01.01.2017 по 30.11.2017. URL: http://pravo.minjust.ru/analytics_statistics/obzory-sudebnoi-praktiki/obzor-sudebnoi-praktiki-2 (дата обращения: 15.07.2019).

Несоответствие федеральному законодательству выявляется во многих сферах, в том числе государственного социального обеспечения, установления тарифов и цен, формирования фондов капитального ремонта многоквартирных домов, в отдельных вопросах развития сельского хозяйства, а также, что в последнее время происходит наделение органов местного самоуправления муниципальных образований отдельными государственными полномочиями и т. д.

Стоит выделить сферу административной ответственности. Во многих субъектах Российской Федерации были выявлены нормы, устанавливающие административную ответственность, не соответствующие Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). Так, например, ранее существовавшая ст. 3.12 «Бытовое дебоширство» Закона «Об административной ответственности в Кировской области»¹ предусматривала административную ответственность за деяния, которые подлежали квалификации по ч. 1 ст. 5.61 КоАП РФ «Оскорбление». В результате рассмотрения судом иска заместителя прокурора Кировской области об оспаривании вышеуказанной статьи было вынесено решение об удовлетворении этих требований.

Причин принятия подобных актов множество, среди них – правовая неграмотность, некачественно проведенная экспертиза проекта документа и, возможно, личный интерес участников правотворчества.

Конечно, в похожих случаях, учитывая факт закрепления правовых рамок права на законодательное регулирование, можно говорить о правонарушении и установлении за него конституционно-правовой ответственности с юридическими последствиями в виде отмены незаконного акта или его части, однако применительно к лицам, принимавшим подобные акты, чаще всего ответственность не наступает. В этой связи уместно подобные действия относить именно к злоупотреблению правом.

Очевидным противодействием злоупотреблению правом будет являться более четкая регламентация юридической ответ-

¹ См.: Об административной ответственности в Кировской области: закон Кировской области от 4 декабря 2007 года № 200-ЗО // Вятский край. 2007. 15 декабря.

ственности, как конституционно-правовой, так и административной, а также, что очень важно, обеспечение ее персонифицированности применительно к исполнителям, подготавливающим проект нормативного акта, депутатам, голосующим за него, или министрам отраслевых органов.

Другой проблемой, связанной со злоупотреблением правом в региональном правотворчестве, является сам результат этой деятельности – нормативные правовые акты, порождающие, регулирующие или прекращающие общественные отношения. Так, нормативный правовой акт может содержать в себе пробелы в отношении конкретизации субъективного права, в нем могут отсутствовать рамки, ограничивающие это право, и необходимый механизм контроля за реализацией субъективного права и ответственности.

Кроме того, в отличие от процедуры принятия законов, где есть достаточно действенные механизмы противодействия злоупотреблению правом (порталы с общественным обсуждением проектов законов, возможность непосредственного посещения гражданами заседаний депутатов при принятии законов, экспертизы на коррупциогенность и контроль со стороны прокуратуры), процедура принятия подзаконных актов отраслевыми органами имеет меньшую степень «прозрачности» и контроля. По сути, граждане могут увидеть нормативный правовой акт только в том случае, если они каким-то образом столкнулись с его реализацией.

Одним из вариантов возможного решения этой проблемы будет являться процедура согласования проекта нормативного акта с прокуратурой субъекта Российской Федерации. Вместе с тем, необходимо создавать новые механизмы противодействия в момент подготовки и принятия документа, а также правовые механизмы, обеспечивающие правореализацию наподобие «единого окна» многофункциональных центров и предоставление государственных услуг на соответствующем портале.

Осипов М.Ю.,

*старший научный сотрудник АНО ВО
Институт законоведения и управления ВПА*

Основные причины и условия возникновения злоупотребления правом

Одной из актуальных проблем, стоящих перед российской и мировой юридической наукой, является осмысление такого феномена, как злоупотребление правом. Об этом написано немало работ¹.

Однако для того чтобы успешно выработать тактику и стратегию противодействия данному явлению, необходимо разобраться в причинах и условиях его возникновения, поскольку без их устранения эффективное противодействие злоупотреблению правом будет невозможным, ведь, как справедливо отмечал В.К. Бабаев, право нуждается в формальной определенности его предписаний².

Для понимания причин и условий злоупотребления правом следует выяснить, что же собой представляет этот феномен. Отметим, что его легальное определение дано в ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации.

При этом состав злоупотребления правом охватывает следующие действия: а) реализация субъективного права исключительно с намерением причинения вреда другому субъекту права; б) реализация субъективного права с целью обхода законодательных ограничений; в) иное недобросовестное осуществление права.

¹ См.: Куликов М.Ю. Формы и виды злоупотреблений избирательными правами (классификация злоупотреблений избирательными правами) // Избирательное право. 2015. № 4 (32). С. 16–25; Волков А.В. Вопрос о субъективности гражданских прав в контексте злоупотреблений правами // Юрист-Правоведъ. 2009. № 5. С. 63–67; Волков А.В. Естественный формализм норм права как предпосылка для злоупотреблений гражданскими правами // Экономика. Предпринимательство. Окружающая среда. 2011. Т. 3. № 47. С. 58–63.

² См.: Бабаев В.К. Логические проблемы социалистического права: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 1980. С. 12.

Каковы же причины возникновения злоупотребления правом?

По нашему мнению, они во многом зависят от особенностей его вида. Так, если злоупотребление правом направлено исключительно на причинение вреда другому лицу (так называемая шикана), то его причиной может быть сознательное намерение причинить вред другому лицу. Например, необоснованный отказ в оплате командировочных расходов в трудовом праве: издание приказа о направлении лица в командировку за его счет, что является прямым нарушением ст. 168 Трудового кодекса Российской Федерации, гарантирующей оплату расходов, понесенных работником во время служебной командировки. В данном случае причиной такого поведения работодателя является, с одной стороны, желание сэкономить денежные средства на командировки сотрудников, с другой – желание работодателя унижить сотрудника, показать пренебрежительное отношение к нему. Условиями возникновения такого рода злоупотребления правом могут быть: а) недостаточная правовая просвещенность как работника, так и работодателя; б) нежелание работника идти на конфликт с работодателем.

Второй вид злоупотребления правом, тоже относящийся к шикане, – это так называемый вывод активов должника в преддверии его банкротства с целью сохранения имущества и обеспечения невозможности удовлетворения требований кредиторов¹. Причина такого явления – желание сохранить имущество. Условиями возникновения такого поведения могут быть наличие долгов, которые ведут к банкротству юридического лица, пренебрежение к интересам кредиторов, в ряде случаев неготовность кредиторов активно отстаивать свои права и т. д.

Следующий вид злоупотребления правом – действия в обход закона. Например, конкурсные кредиторы принимают решение на своем собрании о замещении активов должника, в число которых входят так называемые социально значимые объекты. При этом, как справедливо указал Верховный Суд Российской Федерации, «объекты социальной инфраструктуры, вопреки выводам судов,

¹ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 2 ноября 2010 года № 6526/10 по делу № А46-4670/2009. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.02.2019).

могли быть реализованы исключительно путем их продажи на торгах в форме конкурса»¹. Он трактовал указанные действия как совершенные в обход закона и поэтому недопустимые. Причиной данного злоупотребления правом является нежелание субъектов права действовать по закону, поскольку соблюдение закона увеличивает транзакционные издержки лица, которое злоупотребляет правом². Условия возникновения: недостаточная правовая просвещенность субъектов права, готовность идти на риск ради выгоды, склонность к конформистскому поведению со стороны работников юридических служб, желание отличиться перед начальством и т. д.

Следующей разновидностью злоупотребления правом, относящейся к типу действия в обход закона, является установление условий договора, которые ограничивают права потребителя. Например, ограничение действия полиса страхования путем исключения из него определенных территорий Российской Федерации Верховный Суд Российской Федерации отнес к злоупотреблению правом³. Причиной этого явилось желание страховщика сэкономить на страховых выплатах, условиями возникновения – недостаточная правовая просвещенность населения, готовность идти на риск ради выгоды, склонность к конформистскому поведению со стороны работников юридических служб, желание отличиться перед начальством и т. д.

Кроме того, законодатель к злоупотреблению правом относит также иное заведомо недобросовестное осуществление своих прав. При этом под добросовестным осуществлением субъективных прав следует понимать такое поведение субъекта права, которое ожидается другими субъектами правовых отношений и ко-

¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26 декабря 2017 года № 301-ЭС17-14863 по делу № А43-24798/2013. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.02.2019).

² См.: *Кикавец В.В.* Классификация транзакционных издержек в контрактной системе в сфере закупок // *Финансовое право*. 2018. № 1. С. 21–25; *Stigler G.J.* Law and Economics of Public Policy: A Plea to the Scholars // *Journal of Legal Studies*. 1972. Р. 12; *Коуз Р.* Фирма, рынок и право. Москва, 1993.

³ См.: Определение Верховного Суда Российской Федерации от 3 февраля 2015 года № 32-КГ14-17. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.02.2019).

торое «учитывает права и законные интересы другой стороны, а также содействует ей в том числе в получении необходимой информации»¹. На наш взгляд, будет явно недобросовестным заключение покупателем такого договора с продавцом, согласно которому в случае ареста проданной покупателю техники органами государственной власти право собственности на нее автоматически переходит к продавцу с обязанностью последнего уплатить стоимость техники покупателю².

Злоупотребление правом в данном случае очевидно со стороны покупателя. Во-первых, производственная техника имеет свойство изнашиваться, особенно при интенсивной эксплуатации. Во-вторых, в договоре не указан срок, в течение которого продавец обязан выкупить технику в случае наложения на нее ареста. В-третьих, данное условие является невозможным, поскольку наложение ареста предполагает запрет, адресованный собственнику или владельцу имущества, распоряжаться и в необходимых случаях пользоваться им, а также изъятие имущества и передачу его на хранение³. Это условие может быть признано судом недействительным, противоречащим законодательству Российской Федерации, и в защите права покупателя на получение указанной суммы будет отказано. Причиной подобного рода злоупотребления правом, на наш взгляд, является желание покупателя застраховаться от всех возможных рисков, что невозможно в нынешнем мире. Условия возникновения такого явления – недостаточное правовое просвещение населения, в том числе и некоторых юристов; стремление учесть только свои интересы при полном игнорировании интересов других субъектов правовых отношений и т. д.

Обобщая все вышеизложенное, можно сделать следующий вывод: основной причиной возникновения злоупотребления пра-

¹ О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 года № 2. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.02.2019).

² См.: *Оробинский В.В.* Чему не учат на юрфаке: тайны договора... и не только. Ростов-на-Дону, 2019.

³ См.: Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 52, ч. 1, ст. 4921.

вом является нежелание субъекта права нести дополнительные расходы, связанные с добросовестным осуществлением своих субъективных прав, а также учитывать интересы других субъектов права. К условиям его возникновения относят недостаточное правовое просвещение населения, в том числе и некоторых юристов; готовность идти на риск ради выгоды; склонность к конформистскому поведению со стороны работников юридических служб; желание отличиться перед начальством и т. д.

Таким образом, понимание причин и условий возникновения такого явления, как злоупотребление правом, позволяет разрабатывать более эффективные стратегии борьбы с ним, в том числе путем активного осуществления мероприятий по правовому просвещению и воспитанию населения.

Парфенов А.В.,

*кандидат юридических наук, доцент,
профессор кафедры теории и истории
государства и права Нижегородской
академии МВД России*

Злоупотребление правом на «компромиссное» поведение

Государство, выступая в известной мере посредником между индивидом и обществом, к сожалению, не в состоянии полностью избавить сферу общественных отношений от целого ряда конфликтов. В их основе лежат противоречивые интересы различных субъектов, все более усложняющиеся и дифференцирующиеся в условиях непрерывного развития современного социума. Они провоцируют достаточно серьезные конфликты, реагировать на которые призвано государство. В рамках данного направления деятельности оно накопило значительный опыт.

При разрешении конфликтов государство нацелено на использование разумного сочетания возможностей, с одной стороны, государственных, в первую очередь правоохранительных органов, с другой – граждан, полагающих, что возникший конфликт затрагивает их права и свободы. Деятельность структурных элементов государственного аппарата в указанной области получила достаточное освещение в специальной юридической литературе.

В то же время вопрос о роли индивидов в ней остается во многом нерешенным. Данная проблема требует пристального внимания ученых-правоведов. Мы же, со своей стороны, полагаем, что ее дальнейшее рассмотрение должно осуществляться сквозь призму феномена компромисса. Государство может создать условия, в рамках которых противоборствующие стороны при наличии обоюдного согласия могли бы самостоятельно согласовать свои интересы и прийти к некоему соглашению. Иными словами, действующее законодательство применительно к конфликтной ситуации должно предусматривать как вариант право на «компромиссное»

поведение субъектов. В целом подобную модель вряд ли можно назвать новой. Она была известна еще римскому праву. Первый шаг здесь состоит в том, чтобы «предотвратить возможную борьбу сторон»¹, защитить граждан от возможного насилия со стороны их оппонентов, второй – в «подталкивании» их к самостоятельному выбору мирного пути разрешения конфликта.

Признаки рецепции изложенной идеи можно наблюдать в отечественном законодательстве. Так, ст. 22 Конституции Российской Федерации гарантирует гражданам личную неприкосновенность. Это исключает возможность физической борьбы сторон конфликта. Что касается вариантов мирных путей, то их современная специфика выражается в целом ряде аспектов. Во-первых, их общее количество по сравнению с римским правом, делавшим акцент на третейское разбирательство, существенно возросло. Во-вторых, соглашения сторон могут касаться как процедуры разрешения конфликта (например, решения использовать процедуру медиации), так и конкретных условий его разрешения (фиксируемых, например, в мировом соглашении). В-третьих, в целом ряде случаев подобное соглашение нуждается в утверждении со стороны специальных субъектов, определенных законом. К их числу могут относиться как государственные органы (например, арбитражный суд готовит *определение об утверждении мирового соглашения*), так и негосударственные организации (например, третейский суд при заключении сторонами мирового соглашения принимает *арбитражное решение на согласованных условиях*).

Хотя компромиссные начала четко прослеживаются в действующем российском законодательстве, оно тем не менее не содержит понятия «право на компромиссное поведение». Вместо него в действующих нормативных правовых актах можно обнаружить выраженное в тех или иных формах указание на допускаемую для сторон конфликта возможность самостоятельно определить процедуру либо (и) условия его разрешения. Так, в соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2010 года № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»² субъекты могут исполь-

¹ Покровский И.А. История римского права. Санкт-Петербург, 1998. С. 70.

² Собрание законодательства Российской Федерации. 2010. № 31, ст. 4162.

зовать процедуру медиации и подготовить на ее основе медиативное соглашение. На основе Федерального закона от 29 декабря 2015 года № 382-ФЗ «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации»¹ разрешение спора стороны вправе передать третейскому суду.

Мы полагаем, что все предусмотренные правом дозволения, связанные с возможностью добровольного заключения сторонами соглашения о выборе процедуры либо (и) условий разрешения конфликта, охватываются понятием «право на компромиссное поведение». Справедливости ради отметим, что для обозначения данного феномена современная российская юридическая наука пока еще не выработала общепризнанного юридического понятия. Наиболее часто его, по аналогии с западным понятием «*alternative dispute resolution*» (ADR), называют «альтернативное разрешение споров» (АРС).

Механизм защиты прав субъектов и разрешения конфликтов в современной России, конечно же, не ограничивается «правом на компромиссное поведение». В соответствии с ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации «каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом». По логике данной нормы, наряду с возможностью «компромиссного» поведения, стороны конфликта могут обратиться за помощью и защитой к компетентным государственным органам либо осуществить так называемую самозащиту своих прав.

Нарастающая популярность «компромиссного» поведения связана с несколькими обстоятельствами. Так, медиация, третейское разбирательство, международный коммерческий арбитраж и его иные формы, с точки зрения ученого-правоведа, составляют собой специфический институт саморегулирования зарождающегося в России гражданского общества, требующий глубокого и тщательного изучения.

Юристы-практики видят в нем эффективный инструмент разрешения конфликтов, позволяющий в относительно короткие сроки прийти к разумному решению и снизить нагрузку на государственные органы. Перспективность «компромиссного» поведения признается и отечественным законодателем. В распоряже-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 1, ч. I, ст. 2.

нии Правительства Российской Федерации от 4 августа 2006 года № 1082-р «О Концепции федеральной целевой программы “Развитие судебной системы России” на 2007–2011 годы» справедливо отмечалось, что «дальнейшее развитие судебной системы не может быть простым наращиванием количества судей вслед за постоянным увеличением количества рассматриваемых дел»¹.

Совершенствование судоустройства связывается субъектами правотворчества с внедрением внесудебных и досудебных способов урегулирования споров, широким применением примирительных процедур, в числе которых особое место должна занять медиация.

Необходимость оказать поддержку внесудебным формам разрешения конфликтов, стимулировать передачу споров в третейские суды отмечалась в утратившем в настоящий момент юридическую силу распоряжении Правительства Российской Федерации от 29 декабря 2008 года № 2043-р «Об утверждении Стратегии развития финансового рынка Российской Федерации на период до 2020 года»². Любопытной новеллой в нем являлось предложение введения обязательного досудебного этапа использования медиации при возникновении целого ряда наиболее сложных споров.

В современной отечественной юридической практике обращение к «компромиссному» поведению постепенно получает признание. Однако распространению данного процесса, по нашему мнению, мешают как отдельные недостатки действующего законодательства, так и отсутствие общетеоретической концепции правового компромисса. Она, несмотря на определенное внимание со стороны ученых-правоведов, по сей день остается во многом пробельной и незавершенной. За восторженными оценками как самого «компромиссного» поведения, так и перспектив его внедрения скрывается значительное количество общетеоретических и прикладных проблем, требующих проведения специальных исследований. Одной из наиболее актуальных среди них является возможность злоупотребления правом на «компромиссное» поведение. Его социальная опасность состоит в искажении сущности и предназначения рассматриваемого феномена. Как из-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 33, ст. 3652.

² Там же. 2009. № 3, ст. 423.

вестно, при разрешении спора государственными органами его решение, как правило, устраивает лишь одну сторону конфликта. Уникальность права на «компромиссное» поведение состоит в том, что оно дает возможность найти такой вариант решения спора, который в максимальной степени учитывал бы интересы всех субъектов. Достигнутый баланс интересов выгоден всем участникам конфликта. Он выступает основой для завершения текущего спора. Кроме того, подобный баланс может рассматриваться в качестве базы для формирования новых длительных, стабильных, предсказуемых, добрососедских отношений.

Злоупотребление же правом на «компромиссное» поведение такую возможность исключает. Так же как и в случае разрешения спора государственным органом, здесь соглашение субъектов в конечном счете окажется не соответствующим интересам одного из них. Возможно, данный факт будет выявлен далеко не сразу. Однако в любом случае баланс интересов сторон достигнут не будет. Почва для нового конфликта останется.

Для определения природы и форм проявления злоупотребления правом на «компромиссное» поведение в первую очередь требуется обращение к категории «злоупотребление правом».

Ученые-правоведы посвятили данному феномену целый ряд научных трудов. Л. Василев, в частности, определял злоупотребление правом как «сознательно извращенное осуществление субъективного права»¹. По мнению Я.Г. Янева, оно представляет собой «осуществление субъективного права в противоречии с его назначением, с нарушением пределов осуществления субъективного права»². Н.А. Дурново понимает под злоупотреблением правом «допустимое осуществление субъектом права в границах принадлежащего ему субъективного права и причиняющее вред правам, свободам и интересам других участников общественных отношений»³. А.А. Малиновский полагает, что данный феномен

¹ *Василев Л.* Гражданское право Народной Республики Болгарии: Общая часть. Москва, 1958. С. 167.

² *Янев Я.Г.* Правила социалистического общежития. Их функции при применении правовых норм. Москва, 1980. С. 100.

³ *Дурново Н.А.* Злоупотребление правом как особый вид правового поведения (теоретико-правовой анализ): дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006. С. 82.

«представляет собой такой способ осуществления субъективного права в противоречии с его назначением, посредством которого причиняется вред личности, обществу, государству»¹.

В этой связи может показаться, что по ключевым аспектам взгляды ученых-правоведов на феномен злоупотребления правом совпадают. Однако исследования В.А. Толстика позволили ему внести важное уточнение. Рассматривая злоупотребление правом как причинение вреда в связи с осуществлением субъективного права (либо при его непосредственном использовании, либо за его пределами), он полагает, что следует выделять три основных формы его проявления. В частности, оно может выступать, во-первых, в качестве правомерного поведения; во-вторых, в качестве противоправного, но не преступного поведения; в-третьих, в качестве преступного противоправного поведения².

Злоупотребление правом на «компромиссное» поведение проявляется в таком способе обращения к праву на использование медиации, третейского разбирательства, международного коммерческого арбитража и так далее, который причиняет вред одной из сторон конфликтной ситуации, а также государству и обществу. Таким образом, наблюдается процесс его «перерождения». Из инструмента сотрудничества и диалога право на «компромиссное» поведение при злоупотреблении им превращается в средство манипуляции, нивелирования вполне оправданных интересов и потребностей субъектов.

Вследствие этого государство и общество вместо разрешения конфликта сталкиваются с фактом его перевода в скрытую форму с сохранением очагов социальной напряженности.

На практике злоупотребление правом на «компромиссное» поведение может выражаться в самых разных формах. Представляется, что с некоторой долей условности весь их массив можно разделить на два основных вида:

1) *злоупотребления, связанные с соглашением о выборе «компромиссной» процедуры разрешения конфликта.*

¹ Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен: дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2009. С. 10.

² См.: Толстик В.А., Куманеев В.В. К вопросу о злоупотреблении правом // Государственная власть и местное самоуправление. 2001. № 3. С. 48.

Желание сторон прибегнуть, например, к медиации или третейскому разбирательству, как правило, обусловлено стремлением выработки взаимовыгодного решения, упрощения процедуры разбирательства, экономии времени и ресурсов. Оно базируется на готовности к диалогу, ради которого субъекты согласны пожертвовать некоторыми второстепенными для них интересами.

Решение о реализации своего права на «компромиссное» поведение стороны оформляют посредством заключения соглашения о применении процедуры медиации либо арбитражного соглашения.

Подобный механизм, к сожалению, не имеет защиты от целого ряда злоупотреблений:

а) *манипуляции с результатом:*

– *полный или частичный «уход» от неприемлемого решения компетентного государственного органа.* Он связан с желанием одной из сторон удовлетворить свои потребности любым из дозволенных законом способов. Так, при уверенности в неблагоприятном для себя исходе дела в процессе его разрешения государственным органом субъект может попытаться убедить оппонента в целесообразности обращения, например, в третейский суд либо к услугам посредника. В результате он получает шанс если и не на полную победу в споре, то как минимум на менее болезненное для себя решение;

– *«блокировка» подготовки неугодного одной из сторон совместного решения.* Злоупотребление такого рода во многом обусловлено простотой процедуры отказа от избранного «компромиссного» варианта поведения. Одна из сторон конфликта, ориентированная на удовлетворение собственных потребностей, посредством обращения к «компромиссному» поведению ожидает от оппонента существенных уступок и иных выгод для себя. При их последующем отсутствии более привлекательным может показаться решение государственного органа. В этом случае одной из сторон ничего не мешает отказаться от ранее подготовленного соглашения о применении процедуры медиации либо арбитражного соглашения и обратиться в государственный суд, решение которого может существенно отличаться;

б) *затягивание времени рассмотрения спора.* Нередко для обеспечения достойного представления своих интересов в споре

стороне требуется осуществить накопление сил, мобилизацию материальных и кадровых ресурсов. Кроме того, влияние на решение дела может оказать ожидаемое вскоре изменение обстановки (например, принятие нового нормативного правового акта и т. п.). В этих условиях порой необходим достаточный запас времени. Нередко он формируется посредством злоупотребления правом на «компромиссное» поведение. Так, одна из сторон может изначально предложить своему оппоненту обратиться в государственный суд, по истечении какого-то времени убедить его заключить арбитражное соглашение и передать дело на рассмотрение третейского суда. Далее возникает инициатива заключить мировое соглашение или соглашение о процедуре проведения медиации. Регулярный переход к новым формам поведения способен дать одной из сторон определенный выигрыш во времени;

в) *использование юридического невежества оппонента*. Деятельность государственных органов строится на базе большого массива нормативных правовых актов, предполагает использование различных правовых процедур. Отсутствие должных представлений о них у многих граждан не позволяет им определиться с механизмом эффективной защиты собственных прав. В этой связи «компромиссное» поведение при разрешении конфликта воспринимается ими как некая очевидная и доступная альтернатива процедуре разрешения спора в государственных судах. Однако его простота в данном случае лишь видимость. За «компромиссным» поведением скрывается достаточно сложный механизм защиты прав. Недопонимание данного факта может активно эксплуатироваться одной из сторон конфликта. За акцентом на простоту формы и относительную быстроту может скрываться попытка замалчивания либо умаления существующих субъективных прав оппонента. Сам же комплексный механизм их защиты в его глазах окажется низведенным до уровня так называемых способов альтернативного разрешения спора.

Злоупотребления, связанные с соглашением о выборе «компромиссной» процедуры разрешения конфликта, достаточно многообразны. Они существенно ограничивают распространение «компромиссного» поведения в современной России. Трудности в борьбе с ними во многом связаны с наличием «у субъекта специфичной правовой установки, которая выражается в его готов-

ности удовлетворить свою конкретную потребность посредством осуществления любого права любым способом»¹. Очевидно, что они могут быть выявлены. Однако за факт наличия подобных установок субъекта вряд ли удастся привлечь к юридической ответственности. В этой связи в области борьбы со злоупотреблениями, связанными с соглашением о выборе «компромиссной» процедуры, наиболее эффективным средством продолжает оставаться правовое воспитание граждан;

2) *злоупотребления, связанные с соглашением об условиях разрешения конфликта.*

Соглашение об условиях разрешения конфликта содержит перечень основных обязательств, взятых на себя сторонами. Внешнее выражение оно находит, в частности, в медиативном соглашении, мировом соглашении, соглашении о примирении и т. д. Предполагается, что их содержание составляют взаимные субъективные права и юридические обязанности, выработанные на базе взаимных уступок и с учетом принципа справедливости.

Однако обращение к данному вопросу показывает, что злоупотребления часто встречаются и при подготовке положений соглашения об условиях разрешения конфликта. Мы полагаем, что следует выделять два их основных вида:

а) *процедурные злоупотребления*, которые связаны с механизмом выработки тех или иных договоренностей. Подобные злоупотребления, проявляющиеся, например, в раздутости собственной первоначальной позиции, нечистоплотной аргументации, умалении значения интересов оппонента, предоставлении некорректной информации о положении дел и тому подобном, направлены на то, чтобы повлиять на определение «точки компромисса» в конкретном споре. Ее положение обуславливает соотношение взаимных прав и обязанностей, степень удовлетворения интересов каждой из сторон.

Опасность процедурных злоупотреблений состоит в умалении авторитета важнейшего в сфере «компромиссного» поведения принципа справедливости;

¹ Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен: дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2009. С. 12.

б) *техничко-юридические злоупотребления*, которые связаны с особенностями закрепления достигнутых сторонами договоренностей. Они, в частности, проявляются в нарочитой абстрактности положений соглашения; формулировках, допускающих неоднозначное толкование; использовании иностранной терминологии; запутанности действия соглашения во времени и т. п.

Подобные злоупотребления обеспечивают одной из сторон конфликта «свободу маневра». Они создают условия для толкования положений соглашения в соответствии с конъектурой времени, как следствие – выбора такой линии поведения, которая не была предусмотрена. Протесты оппонента могут использоваться в качестве повода для отказа от исполнения достигнутых договоренностей.

Техничко-юридические злоупотребления зачастую могут привести к несоответствию договоренностей сторон положениям действующего законодательства. Далеко не случайно в целях борьбы с ними государство осуществляет утверждение целого ряда соглашений. Например, если медиативное соглашение было заключено до принятия решения судом, то оно утверждается судом в качестве мирового соглашения. Мировое соглашение, заключенное в ходе третейского разбирательства, оформляется посредством арбитражного решения на согласованных условиях. Таким образом, государство стремится защитить права субъектов «компромиссного» поведения, обезопасить их от «ловушек» оппонентов.

Представленный материал отражает наиболее типичные злоупотребления правом на «компромиссное» поведение. Большинство рассмотренных нами видов вполне укладываются в традиционную схему правомерного поведения. Вместе с тем, достаточно перспективным направлением для будущих общетеоретических и отраслевых юридических исследований представляется рассмотрение тех аспектов злоупотребления правом на «компромиссное» поведение, которые позволили бы отнести данный феномен к числу правонарушений. Комплексный анализ затронутого в данной статье феномена и поиск путей предупреждения злоупотреблений им в конечном счете должны обеспечить повышение эффективности правового регулирования в современной России.

Петрянин А.В.,

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России

Злоупотребление как уголовно-правовая категория

Хотя злоупотребление правом в большей степени и рассматривается как общетеоретическая категория, но при этом оно имеет глубокое межотраслевое содержание, прикосновенно и к уголовному праву. В данной статье мы представим его на примере закрепленных в Уголовном кодексе Российской Федерации (далее – УК РФ) уголовно-правовых запретов, включающих в свое юридико-техническое конструирование изучаемую категорию, так как именно такой прием даст наиболее унифицированное представление об охране значимых благ и ценностей, страдающих от различных форм злоупотребления правом. Необходимо оговориться, что современное уголовное законодательство содержит в том числе и специальные нормы, предусматривающие ответственность за особые виды злоупотреблений. Главным критерием их криминализации выступают специальные признаки и полномочия субъектов, допустивших такое поведение, а также формы противоправного поведения. В первую очередь они предусмотрены в гл. 21, 22, 23 и 30 УК РФ.

В уголовном нормотворчестве имеется собственно отраслевое понимание злоупотребления правом. Сам термин «злоупотребление» использовался при юридико-техническом конструировании целого ряда уголовно-правовых запретов, рассредоточенных по всему УК РФ. В частности, он отражен в ст. 159, 165, 173.2, 185, 200.4, 201, 201.1, 202 и 285, 285.4. Для раскрытия его содержания мы обратимся к позициям главного интерпретатора уголовного законодательства – Верховного Суда Российской Федерации.

Учитывая, что злоупотребление является способом мошеннических действий, рассмотрим положения постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 48 от 30 ноября 2017 года «О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате»¹, раскрывающие его содержание.

В частности, в рамках ст. 159 УК РФ он имеет ряд концептуально отличительных признаков.

Во-первых, данный способ всегда должен быть сопряжен с корыстной целью, то есть желанием криминальным образом увеличить свои материальные фонды. Полагаем, что выделенный признак включен в круг обязательных по причине отнесения мошенничества к самостоятельной форме хищения, понятие которого дано в примечании к ст. 158 УК РФ, где выделенный элемент также отнесен к категории конструктивных.

Во-вторых, предусматривает наличие доверительных отношений с жертвой преступления, возникающих в результате служебных или иных личных связей. Поэтому высшая судебная инстанция приводит в качестве примера такой способ злоупотребления, как получение физическим лицом кредита, аванса за выполнение работ, услуг, предоплаты за поставку товара, если оно заведомо не намеревалось возвращать долг или иным образом исполнять свои обязательства². То есть для злоупотребления при мошенничестве минимально достаточным является установление всего двух признаков – корыстной цели и характера межличностных отношений, носящих доверительный характер.

С нашей точки зрения, такое небольшое их количество обусловлено сущностью совершаемого преступления, а также простотой установления объекта и предмета ст. 159 УК РФ «Мошенничество». Единство непосредственного объекта – отношений собственности не требует усложнения структуры злоупотребления при завладении имуществом таким способом.

Другая позиция Верховного Суда Российской Федерации изложена в постановлении Пленума Верховного Суда Российской

¹ О судебной практике по делам о мошенничестве, присвоении и растрате: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30 ноября 2017 года № 48 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2018. № 2.

² Там же.

Федерации от 16 октября 2009 года № 19 «О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий»¹. Злоупотребление как базовая уголовно-правовая категория ст. 201 и 285 УК РФ представляет собой внутренне сложную юридико-техническую конструкцию.

Во-первых, в разряд первых поставлен особый правовой статус субъекта преступления. В качестве такого может выступать исключительно должностное лицо либо лицо, выполняющее управленческие функции в коммерческих или иных организациях. Обусловлено это рядом значимых факторов, в частности нарушаемыми общественными отношениями и объемом полномочий виновных лиц.

Во-вторых, рассматриваемая форма злоупотреблений приобретает противоправную окраску только в случае использования своих полномочий вопреки интересам службы, то есть когда деяние виновного влечет существенное нарушение законных интересов и прав граждан, общества или государства. В качестве таких выступают формы действий или бездействия, сопряженные с нарушением международных и конституционных норм. Например, права на уважение чести и достоинства личности, личной и семейной жизни граждан; права на неприкосновенность жилища и тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых, телеграфных и иных сообщений; а также права на судебную защиту и доступ к правосудию, в том числе права на эффективное средство правовой защиты в государственном органе и компенсацию ущерба, причиненного преступлением, и др. Кроме этого, к обязательным критериям существенного нарушения относят объем причиненного материального ущерба, количество жертв преступления, тяжесть причиненного вреда здоровью и т. п.²

Нарушением законных интересов также считается создание препятствий в удовлетворении своих потребностей.

¹ О судебной практике по делам о злоупотреблении должностными полномочиями и о превышении должностных полномочий: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 16 октября 2009 года № 19 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2009. № 12.

² Там же.

Третий признак перекликается с условиями, отраженными в ст. 159 УК РФ. В качестве обязательного выступает корысть или иная личная заинтересованность. Поскольку содержание корысти было рассмотрено ранее, раскроем более подробно сущность иной личной заинтересованности. Верховный Суд Российской Федерации исключает из нее любую выгоду материального формата, предлагая считать в качестве таковой: карьеризм, семейственность, желание приукрасить действительное положение, получить взаимную услугу, заручиться поддержкой в решении какого-либо вопроса, скрыть свою некомпетентность и т. п. То есть фактически это могут быть любая цель или мотив, которые не охватываются корыстью, но сподвигли виновного к совершению преступления.

Однако рассматриваемая форма поведения в исключительных случаях может носить и правомерный характер. Например, если действия специального субъекта и повлекли наступление вышеоговоренного вреда, но совершены в целях сохранения наиболее значимых благ и ценностей. При условии если эта опасность не могла быть исключена иными способами или средствами, такие действия лица оцениваются в рамках ст. 39 УК РФ «Крайняя необходимость».

В этой связи встает вопрос: является ли обоснованным усложнение содержания злоупотребления в системе служебных преступлений? Полагаем, что такой прием оправдан и вытекает он из сложной структуры объектов уголовно-правовой охраны при их совершении. Позиция судебной власти (да и сама конструкция ст. 201 и 285 УК РФ) предполагает их наличие. При этом невозможно исключить и их оценочные характеристики. Причина тому – объективная невозможность и, как следствие, нецелесообразность определения исчерпывающего перечня дополнительных или факультативных объектов. Поэтому реализованный прием позволяет оперативно реагировать на вновь возникающие или мутирующие угрозы, что способствует более качественной охране наиболее значимых благ и ценностей.

Подводя итог, хотелось бы еще раз подчеркнуть, что институт злоупотребления правом имеет очень важное политико-юридическое значение. В отдельных случаях оно подвергается и уголовно-правовой оценке. Причина – причинение существенного вреда основным благам и ценностям современного правового государства.

Наделение злоупотребления как уголовно-правовой категории различными, отличающимися друг от друга признаками оправдано и обусловлено его конкретными противоправными формами, отраженными в УК РФ. То есть фактически данное понятие можно рассматривать как собирательное, модернизирующееся с учетом потребностей современной уголовной политики. Полагаем, что в ближайшем будущем злоупотребления в разрезе уголовных правоотношений получат свое дальнейшее развитие.

Петрянина О.А.,

кандидат юридических наук, доцент кафедры конституционного и международного права Нижегородской академии МВД России

**Злоупотребление правом
в области охраны общественной нравственности:
международно-национальные аспекты**

Такой политико-юридический и социально-групповой феномен, как общественная нравственность, в рамках активного развития российской государственности представляет особый интерес в области его правового регулирования. Сделанное умозаключение – это не только авторское мнение, это позиция государства. Так, еще в 2012 году Президент страны в своем Послании Федеральному Собранию Российской Федерации определил курс на защиту нравственных устоев путем укрепления нравственно-духовной основы общества¹.

В рассматриваемой области активно развивается и уголовная политика, создающая юридические барьеры в противодействии преступлениям, посягающим на нравственность. При этом, понимая важную роль данного института в разрезе ее развития, нельзя допустить злоупотребления правом. Особо это касается индивидуально-личностного поведения. Усугубляется отмеченная ситуация в том числе и неразвитостью отдельных институтов гражданского общества, которые и должны стать главными регуляторами общественной нравственности. Сегодня же мы наблюдаем доминирование права, что и порождает злоупотребление им. Примером тому служит уголовное законодательство, основанное на принципе политической целесообразности, что указывает на

¹ См.: Российская газета. 2012. 13 декабря.

частичное игнорирование сущности норм общественной нравственности¹.

Смещение целей права и нравственности искажает их смысл и, как следствие, влечет за собой проблемы в применении тех или иных предписаний, направленных на урегулирование общественных отношений, в области реализации норм морали.

Имеющиеся сегодня подходы в охране общественной нравственности, и особенно в уголовном праве, могут свидетельствовать не только о злоупотреблении правом, но и в целом об отрицательном их эффекте.

В данной статье мы бы хотели затронуть узкую проблему, непосредственно связанную с направлением уголовно-правовой охраны общественной нравственности, в частности с противодействием преступлениям, сопряженным с занятием проституцией.

С нашей точки зрения, проституция в современных формах ее проявления представляет собой одну из значимых угроз национальной безопасности. Доказывается это следующими аргументами.

Во-первых, получаемый от нее криминальный доход соизмерим даже с бюджетами ряда государств. Например, по мнению экспертов, только на территории Англии он составляет порядка трех миллиардов фунтов стерлингов в год².

Во-вторых, количественная вовлеченность в данный криминальный бизнес лиц, непосредственно оказывающих сексуальные услуги на возмездной основе, измеряется миллионами человек. Так, в России эта цифра, сформированная на основе статистических данных Министерства внутренних дел Российской Федерации, выходит за границы одного миллиона³. Учитывая, что в нашей стране проживает порядка 76 млн женщин, из которых 15 млн – эта возрастная категория (от 19 до 30 лет), составляющая основу вовлеченных в проституцию лиц, приходим к выводу, что каждая пятая из них – проститутка. Более удручающая цифра была представлена еще в 2007 году на форуме по конституцион-

¹ См.: Тасаков С.В. Регулятивная функция уголовного права и норм общественной нравственности // Российская юстиция. 2013. № 4. С. 33.

² См.: Проститутки завели Европу. URL: <https://www.gazeta.ru/business/2014/04/18/5997165.shtml> (дата обращения: 12.04.2019).

³ См.: Проституция: удивительная статистика. URL: https://pikabu.ru/story/prostitutsiya_udivitelnaya_statistika_3084669 (дата обращения: 12.04.2019).

ному правосудию. По мнению экспертов, она выходит за 4,5 млн и включает в себя как любителей, так и профессионалов¹.

В-третьих, учитывая основной возрастной ценз лиц, оказывающих сексуальные услуги за деньги, законодатель обратил особое внимание на несовершеннолетних и в целях предупреждения вовлечения их в проституцию включил в Уголовный кодекс Российской Федерации (далее – УК РФ) отдельный правовой запрет, закрепив его в ст. 240.1. Пояснительная записка к Федеральному закону², криминализировавшему это деяние, раскрывает позицию законодателя в части обоснованности реализованного им приема в рассматриваемой нами области. В частности, главными аргументами стала возникшая потребность в имплементации норм международного права, нацеленных на снижение уровня сексуальной эксплуатации детей³. При этом в ее тексте используется такая возрастная категория, как несовершеннолетнее лицо, с указанием на обладание им правом на половую неприкосновенность и половую свободу личности.

Поскольку грань половой свободы и половой неприкосновенности – это достижение лицом 16 лет, возникает вопрос о квалификации действий виновного в случае получения таких услуг за плату со стороны потерпевших, которые не достигли этого возрастного рубежа. Орган, разработавший и принявший этот нормативный правовой акт, предлагает оценивать их в рамках ст. 134 УК РФ «Половое сношение или иные действия сексуального характера с лицом, не достигшим шестнадцатилетнего возраста». А не является ли это злоупотреблением правом? С нашей точки зрения, да. Обусловлено это тем, что ст. 240.1 УК РФ, в отличие от ст. 134, включает в качестве обязательного конструктивного признака возмездность. Именно этот критерий и дает ос-

¹ См.: Сигарета, пиво и ТВ. Социальный минимум обсудили в Москве юристы. URL: <https://rg.ru/2007/10/15/a182445.html> (дата обращения: 14.04.2019).

² О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: федеральный закон от 28 декабря 2013 года № 380-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 52, ч. I, ст. 6945.

³ Конвенция Совета Европы о защите детей от сексуальной эксплуатации и сексуальных злоупотреблений (CETS N 201) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2014. № 7, ст. 632.

нование говорить, что объектом такого деяния выступает общественная нравственность, и указывает на правильность расположения рассматриваемой нормы в структуре УК РФ, чего мы не можем сказать в адрес ст. 134 УК РФ, в случае добровольного, возмездного оказания услуг сексуального характера с таким потерпевшим. Конструкция ст. 134 УК РФ, ее нахождение в гл. 18 исключают возможность выделения общественной нравственности в качестве дополнительного или факультативного объектов. При этом нельзя забывать, что совершение иных действий сексуального характера вообще не охватывается объективной стороной деяний, отраженных в ней. То есть получается, что оказание этих услуг за деньги или иной эквивалент не образует признаки ни ст. 134, ни ст. 240.1 УК РФ. Полагаем, что это серьезное злоупотребление правом со стороны законодателя. Наличие продемонстрированного пробела фактически свидетельствует о легализации проституции малолетних в особой форме оказания сексуальных услуг.

К злоупотреблению правом можно отнести и то обстоятельство, что, вводя ст. 240.1 УК РФ в систему преступлений, сопряженных с занятием проституцией, а это определяется местом ее нахождения в гл. 25, не учитываются основополагающие признаки проституции. Поскольку проституция – это вид теневого бизнеса, криминализации должен быть подвержен не единичный факт, а целая система тождественных действий, указывающая на ее цель со стороны лиц, как получающих, так и предоставляющих такие услуги. Ведь лицо, достигшее 16, но не достигшее 18 лет, хотя и является еще несовершеннолетним, но при этом имеет полное право на половую свободу. И данный возраст как признак преступлений, указанных в гл. 18 УК РФ, имеет юридическое значение только при насильственном посягательстве на это право, что еще раз ставит вопрос об обоснованности криминализации одного такого факта и признании этого деяния общественно опасным в рамках ст. 240.1 УК РФ.

Признак систематичности в данном вопросе является весьма важным¹. То есть мы говорим даже не о двух, а как минимум о

¹ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / В.К. Дуюнов [и др.]; отв. ред. Л.Л. Кругликов. Москва, 2005. С. 737–738; и др.

трех фактах¹, установленных со стороны лица, оказывающего услуги сексуального содержания. Так как занятие проституцией наказуемо только в рамках административного законодательства, то систематичность рассматриваемых деяний предполагает их повторное совершение в течение года.

Определив отмеченные выше условия, необходимо вернуться к вопросу, является ли единичный факт получения возмездных услуг, закрепленных в ст. 240.1 УК РФ, соответствующим уровню общественной опасности, дающему основание рассматривать его в качестве преступного. Для ответа на него обратимся к мнению судебной власти. Анализируя постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2015 года № 58 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания»², мы приходим к выводу о том, что именно характер общественной опасности лег в основу криминализации единичного получения услуг сексуального характера. При этом его оценка должна вытекать из социальной ценности нарушенного блага и причиняемого вреда. Какой же особенностью социальной ценностью обладает общественная нравственность лиц от 16 до 18 лет, например, в отличие от уже совершеннолетних? Российские ученые не видят в ней какой-то особенности, выделяя в качестве объекта ст. 240.1 УК РФ, наравне со ст. 240 и 241, общественную нравственность без ее детализации³. Считаем, что это оправданно, так как такие особенности просто отсутствуют.

Представленная в ст. 240.1 УК РФ юридико-техническая конструкция может привести к абсурду результаты правоприменительной деятельности, при этом оставив за рамками уголовно-правовой охраны половую неприкосновенность лиц, оказывающих на возмездной основе услуги сексуального характера.

¹ См.: *Семернева Н.К.* Квалификация преступлений (части Общая и Особенная): научно-практическое пособие. Екатеринбург, 2010.

² О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2015 года № 58 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2016. № 2.

³ Уголовное право России. Части Общая и Особенная: учебник / В.А. Блинников, А.В. Бриллиантов, О.А. Вагин [и др.]; под ред. А.В. Бриллиантова. 2-е изд., перераб. и доп. Москва, 2015.

Для исключения данной формы злоупотребления правом необходимо применять несколько приемов. Первый прием, который должен быть реализован в рамках ст. 240.1 УК РФ, требует включения в норму признака систематичности. Он позволит безоговорочно относить данное деяние к системе преступлений, сопряженных с занятием проституцией, и не только обоснует криминализацию этого преступления в гл. 25 УК РФ, но и подтвердит уровень его общественной опасности. Второй – нацелен на искоренение пробелов в области охраны половой неприкосновенности путем установления в рамках ст. 134 УК РФ квалифицированного вида ответственности за единичный факт полового сношения, акта мужеложства, лесбиянства или иных действий сексуального характера, совершенных на возмездной основе.

Таким образом, злоупотребление правом в области уголовно-правовой охраны половой неприкосновенности и половой свободы личности, сопряженное с оказанием сексуальных услуг на возмездной основе, наблюдается как со стороны законодателя, так и со стороны лиц, их получающих. Исключение такого злоупотребления возможно путем искоренения коллизий и пробелов, имеющих в уголовном законодательстве России. Имеющиеся же сегодня юридико-технические приемы не только усложняют деятельность правоохранительных органов в рассматриваемой области правового регулирования, но и преломляют представление о сущности и значимости нарушаемых общественных отношений в процессе криминального получения услуг сексуального характера.

Поляков М.П.,

*доктор юридических наук, профессор,
профессор кафедры уголовного процесса
Нижегородской академии МВД России*

Идея асимметрии оценки допустимости доказательств в уголовном процессе как идеологическая предпосылка злоупотребления правом на защиту

Один мудрый человек заметил, что более всего следует сомневаться в вещах, которые кажутся нам очевидными. Сегодня мало кто сомневается в абсолютной благодати права, в неисчерпаемой социальной ценности юриспруденции. Право как великий посредник между отдельными людьми, коллективами и даже целыми народами представляется нам извечной ценностью, альтернативы которой нет и в ближайшее время не предвидится. Право воспринимается сознанием как великое изобретение цивилизации, олицетворяющее собой добро и созидание. Само слово «право» и его производные наполняют нашу жизнь особыми магическими смыслами, предвкушением защищенности и справедливости. Именно так, почти волшебным, звучат формулы «правовое государство», «правовое поле» и др.

В контексте всеобщей и несомненной благодати права (даже с учетом констатируемого его несовершенства, в перманентной борьбе с которым и живет юридическая наука) тема злоупотребления правом «чувствует себя» неуютно и неуместно. Она идет не в ногу с общей позитивной (добродетельной) оценкой правового метода регулирования общественных отношений, вносит в эту оценку неприятный «привкус» и диссонанс. Более того, тема злоупотребления правом обнаруживает в себе нотки оппозиционности и даже агрессивности, актуализируя провокационный вопрос: а такое ли уж это доброе дело – право?

Где-то в глубине коллективного человеческого подсознания таятся сомнения в том, что право есть безупречный и, главное,

добрый помощник в нашей жизни; все еще жива память о том, что в золотые времена были и другие способы организации социального бытия. В тени этих подсознательных подсказок идея всеобщей благости права видится чуточку иначе. И снова возникают маргинальные вопросы. Например, действительно, так ли уж был неправ тот крестьянин, который на предлагаемые ему альтернативы помещичьего суда «по закону или по совести» выбирал суд по совести? И так ли уж примитивны были древние китайцы, которые полагали, что право было изобретено еще за двадцать веков до нашей эры варварским народом и что именно за такое изобретение бог и уничтожил этих изобретателей? Китайцы, к слову, видели основной вред права в том, что оно притупляет врожденное чувство справедливости и отучает человека жить в обществе по совести и дружелюбию. Но все это уже фрагменты почти забытой истории и отжившего мировоззрения.

Нас же интересуют не исторические и географические нюансы восприятия права. Нам любопытна сама идея сомнения в абсолютной благости права, ее истоки, питающие возможность злоупотреблений и потребность в них. Так или иначе, сама по себе извечная экзистенциальная актуальность темы злоупотребления правом, не ослабевающая, а, напротив, усугубляющаяся в контексте современного правового мироустройства, неизменно наводит на мысль о том, что само право изначально содержит в себе зло как неотъемлемую часть своей истинной природы. Зло хотя и не является объявленной официальной квинтэссенцией права, но все же прочно входит в его «физику» и «химию». Именно поэтому, подобно химическому веществу, право может быть и лекарством, и ядом. И это «растворенное» в праве зло и есть постоянная потенция злоупотребления, которое может при определенной сумме факторов легко перейти в актуальное состояние.

Исходя из этого допущения, относиться к теме злоупотребления правом следует диалектически, как к теме, порождаемой глобальным философским вопросом об отношении добра и зла. Попросту говоря, тему злоупотребления правом нужно воспринимать по-доброму, не абсолютизируя ее негативный аспект; пока живо право, будет жива и тема злоупотребления им.

Поскольку зло есть часть истинной природы права, постольку право невозможно рафинировать до степени абсолютного

добра. В противном случае оно станет слишком стерильным и непригодным для жизни и исчезнет как таковое. По нашим размышлениям, в мире права зло не всегда является альтернативой добру и далеко не всегда вступает с ним в диалектическую борьбу противоположностей. Скорее всего, здесь доминирует иной принцип взаимодействия сущностей. Зло является лишь малым градусом, «холодным полюсом» этого самого объявленного добра. Зло в праве, по нашим соображениям, проявляет себя в первую очередь как фактор дефицита добра, который в большинстве своем бывает рукотворным и по обыкновению ситуативным.

Зло в праве выявляется не только сознанием, не только различными интеллектуальными экспертизами, среди которых в последнее время наиболее популярной становится антикоррупционная экспертиза. Зло в праве, скорее, чувствуется, чем вычисляется. Оно отзывается в душе особым скребущим ощущением несправедливости, несоразмерности, нелепости. Складывается впечатление, что человеку доступно особое чувство для того, чтобы улавливать передозировку зла, присутствующего в незримой ауре самого права.

Иными словами, право помимо каких-то формальных критериев социального мироустройства подспудно содержит в себе и неформальную идею, которая является неким мерилем, индикатором доброты, позволяющим почувствовать, когда право во благо, а когда – во зло. Вместе с тем, право не может быть жестким лекалом с заданным уровнем доброты или предполагаемой степенью зла. Уровень этот конкретизируется и актуализируется в рамках конкретных правовых ситуаций и юридических решений. И ощущение градуса добра и зла бывает весьма различным для разных сторон, участвующих в правовом споре. Судебная тяжба обнаруживает запутанный узор взаимодействия добра и зла в праве. Тема злоупотребления в праве в своем конкретном эмпирическом проявлении всегда контекстуальная.

В плане юридической теории тема злоупотребления правом – великолепное подспорье в осмыслении многих отраслевых проблем. Она является прекрасным фоном для обнаружения скрытых противоречий в уже открытой и затертой проблематике различных отраслей права. И пусть размышления отраслевиков покажутся матерым представителям теории права наивными и несо-

лидными, пусть в этих размышлениях будет явлено юридической общественности, образно говоря, даже не «изобретение велосипеда», а архаическое «открытие колеса» – эти размышления нужны. Важнейшие открытия в науке нередко делают именно дилетанты и «случайные прохожие».

Так вот, в первом дилетантском приближении тема злоупотребления правом может предстать лишь в облики недобросовестности субъектов, наделенных определенными полномочиями, в их потенциальной и актуальной возможности так распоряжаться собственной компетенцией, что появляется основание для душевной оценки правовой процедуры и следующего за ней решения, укладываемого в формулу «по форме правильно, а по сути издевательство».

Однако при дальнейшем погружении в проблематику злоупотребления правом подобное ощущение может возникнуть и при восприятии самих норм и даже целых правовых институтов. Такие нормы (с «издевательским» потенциалом) встречаются в различных отраслях права. Не удастся увернуться от них и уголовно-процессуальному праву. С одной стороны, стремление к минимизации условий злоупотребления правом заложено в самом ключевом принципе процессуальных отраслей права, заключающемся в формуле «разрешено лишь то, что прямо предписано законом». В отличие от другой, более известной правовой «аксиомы», согласно которой право действует по принципу «разрешено все, что не запрещено законом» (тем самым создавая и простор для злоупотребления правом), процедурный принцип доминанты правового дозволения, напротив, стремится создать предпосылки, максимально препятствующие правовым злоупотреблениям.

И если в контексте формулы «разрешено все, что не запрещено законом» злоупотребление правом, как нам представляется, носит преимущественно спонтанный, ситуативный характер и выражается в «издевательски-креативной» форме реализации собственных прав, то в рамках принципа «разрешено лишь то, что прямо предписано законом» – осознанный и даже «инженерный» характер. Во всяком случае, оно невозможно без соответствующих нормативных предпосылок, прописанных непосредственно в нормах процессуального права. Причем предпосылки эти формируются, как правило, под идеологическим прикрытием

благих намерений и выдаются за добро и гуманное отношение к правам граждан. Либеральная идеология, долгое время активно внедрявшаяся в основание отечественного уголовного судопроизводства во имя благих целей защиты прав и свобод личности, создала немало предпосылок для злоупотребления правом, заложив перекос в защитной деятельности преимущественно в пользу злоумышленников.

Одним из ярких проявлений идеологических подпорок этого перекоса является ставшая весьма популярной в ходе реформирования уголовно-процессуального права концепция «асимметрии» правил оценки допустимости доказательств. В самом общем эмпирическом виде ключевой замысел этой концепции выражается в подходе, согласно которому доказательства, полученные с нарушением уголовно-процессуального закона, должны признаваться допустимыми, если об этом ходатайствует сторона защиты.

Смысловым ядром концепции «асимметрии» оценки допустимости доказательств является установка на создание особых привилегий для стороны защиты в вопросах доказывания невиновности обвиняемого. Причем привилегии выражаются не только в нормативном закреплении дополнительных процессуальных гарантий для стороны защиты, но и в корректировке методологического базиса теории доказательств, в отказе от ключевых принципов оценки доказательств, производных от генерального принципа законности. Ключевой постулат юридической подоплеки формирования доказательств – законный способ получения доказательства – приносится в жертву удобству стороны защиты, освященному соображениями высшей справедливости, заключающимися в конечном счете в возможности создания максимально благоприятных условий для того, чтобы законоослушник мог избежать осуждения и наказания.

При этом доводы сторонников концепции «асимметрии» оценки доказательств носят преимущественно идеологический характер. Все они выводятся из либеральной идеологии и в итоге сводятся к тезису, согласно которому формальные промахи органов предварительного расследования не должны вести к утрате информации, которая оправдывает либо улучшает положение этого лица. Обвиняемый и подсудимый не должны расплачиваться

ся за халатность органов расследования исключением из системы доказательств аргументов, работающих в их пользу.

Идея эта, конечно, благая, но благая опять же исключительно с точки зрения идеологических соображений. Доказательственное же право, в принципе не игнорирующее идеологию, ищет основания для установления истины в более крепких методологических основах. И технологический принцип формирования доказательств, опирающийся на идею законной допустимости, является хорошей исторически проверенной базой для их надежности. Именно законная форма получения доказательств наполняет последние аргументационной силой.

В канонической своей интерпретации этот технологический принцип не должен иметь никаких исключений. Сам факт особых оговорок вокруг этого принципа уже может расцениваться как предпосылка к злоупотреблению правом на оценку доказательств.

Однако при принятии Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) данное обстоятельство не смутило законодателя. В результате появились весьма любопытные нормы. В качестве примера можно привести ст. 75 УПК РФ, формулирующую правила оценки доказательств. Начинается эта норма с вполне доброй технологической установки, согласно которой «недопустимыми являются такие доказательства, которые получены с нарушением требований уголовно-процессуального закона». Это классическое выражение одного из ключевых правил оценки доказательств, поскольку допустимость есть характеристика доказательств с точки зрения законности формы их получения.

Однако во второй части указанной статьи законодатель весьма оригинально конкретизирует отдельные нюансы допустимости, которые идут вразрез с классическим пониманием допустимости, и устанавливает, что к недопустимым доказательствам, кроме того, относятся: 1) показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде; 2) показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности.

Эти исключения представляются весьма интересными с точки зрения законодательной техники. Законодатель, формулируя исключения из принципа допустимости доказательств в пункте втором, ведет речь о канонах оценки достоверности доказательств. Положение, касающееся фактических источников осведомленности свидетелей и потерпевших, перекочевало в закон из теории доказательств и деловых обыкновений практического доказывания. Но там оно, как правило, выводилось из установки на фактическую сущность самого понятия доказательства. Здесь же эти предпосылки достоверности почему-то трактуются как необходимое условие именно допустимости доказательств.

Но гораздо интереснее другой пункт, который до сих пор не перестает изумлять теоретиков и практиков. Этот пункт есть классическое выражение нормативного «депонирования права на злоупотребление правом». По сути, за обвиняемым оставляют право дискредитировать в суде ключевое доказательство обвинения своим поведенческим демаршем. Для аннулирования центрального доказательства ему достаточно просто отказаться от защитника на предварительном расследовании, о потом отречься от своих показаний в ходе судебного следствия.

И если пункт второй части второй ст. 75 УПК РФ мы можем назвать неуместным лишь в контексте этой конкретной статьи, то пункт первый видится нам неуместным в контексте уголовно-процессуального права в целом. Закономерен вопрос: зачем уголовно-процессуальной процедуре понадобились подобные точки «возврата» к вопросу о «передопустимости» законных доказательств? А понадобились они опять же исключительно из идеологических побуждений, чтобы продемонстрировать обществу вполне законный приоритет функции защиты над функцией обвинения. Причем такой приоритет, который игнорирует основополагающие каноны оценки допустимости доказательств.

По мнению В. Балакшина, в этой норме закреплён один из худших вариантов проявления правил «асимметрии» оценки доказательств¹. Впрочем, и другие (менее худшие) проявления этих правил указанный ученый тоже не жалуется. Признавая благие по-

¹ См.: Балакшин В. «Асимметрия» правил допустимости доказательств // Законность. 2007. № 3. С. 3–5.

буждения сторонников «асимметрии», он обстоятельно подчеркивает и те обстоятельства, которые дают понять, что прокладываемая ими дорога в конечном счете ведет в процессуальный «ад» как самого обвиняемого, так и других участников уголовного судопроизводства.

Само собой, практика предварительного расследования вырабатывает методы нейтрализации перекосов, которые ненавязчиво подсовывает в право идеология «асимметрии» оценки доказательств. Сторона обвинения, как ни парадоксально, боится от злоупотребления правом на отказ подсудимого от ранее данных показаний посредством любимого правила сторонников либерального подхода к уголовному судопроизводству, согласно которому признание обвиняемого не может быть положено в основу обвинения, не будучи подтвержденным другими доказательствами. Поэтому органами расследования признание обвиняемого изначально не рассматривается как ключевое доказательство и обставляется прочной системой других убедительных аргументов вины обвиняемого.

Этот подход, как ни странно, можно признать своеобразным положительным эффектом «асимметрии» оценки доказательств. Потенциальная возможность злоупотребления своими правами одних участников уголовного судопроизводства мобилизует к добросовестной реализации своих прав других участников производства по уголовному делу.

И тем не менее «асимметрия» оценки допустимости доказательств, на наш взгляд, вполне вписывается в понятие злоупотребления правом на защиту. И злоупотребление здесь видится опять же не только в конкретной правовой ситуации и по конкретному уголовному делу, но и в посягательстве на важнейшие методологические установки ради достижения достаточно сомнительной идеологической цели, заключающейся в возвышении концепта невиновности обвиняемого.

В целом идея «асимметрии» в ее прикладном выражении не представляет большой процессуальной опасности. Процедурные последствия ее применения выглядят весьма благостно. Обвинительные доказательства, полученные с нарушением требований уголовно-процессуального закона, в любом случае должны признаваться недопустимыми и исключаться из процесса доказыва-

ния по уголовному делу. И наоборот, оправдательные доказательства, хотя и полученные с нарушением требований уголовно-процессуального закона, по ходатайству стороны защиты могут и должны использоваться судом для обоснования выводов и принимаемых решений.

Но под этой внешней благостью скрываются опасные идеологические нюансы. Они зашифрованы в самом слове «асимметрия». Думается, что слово это пришло на ум инициаторам его внедрения в теорию и практику уголовного судопроизводства совсем не случайно. Несмотря на то, что этой терминологией сторонники «асимметрии» правил оценки допустимости доказательств хотели привлечь внимание к особой благовидной миссии защиты, они акцентировали и другую сторону самого принципа асимметрии – идею симметрии.

Они напомнили о том, что идеология и методология права опирается и на эстетические истоки, заложенные в изначальном стремлении права к красоте. И само слово «асимметрия», показавшееся сторонникам одноименной концепции красивым и удачным, на самом деле позиционирует идею несовершенства и злоупотребления. Идея «асимметрии» несет в себе установку на создание двойных стандартов: «что можно Юпитеру – нельзя во-лу». А подобная дуальная стандартизация идет явно не на пользу уголовному судопроизводству.

Представляется, что путь повышения эффективности защиты обвиняемого и подозреваемого, а также создание условий для оптимизации реализации прав других участников уголовного процесса лежит не через внедрение концепции «асимметрии», а через создание технологических условий для большей гармонизации уголовно-процессуальной процедуры. В условиях красоты и гармонии предпосылки для злоупотребления правом «чувствуют себя» неуютно и в конечном счете сводятся к допустимому минимуму.

Пронина М.П.,

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

Противодействие злоупотреблению уголовными нормами при квалификации преступлений

Правоприменительная деятельность в сфере реализации уголовного законодательства осуществляется путем квалификации общественно опасных деяний. На сегодняшний день правоприменительные органы часто сталкиваются со злоупотреблением уголовным законодательством при квалификации преступлений. В связи с этим одной из важнейших задач, стоящих перед ними, является выстраивание четкой политики противодействия злоупотреблению уголовными нормами при квалификации преступлений, состоящей в устранении казуистичности закрепленных в уголовном законе норм, четко не определяющих признаки преступлений.

«Квалификация» – одно из базовых понятий уголовного права. Латинский термин *qualis* определяется как процесс отнесения какого-либо явления по четко определенным признакам к какому-либо виду либо категории. Применительно к уголовному праву – определение статьи уголовного закона, предусматривающего наказание за данное преступление.

В процессе квалификации преступлений правоприменитель дает юридическую оценку содеянному. В уголовном праве данный процесс означает применение уголовно-правовой нормы, наиболее соответствующей признакам совершенного деяния. Процедура квалификации преступления не только позволяет дать юридическую оценку содеянному, но и может повлечь как возникновение, так и прекращение уголовно-правовых отношений. Устанавливая тождество признаков, отраженных в уголовном законе, с признаками совершенного деяния, правоприменитель квалифицирует совершенное деяние.

Однако здесь не нужно забывать, что казуистичность закрепленных в уголовном законе норм, четко не определяющих признаки преступлений, порождает существенные проблемы при квалификации. В этой связи только квалификация является официальным признанием деяния общественно опасным, поэтому рассматриваемый процесс имеет важнейшие правовые последствия. Правильность квалификации существенна для обвиняемого, подозреваемого либо уже осужденного, так как от нее зависит размер и вид наказания, применяемого к субъекту. В частности, например, ошибка в установлении отягчающего признака обязательно повлечет необоснованное применение к нему уголовного наказания. Допущенные ошибки породят и другие нарушения, повлияют на выбор исправительного учреждения, режима отбытия наказания; исчисление сроков условно-досрочного освобождения, применение амнистии, сроков давности, сроков снятия судимости и т. д.

Юридически вредными являются и ошибки квалификации, снижающие реальный объем общественной опасности содеянного. В данном случае под сомнение ставятся цели наказания, отраженные в ст. 43 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ), так как они объективно не могут быть достигнуты. Как видно, ошибочная квалификация влечет за собой не только существенные правовые последствия, но и глубокие политические, социальные, а в некоторых случаях даже экономические изменения отрицательного толка: подрывается авторитет государственной власти в области противодействия преступности, а также вера в справедливость наказания. Все это снижает уровень общей и частной превенции. Только правильность квалификации составляет основу деятельности всех правоприменительных органов в области реализации уголовного законодательства. Поэтому правильное применение норм уголовного закона должно базироваться на ряде основополагающих правил, которые помогут оказывать действенное и эффективное противодействие злоупотреблению уголовными нормами при квалификации преступлений.

Во-первых, процесс квалификации не может быть автоматизирован, так как он носит творческий характер, а в некоторых случаях – авторский вид интеллектуальной деятельности.

Во-вторых, субъекты квалификации должны иметь высокие теоретические и практические познания в области юридической

оценки преступлений, правильно понимать современные направления уголовной политики.

В-третьих, должны быть обеспечены условия независимости органов суда и следствия от давления на них для принятия заведомо неправильного, неправосудного решения с их стороны.

В-четвертых, должны быть проведены глубокие организационные мероприятия в части систематизации нормативных правовых актов и переподготовки правоприменителей.

В-пятых, вся правоприменительная деятельность в области уголовного права должна строиться на продуманной научно-методологической основе, противодействующей злоупотреблению уголовными нормами, выражающейся в разработке рекомендаций, проектов законов и постановлений пленумов Верховного Суда Российской Федерации, направленных на исключение коллизий, пробелов, а также выработке единообразной практики применения норм уголовного закона.

Соблюдение выделенных нами правил создаст благоприятные условия для правильной квалификации преступного поведения и исключит допускаемые сегодня ошибки и злоупотребление уголовно-правовыми нормами. Констатируя их наличие, видим, что основными причинами являются отсутствие у правоприменителя глубоких законодательных познаний и неумение правильно применить нормы материального права. Данные причины пронизывают практически все этапы развития учения о квалификации деяний.

Другой причиной допущения таких ошибок выступает пробельность и коллизионность уголовного законодательства и его несоответствие реалиям жизни. Устаревание правовых норм – это объективное явление, однако решение этого вопроса лежит в плоскости не правоприменителя, а законодателя. Это особо видно на примере преступлений, закрепленных в гл. 22 УК РФ, поэтому прием адаптации нормы в части изменения ее признаков субъектом, применяющим закон, не допустим.

Вышеизложенное ставит вопрос о методологических основах квалификации преступлений. В первую очередь это касается объема признаков совершенного преступления, включающих в себя четыре самостоятельные категории. Первая – это все признаки, имеющие отношение к содеянному, в том числе и те, которые не имеют юридического значения, но косвенно характеризуют со-

вершенное преступление. Вторая – признаки, имеющие непосредственное значение для расследования и разрешения общественно опасного деяния. Третья – это уголовно-правовые признаки, которые, по нашему мнению, вытекают из содержания ст. 8 УК РФ и определяют основания уголовной ответственности, то есть элементы состава преступления, закрепленные в конкретной норме Особенной части УК РФ. Четвертая – это признаки, имеющие непосредственное значение для квалификации деяния.

Для правильной квалификации совершенного преступления недостаточно абстрактно определить его характеристики. Необходимо соотнести их с признаками, описанными в конкретной уголовно-правовой норме. И только при установлении их буквального тождества можно говорить о правильности квалификации. Это достигается путем упорядочения установленных фактических данных и выделения из них юридически значимых элементов. Поэтому первый этап квалификации включает в себя подбор уголовно-правовых норм, соответствующих признакам деяния. В рамках второго происходит установление конструкций состава преступления в соответствии с имеющимся фактическим материалом. Третий этап нацелен на поиск смежных составов преступлений, которые также содержат выявленные характеристики деяния.

Это свидетельствует о том, что на первоначальных этапах квалификации преступлений невозможно определить единственную норму уголовного закона, подлежащую применению. Например, наличие трупа с признаками насильственной смерти не может однозначно говорить о простом или квалифицированном убийстве. Такое деяние может подпадать под признаки ч. 4 ст. 111, ст. 107, 108, 317 УК РФ и т. д. Допустимы в данном случае и правомерные действия, например необходимая оборона, то есть в рамках этого этапа не только подбираются смежные составы, но и отсеиваются явно неподходящие.

Следующий этап является наиболее сложным. Он нацелен на выбор единственной нормы из всего комплекса ранее вычлененных, которая в большей мере, в отличие от смежных, соответствует всем обстоятельствам содеянного. И вот здесь встает вопрос о конкуренции норм уголовного закона. Отметим, что при конкуренции фактически совершено одно преступление, что и отличает ее от рецидива или совокупности, однако между конкурирующими нормами при-

существует зависимость или тесная связь, обусловливаемая обязательными признаками состава преступления, то есть каждая из них содержит черты квалифицируемого деяния, что дает нам основание сделать вывод об их совпадении как по объему, так и по содержанию. Поэтому весь процесс квалификации построен на правильном установлении признаков конкретного состава преступления.

Рассмотрение данного вопроса необходимо начать с определения роли объекта состава преступления. Неправильное определение объекта – это одна из наиболее распространенных ошибок, встречающихся при установлении признаков преступлений, что является основанием отмены или изменения приговоров. Полагаем, что сегодня обозначенная проблема становится все более актуальной по причине рассистематизации или пересистематизации действующего УК РФ, о чем свидетельствуют происходящие процессы криминализации и декриминализации деяний.

В этой связи возникают проблемы определения объекта при множественности преступлений. При ошибочном признании совершения деяния по совокупности действия виновного квалифицируются по двум или более статьям Особенной части УК РФ, охраняющим самостоятельные виды общественных отношений.

Примером могут служить действия лиц, направленные на незаконную порубку лесных насаждений и квалифицированные по совокупности ч. 1 ст. 260, ч. 3 ст. 30 и п. «а» ч. 2 ст. 158 УК РФ. Кассационная инстанция исключила из приговора квалификацию по ч. 3 ст. 30 и п. «а» ч. 2 ст. 158 УК РФ, обосновывая свое решение тем, что непосредственным объектом посягательства являются не отношения собственности, а отношения по обеспечению экологической безопасности.

Причиной допущения такой юридико-технической ошибки квалификации стало несоблюдение правил, используемых при конкуренции общей и специальной нормы. В приведенном примере применению подлежит специальная норма, к которой относится ст. 260 УК РФ, в рамках которой отношения собственности выступают в качестве дополнительного объекта, то есть решение этого вопроса лежит в плоскости конкуренции объектов уголовно-правовой охраны.

Ошибки в определении объекта встречаются при соотношении признаков преступлений, имеющих сходства в объективной сто-

роне. Примером может стать конкуренция ст. 213 «Хулиганство» и ст. 330 «Самоуправство» УК РФ. Так, гражданин М. был осужден по п. «а» ч. 1 ст. 213 УК РФ за совершение хулиганских действий с применением оружия. Деяние заключалось в воздействии на потерпевшего с целью признания реально существующего долга, что ставит под сомнение выделение общественного порядка в качестве непосредственного объекта этого преступления. Нужно не забывать о том, что при совершении хулиганства цель, которую преследует виновный, направлена на противопоставление себя окружающим через демонстрацию своего несогласия с общепризнанными правилами общежития, что прямо указано в п. 1 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 15 ноября 2007 года № 45 «О судебной практике по уголовным делам о хулиганстве и иных преступлениях, совершенных из хулиганских побуждений»¹.

В приведенном примере данная цель отсутствовала. Она была направлена на криминальное разрешение материального спора. Эти действия не могут быть оценены как хулиганство даже при условии их совершения в общественном месте и с применением оружия. Рассматриваемое преступление нарушает установленный законом порядок по разрешению гражданско-правовых споров, в связи с этим действия виновного суд переквалифицировал на ст. 330 УК РФ «Самоуправство».

Нельзя согласиться с квалификацией первой инстанции по ст. 213 УК РФ даже и в том случае, если бы виновным предъявлялись требования о признании несуществующего долга. Полагаем, что такие действия имеют корыстную составляющую, отсутствующую в качестве криминообразующего признака хулиганства. В связи с этим они должны быть оценены по ст. 163 УК РФ «Вымогательство». Используемый правоприменителем прием нарушает закон противоречия (непротиворечия), основанный на требованиях непротиворечивости мышления. Это означает, что не могут быть истинными два противоположных суждения об одном и том же предмете, содержащемся в одном и том же отношении и взятом в одно и то же время.

Такого рода ошибки допускаются по причине возникновения трудностей в определении конкурирующих объектов, а также

¹ Российская газета. 2007. 21 ноября.

нарушения законов логики. Для их недопущения необходимо строго руководствоваться правилами квалификации при конкуренциях норм, а также с учетом высочайшего уровня бланкетности современного уголовного законодательства использовать нормы других отраслей права, раскрывающие содержание нарушенных в результате посягательства общественных отношений.

Встречаются проблемы квалификации и при установлении признаков объективной стороны. По мнению ряда ученых, они составляют более 50%. Примером может служить способ как факкультативный признак объективной стороны. В частности, определяя общеопасный способ убийства, правоприменитель зачастую устанавливает лишь его объективные критерии, упуская из виду обязательные субъективные признаки рассматриваемого способа совершения убийства. Так, Самарским областным судом гражданин В. был осужден по п. «е» ч. 2 ст. 105 УК РФ за убийство с особой жестокостью, совершенное при следующих обстоятельствах. В рамках возникшего конфликта на почве личных неприязненных отношений гражданин В. нанес гражданину М. шестнадцать колото-ножевых ранений в область груди и живота, в результате чего наступила смерть потерпевшего. В основу такой квалификации, как и рекомендует Пленум Верховного Суда Российской Федерации в своем постановлении от 27 января 1999 года № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)»¹, был положен количественный критерий нанесенных повреждений. Исходя из п. 8 этого постановления вытекает обязательное установление и субъективного критерия, то есть умысла виновного, направленного на причинение потерпевшему дополнительных физических или моральных страданий. Однако совершенные виновным действия, а также его пояснения в рамках расследования этого уголовного дела не дают основания сделать вывод о наличии такого умысла, именно поэтому действия гражданина В. были переквалифицированы на ч. 1 ст. 105 УК РФ.

В другом случае суд признал правильной квалификацию по п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ, основываясь лишь на количестве причиненных телесных повреждений. Считаем, что здесь допущена существенная квалификационная ошибка, которая нарушает не

¹ Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.01.2019).

только единообразие применения норм уголовного закона, но и учет обязательных криминообразующих признаков убийства, совершенного с особой жестокостью.

Возникают проблемы и при установлении признаков использования служебного положения субъектами, совершающими хищения. Зачастую в основу квалификации по рассматриваемому признаку ложится лишь должность, занимаемая лицом в момент совершения преступления, без раскрытия организационно-распорядительных или административно-хозяйственных полномочий, которыми в данном случае оно должно быть наделено. Так, приговором Городецкого районного суда З. был осужден по ч. 3 ст. 159 УК РФ. Являясь водителем ООО «ЗМЗ», путем обмана или злоупотребления доверием (предоставления заведомо подложных документов) он похищал горюче-смазочные материалы. Приговором Ленинского районного суда г. Нижнего Новгорода Н. осуждена по ч. 3 ст. 159 УК РФ. Работая у индивидуального предпринимателя К. оператором персонального компьютера, являясь материально ответственным лицом, Н. совершала мошеннические действия с использованием своего служебного положения.

Вменениеотягчающего признака, закрепленного в ч. 3 ст. 159 УК РФ, в приведенных примерах является ошибочным. Решая вопрос об учете данного отягчающего признака, необходимо иметь в виду, что к лицам, использующим свое служебное положение, должны относиться субъекты, занимающие специальные должности и наделенные специальными организационно-распорядительными или административно-хозяйственными функциями, вытекающими из должностной инструкции или должностного регламента. Именно поэтому к данной категории субъектов относятся должностные лица, обладающие признаками, указанными в примеч. 1 к ст. 285 УК РФ, или лица, выполняющие управленческие функции в коммерческих или иных организациях, понятие которых закреплено в примеч. 1 к ст. 201 УК РФ. В приведенных примерах судебно-следственной практики субъекты, совершившие деяния, такими признаками не обладали, в связи с чем вменение рассматриваемого квалифицирующего признака является излишним. Похищенное имущество было вверено виновным на основании гражданско-правового договора,

поэтому действия виновных охватываются ч. 1 ст. 160 УК РФ при отсутствии иныхотягчающих признаков.

При совершении хищения путем обмана или злоупотребления доверием зачастую встает вопрос об определении места окончания преступления в случаях, если предметом общественно опасного деяния выступают безналичные средства оплаты. По нашему мнению, ответ на него лежит в плоскости установления момента окончания преступления. В соответствии с положениями постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 30 ноября 2017 года № 48 деяния, совершенные путем мошеннических действий, имеют два момента окончания. В основу их определения положены характеристики предмета.

В случае если предметом выступает имущество, то мошенничество считается оконченным, когда виновный завладел чужим имуществом и получил реальную возможность им распоряжаться. Если же предмет – это право на имущество, преступление окончено с момента получения данного права.

Безналичные средства оплаты предполагают предоставление права на распоряжение ими, то есть осуществление расчетов по своему усмотрению. В указанных случаях деяние должно считаться оконченным с момента зачисления электронных средств оплаты на счета, подконтрольные виновному.

Предлагаемый нами подход ставит вопрос о месте совершения преступления. Учитывая рекомендации указанной высшей судебной инстанции, местом окончания преступления следует считать местонахождение финансовой организации, где непосредственно открыт счет, на который были перечислены похищенные финансовые инструменты. Однако не нужно забывать о том, что место совершения деяния и место его окончания – это разные юридические категории и они могут не совпадать.

Таким образом, место совершения преступления должно определяться с учетом положений ч. 2 ст. 9 УК РФ: под ним необходимо понимать место совершения общественно опасного деяния независимо от того, где наступили общественно опасные последствия. В иных случаях под угрозу ставится юрисдикция российского уголовного законодательства.

Давайте представим ситуацию, при которой действия по перечислению похищенных средств совершаются на территории

России с помощью телекоммуникационной сети «Интернет», но сама финансовая операция по их переводу осуществляется за пределами Российской Федерации, так как данный счет открыт за рубежом, то есть общественно опасные последствия наступили за рубежом. Данный пример ставит вопрос о том, какой уголовный закон должен быть применен в таком случае? Предложенный нами юридико-технический прием снимает выявленную проблему и дает легитимные основания для применения УК РФ.

Все это говорит о том, что при определении способа совершения преступления необходимо установить не только объективные, но и субъективные признаки его совершения. Только их обязательное наличие и установление указывает на то, что деяние совершено именно таким способом. Сегодня данная идея пронизывает значительное количество разъяснений Верховного Суда Российской Федерации.

Подводя итог рассмотрению возникших проблем при противодействии злоупотреблению уголовными нормами, хотелось бы выделить условия правильного применения норм уголовного закона при квалификации преступлений:

а) правоприменительная деятельность должна представлять собой творческий и авторский вид интеллектуальной деятельности, направленный на реализацию уголовного законодательства;

б) субъекты правоприменительной деятельности должны иметь высокие теоретические и практические познания в области юридической оценки преступлений, правильно понимать современные направления уголовной политики;

в) органы государственной власти должны создать правоприменительно условия, исключаящие всякое давление на них, что не позволит вынести заведомо неправосудное решение, то есть обеспечит независимость судебно-следственных органов;

г) правоприменительная деятельность в области реализации уголовного закона должна строиться на продуманной научно-методологической основе, включающей в себя проведение мониторинга действия УК РФ, разработку научным сообществом с непосредственным участием представителей правоприменительных органов методических рекомендаций, проектов законов и пленумов Верховного Суда Российской Федерации, направленных на исключение коллизий, пробелов, а также выработку единой образной практики применения норм уголовного закона.

Ремизов П.В.,

кандидат юридических наук, врио заместителя начальника кафедры административного права и процесса Нижегородской академии МВД России

Злоупотребление специализацией при конструировании норм административно-деликтного права

Важнейшим условием функционирования системы законодательства выступает оптимальное использование приемов специализации и унификации правовых норм. В юридической литературе специализация и унификация рассматриваются в качестве ведущих положительных тенденций российского законодательства, отражающих весь ход социально-правовых преобразований в обществе¹. Вместе с этим, позитивный эффект может быть достигнут только при оптимальном сочетании специализации и унификации, избыточность одного из данных правовых феноменов, наоборот, способна оказать противоположное воздействие, дестабилизировать систему правового регулирования, приводя впоследствии к нарушению прав и законных интересов участников правовых отношений.

Особенно остро проблемы избыточности правового регулирования и злоупотребления приемом специализации со стороны законодателя проявляются в административно-деликтном праве. Злоупотребление специализацией, на наш взгляд, выступает одним из факторов, приводящих к подрыву единства, внутренней непротиворечивости и последовательности правового регулирования всего комплекса общественных отношений, охватываемых правовым институтом административной ответственности.

Избыточность специализации законодательства об административных правонарушениях получает отражение во всех разде-

¹ См.: Сенякин И.Н. Специализация и унификация российского законодательства (Проблемы теории и практики): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Саратов, 1993. С. 7.

лах Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях¹ (далее – КоАП РФ) и проявляется главным образом в чрезмерном использовании исключений, оговорок, неоправданном закреплении квалифицированных составов административных правонарушений, стремлении установить особый порядок регулирования в интересах отдельных органов государственной власти. При этом многие такие изменения законодательства об административных правонарушениях нельзя назвать корректными с точки зрения юридической техники и доктринального обоснования.

Определенное отрицательное впечатление производят общие положения и ст. 3.5, 4.5 КоАП РФ. Статья 3.5 посвящена общей характеристике административного штрафа и определяет его максимальные пределы – пять, пятьдесят и один миллион рублей соответственно для граждан, должностных лиц и организаций. При этом в данном правиле содержатся более 250 исключений, то есть само первоначальное правило постепенно становится исключением. Аналогичная ситуация состоит со ст. 4.5 КоАП РФ, которая посвящена срокам давности привлечения к административной ответственности (основные – два месяца при рассмотрении дела об административном правонарушении в административном порядке и три месяца, если дело рассматривается судом). Однако и из этого универсального правила имеется более 150 исключений.

Подобными иллюстрациями необоснованного использования специальных правовых норм изобилует и особенная часть КоАП РФ. Наиболее ярким примером является ст. 19.5 КоАП РФ. Она включает более 35 частей, устанавливающих ответственность (различные виды и размеры административных наказаний) за невыполнение законного предписания органов публичного управления. Следует отметить, что редакция отдельных санкций противоречит общим положениям КоАП РФ. В частности, санкция ч. 16 ст. 19.5 КоАП РФ устанавливает возможность одновременного назначения административного штрафа и административного приостановления деятельности. В то время как в соответствии со ст. 3.3 КоАП РФ и административный штраф, и административное приостановление деятельности могут применяться ис-

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 1, ч. 1, ст. 1.

ключительно в качестве основных наказаний, а за совершение одного административного правонарушения возможно назначение только одного основного наказания.

Еще один пример «неудачного» включения в число запрещенных законодательством об административных правонарушениях противоправных деяний – норма, предусмотренная ч. 4 ст. 19.3 КоАП РФ, устанавливающая ответственность за неповиновение распоряжениям и требованиям сотрудника ФСБ. Она, по своей сущности, является общей нормой по отношению к ч. 1 ст. 20.27 КоАП РФ. Это норма, в свою очередь, устанавливает ответственность за неповиновение законному требованию должностного лица ФСБ, но уже о соблюдении ограничений, вызванных установлением правового режима контртеррористической операции. Однако санкция ч. 1 ст. 20.27 существенно уступает в правоограничительном потенциале санкции ч. 4 ст. 19.3. Исходя из этого, режим контртеррористической операции выступает своего рода обстоятельством, смягчающим ответственность, что выглядит несколько странно.

Отдельные приведенные выше дефекты конструкций правовых норм носят системный характер. В целях преодоления существующих проблем, связанных с обеспечением баланса между унификацией и специализацией в законодательстве об административных правонарушениях, считаем необходимым последовательно решить следующие концептуальные задачи.

Во-первых, это унификация норм общей и особенной частей административной ответственности, куда следует отнести: установление единых увеличенных сроков давности; определение увеличенных максимальных пределов административных наказаний; исчисление административных штрафов в расчетных показателях; введение и разработка научно обоснованных критериев общественной опасности (вредности) административного правонарушения; нормативное закрепление градации административных правонарушений; определение единых правил фиксации квалифицированной ответственности за совершение повторных административных правонарушений.

Во-вторых, противодействие общей динамике нормативно-правового регулирования, в том числе в сфере административно-деликтного права; сокращение и обобщение принимаемых поправок, изменений и дополнений в КоАП РФ.

Репьев А.Г.,

кандидат юридических наук, заместитель начальника кафедры административного права и административной деятельности органов внутренних дел Барнаульского юридического института МВД России

Злоупотребление правом на преимущества и дискриминация: оценка взаимопроникновения явлений и понятий

Социологические исследования показывают, что население нашего государства крайне остро реагирует на факты злоупотребления правами, различного отношения к людям в схожих условиях и получения возможностей, превосходящих общепринятые, отдельными субъектами. Несмотря на это, современная правовая политика страны, какую бы сферу мы ни затронули, строится на дифференциации, учете различного рода обстоятельств, в связи с чем предусматриваются отступления от равенства в виде правовых преимуществ (льгот, привилегий, иммунитетов, особых правовых процедур). Воспринимая последние как безусловно положительные явления, попробуем оценить их негативные проявления в виде злоупотребления и дискриминации. Основываясь на формально-юридическом подходе, изучим доктринальное и практико-прикладное соотношение рассматриваемых феноменов, спрогнозировав при этом не только правовые последствия, но и социальные риски.

На общетеоретическом уровне категория «злоупотребление» исследовалась в основном применительно к праву (не как совокупность формально определенных норм, а как субъективная возможность). Это работы С.Г. Зайцевой, Н.А. Дурново, А.А. Малиновского, О.Н. Барминой и др. Так, профессор А.А. Малиновский раскрывает понятие «злоупотребление субъективным правом» весьма лаконично: «такой способ осуществле-

ния субъективного права в противоречии с его назначением, посредством которого причиняется вред личности, обществу, государству»¹.

Правовое преимущество, в свою очередь, выступает не только разновидностью субъективного права лица, но и в ряде случаев обязанностью (третьего лица), а нередко – и законным интересом. Поэтому, взяв дефиницию А.А. Малиновского за основу, обратимся к исследованиям в области цивилистики, в рамках которых тематика злоупотребления получила весьма обстоятельное освещение. Это будет оправданно еще и потому, что недопустимость злоупотребления преимуществом фактически закреплена в качестве принципа гражданских правоотношений: «Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения» (ч. 4 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ)).

Ряд правоотношений гражданско-правового характера напрямую связан с использованием преимущественного положения субъекта перед другими², и найти грань между нарушением общих начал и принципов в данной сфере (в том числе равенства участников) и недобросовестным ведением дел³ (со злоупотреблением преимуществами) весьма сложно.

По мнению Д.Ф. Милушева, «злоупотребление правом представляет собой правомерный акт человеческого поведения (деяние), состоящий в реализации норм объективного права в противоречии с их назначением и в целях удовлетворения личных интересов субъектов права, в результате чего причиняется вред другим лицам, обществу или государству»⁴.

¹ Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2009. С. 9–10.

² О доминирующем положении см.: О защите конкуренции: федеральный закон от 26 июля 2006 года № 135-ФЗ (в ред. от 29.07.2018) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 31, ч. 1, ст. 3434; 2018. № 53, ч. 1, ст. 8498.

³ К примеру, «не допускаются осуществление гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, “действия в обход закона” с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление гражданских прав (злоупотребление правом)» – ч. 1 ст. 10 ГК РФ.

⁴ Милушев Д.Ф. Конструкция «злоупотребление правом» в экономической сфере // Юридическая техника: Ежегодник. 2013. № 7, ч. 2. С. 484–486.

Позволим себе не согласиться с мнением автора относительно использования в дефиниции формулировки «правомерного» поведения. Злоупотребление уместнее было бы охарактеризовать как формально соответствующее закону, но общественно вредное по существу. Действия субъекта не вписываются в конструкцию состава правонарушения, то есть он не нарушает закрепленной нормы права как таковой, но совершает предосудительные, социально-отрицательные действия.

Сказанное подталкивает к умозаключению, что лексическая формула «злоупотребление» характеризуется оценочным свойством. Об этом говорит ее семантический анализ, разбор на языковые единицы. Корень «зло» выступает антиподом категории морального сознания «добро»¹. Восприятие доброго и злого в социально-нравственном измерении, как известно, значительно разнилось во всех исторических периодах развития общества и государства. Следовательно, юридизация нравственных оценок поведения субъекта обладает высокой степенью абстрактности. Отсутствие четких критериев «злого поведения» при реализации преимуществ подталкивает нас расширять сферу контроля, используя социальные рычаги, догмы религии, положения традиционного права.

Ряд авторов связывает злоупотребление правом с нарушением исключительно интересов другого лица, но не права², что, как следствие, позволяет рассматривать его не как правонарушение, а, например, как «юридически допустимые действия»³. Попытаемся оппонировать такой точке зрения. Поступки лица, так или иначе ущемляющие правовое положение другого субъекта (а законный интерес, как мы полагаем, входит в конструкцию правового статуса), не могут быть одобрены ни с правовой позиции, ни с моральной стороны. Если при использовании правовых преимуществ нарушаются интересы

¹ См.: *Философский энциклопедический словарь* / гл. ред.: Л.Ф. Ильичев, П.Н. Федосеев, С.М. Ковалев [и др.]. Москва, 1983. С. 171.

² См.: *Бирюкова Л.А., Полякова В.А.* Злоупотребление правом. Теоретические аспекты // *Арбитражные суды: теория и практика правоприменения* / отв. ред., сост. И.В. Решетникова, М.Л. Скуратовский. Екатеринбург, 2006. С. 268.

³ *Сенников И.Е.* Использование права как форма непосредственной реализации юридических норм: дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2003. С. 160.

третьих лиц, это уже неправомерное поведение, хотя и без установленной санкции за него.

Аккумулируя сказанное ранее, охарактеризуем явление «злоупотребление» применительно к правовым преимуществам:

а) связано с выходом лица за пределы принадлежащих ему и установленных в правовой норме возможностей, чрезмерным и неоправданным расширением субъективных властных полномочий (при этом действия субъекта формально могут быть законными)¹;

б) проявляется в виде использования и применения недозволённых, непредусмотренных преимуществ форм активной реализации своих прав и законных интересов (для злоупотребления преимуществами характерны использование и применение)²;

в) не преследует целей умаления прав и законных интересов других участников общественных отношений, если и затрагивает их, то лишь косвенно³;

г) формой проявления может быть игнорирование внеправовых положений (нравственных норм, обычаев и пр.), являющихся основами отдельных отраслей права и законодательства⁴;

д) ключевое значение имеет способ реализации нормы преимущества (а не нарушение самой нормы), как правило, при одновременном игнорировании критериев их сдерживания (ограничения, превышение объемов, выход за пределы установленных сроков)⁵.

¹ Постановление двадцатого арбитражного апелляционного суда от 9 октября 2012 года по делу № А68-12406/11. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.04.2019).

² Решение Ленинского районного суда города Иркутска от 15 сентября 2016 года № 2-2124/2016 2-2124/2016-М-1576/2016 по делу № 2-2124/2016 // Судебные и нормативные акты Российской Федерации: официальный сайт. URL: <http://sudact.ru> (дата обращения: 20.04.2019).

³ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29 октября 2018 года № 302-ЭС18-18676 по делу № А58-1850/2017. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.04.2019).

⁴ Постановление двадцатого арбитражного апелляционного суда от 9 октября 2012 года по делу № А68-12406/11. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.04.2019).

⁵ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 7 августа 2017 года по делу № А51-14614/2016 // Судебные и нормативные акты Российской Федерации: официальный сайт. URL: <http://sudact.ru> (дата обращения: 20.04.2019).

Таким образом, *злоупотребление правовым преимуществом – это его реализация в форме использования или применения при несоответствии назначению, закрепленному в правовых нормах или выступающему обычаем делового оборота, не дискриминирующая правовое положение третьих лиц.*

Представленная дефиниция не случайно акцентирует внимание на том, что злоупотребление преимуществом следует четко отличать от нарушения равенства (дискриминации), несмотря на достаточно глубокое взаимопроникновение этих негативных явлений. К сожалению, это не всегда удастся сделать, опираясь на научные исследования. Основная причина этого, как мы полагаем, в неоправданном использовании оценочных формулировок. Если со злоупотреблением правовым преимуществом это вполне объяснимо (в силу его оценочной природы), то при определении понятия «нарушение равенства» (как мы понимаем, за которое установлена административная и уголовная ответственность) – нет.

К примеру, Н.В. Романенко применительно к сфере уголовных отношений определяет нарушение равенства так: «это правовые нормы, устанавливающие дифференцированное регулирование при осуществлении уголовного судопроизводства в отношении определенной категории лиц вне указанных пределов (то есть нормы, не имеющие объективного и разумного оправдания, не отвечающие требованиям правовой определенности, устанавливающие несправедливые, неадекватные, непропорциональные, чрезмерные различия, не соответствующие конституционно значимым целям, вводящие различное обращение с лицами, находящимися в одинаковых или сходных ситуациях, и т. п.), а равно нормы-исключения, примененные со злоупотреблением»¹.

Любое нарушение равенства не должно восприниматься как злоупотребление преимуществами. К нему могут относиться только их незаконное получение и последующая реализация. В этой связи, на наш взгляд, для нарушения равенства прав и свобод человека и гражданина характерно следующее:

¹ Романенко Н.В. Реализация принципа равенства перед законом и судом при осуществлении уголовного судопроизводства в отношении представителя власти: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2014. С. 43.

– во-первых, проявляется в основном как искаженный (в том числе законодательно) способ таких пассивных форм реализации права, как соблюдение и исполнение¹;

– во-вторых, преследует цели ограничить (ущемить, уменьшить) права граждан на основе каких-либо дискриминационных признаков (пол, раса и пр.), в том числе путем создания условий зависимости их реализации от дополнительных обстоятельств²;

– в-третьих, юрисдикционное положение, содержащее нарушение равенства, лишь формально соответствует правовому преимуществу, но не содержательно³;

– в-четвертых, субъект действует в обход нормативного правового акта, преследуя личные противоправные цели (обогащение, умышленное получение преимуществ, не соответствующих его статусу)⁴;

– в-пятых, имеют место исторические примеры не закрепления де-факто положений, нарушающих правовое равенство, а следования им по соображениям идеологии (например, партийная подсудность членов Национал-социалистической немецкой рабочей партии в период власти А. Гитлера).

Злоупотребление преимуществами и нарушение равенства могут соприкасаться, если злоупотребление преимуществами сопряжено с игнорированием ограничений, нарушением запретов, установленных нормативными актами. В частности, нарушение

¹ См.: По делу о проверке конституционности абзацев второго, третьего, десятого и двенадцатого подпункта «а» пункта 2 статьи 24 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» в связи с запросом Ленинского районного суда города Санкт-Петербурга: постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 22 мая 2018 года № 19-П // Собрание законодательства Российской Федерации. 2018. № 22, ст. 3228.

² Определение Верховного Суда Российской Федерации от 3 сентября 2014 года № 51-КГ14-4 по делу № 2-2273/13. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.04.2019).

³ Решение Ленинского районного суда города Омска от 2 августа 2017 года № 12-175/2017 по делу № 12-175/2017 // Судебные и нормативные акты Российской Федерации: официальный сайт. URL: <http://sudact.ru> (дата обращения: 24.04.2019).

⁴ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2016 года по делу № А47-9791/2015 // Судебные и нормативные акты Российской Федерации: официальный сайт. URL: <http://sudact.ru> (дата обращения: 19.04.2019).

равенства граждан, совершаемое с «помощью» преимуществ должностного положения субъекта, в период участия в избирательной кампании¹. Федеральный закон от 12 июня 2002 года № 67 «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»² определяет конкретные способы подобного нарушения, к которым относятся действия, способствующие благоприятному, финансово не обременительному, приоритетному выдвижению кандидатов, списков кандидатов и (или) избранию кандидатов, например: «использование на безвозмездной основе или на льготных условиях транспортных средств, находящихся в государственной или муниципальной собственности, собственности организаций»; привлечение к этой деятельности лиц, находящихся в подчинении или в иной служебной зависимости в рабочее время, и др.

Должностное положение в данном случае создало условия для злоупотребления преимуществами и последующего совершения административного деликта. Однако нарушить права граждан на равенство может и должностное лицо, не обладающее преимуществами.

Резюмируем представленный в статье материал:

– обозначив грани соприкосновения злоупотребления правовыми преимуществами и нарушения равенства, их основные черты сходства и отличия, укажем, что и первое, и второе рассматриваются нами как элементы неправомерного поведения, их основа лежит в первую очередь в деформации сознания индивидуума;

– стремление обладать правовыми преимуществами не оценивается нами отрицательно ввиду того, что социальная жизнь, политика всегда связаны с борьбой за власть и наиболее благоприятное место внутри общественной иерархии. Настораживает другое. Человек, долгое время находящийся у власти, подвержен изменениям психологического плана; он начинает рассматривать иммунитеты, привилегии, льготы не как средство беспрепят-

¹ Статья 5.45 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 года № 195-ФЗ (в ред. от 01.04.2019) «Использование преимуществ должностного или служебного положения в период избирательной кампании, кампании референдума». См.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2002. № 1, ч. 1, ст. 1.

² Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.01.2019).

ственной, наиболее комфортной, но добросовестной реализации своих государственных обязанностей, а как «личную гарантию» от любого вторжения извне, невосприимчивость к социальному и правовому контролю;

– увлечение общества, государственного аппарата безграничным стремлением к преимуществам, материализации ценностей приводит к процессу социального отторжения личности. Это явление мы наблюдаем на примере расслоения общества по признаку финансовой обеспеченности. Наличие преимуществ у наиболее состоявшихся (в социальном и финансовом плане) классов, демонстративное пренебрежение ими социальными и правовыми нормами поведения обрекают других на поиск и легализацию путей обладания хоть какими-то благами, увеличивающими их статус в глазах других. О современных тенденциях преступной легализации материнского капитала, аферах с получением социальных пособий мы писали ранее.

Ромашов Р.А.,

доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, профессор кафедры теории права и правоохранительной деятельности Санкт-Петербургского Гуманитарного университета профсоюзов, профессор кафедры теории права и гражданско-правовых дисциплин Института экономики и права Петрозаводского государственного университета

Злоупотребление правом. Может ли право быть инструментом зла?

1. Понимание права в контексте соотношения юридического и нравственного дискурсов

Конструкция «злоупотребление правом» относится к числу широкоупотребимых в современной российской юриспруденции. В то же время, как это нередко бывает, использование того или иного словесного оборота происходит достаточно автоматически, без анализа его сущностных и содержательных особенностей. Применительно к словосочетанию «злоупотребление правом» следует выяснить для себя как минимум три ключевых момента. Во-первых, что такое зло и каким образом зло можно употреблять? Во-вторых, можно ли в принципе право употреблять во зло, а также можно ли отождествлять понятия «злоупотребление правом» и «употребление права во зло»? Наконец, в-третьих, каким образом соотносятся «злоупотребление правом» и «злоупотребление правами»?

Итак, прежде всего что такое зло и добро? Обратимся к словарям.

Добро – изначально было противопоставлено понятию худа (означало результат действия блага в противовес результату дей-

ствия зла), а в более позднее время стало употребляться как антоним понятия зла, означая намеренное, бескорыстное и искреннее стремление к осуществлению блага, полезного деяния. В житейском смысле этот термин относится ко всему, что вызывает у людей положительную оценку либо ассоциируется со счастьем, радостью, любовью тех и или иных людей, то есть становится близким релевантному понятию «хорошо».

Зло – антагонизм добра, нормативно-оценочная категория нравственного сознания, противоположная понятию «добро»; обобщенно обозначает нравственно-отрицательное и предосудительное в поступках и мотивах людей и в явлениях действительности; используется для характеристики понимания и оценки вреда, ущерба и страданий.

В широком смысле зло включает негативные состояния человека и силы, вызывающие эти состояния. В этом смысле термин «зло» относят ко всему, что получает у людей отрицательную оценку или порицается ими. Зло – это все дурное, плохое, вредное¹.

Если обобщить сказанное, получается, что добро – это то, при помощи чего отдельному человеку и человеческим объединениям становится хорошо. Соответственно, зло ассоциируется с тем, что понимается как плохое.

Интересно, что в словарях отсутствует толкование слова «злоупотребление». Что же касается «употребления чего-либо во зло», то это понимается как «использование чего-либо с дурной целью, чтобы навредить кому-либо»².

Зло и добро представляют собой социальные антиподы. Вместе с тем, нельзя говорить о том, что эти категории носят взаимоисключающий характер. «Нет худа без добра»³, «Зло во имя добра», «Не делай добра, не получишь и зла», «Не было бы счастья, да несчастье помогло», «Добро должно быть с кулаками», «Если нельзя выбирать между добром и злом, следует выбирать

¹ Современный толковый словарь русского языка / гл. ред. С.А. Кузнецов. Санкт-Петербург, 2004. С. 227.

² Там же.

³ В архаическом русском языке зло и худо являются синонимами. См.: *Даль В.И.* Толковый словарь русского языка. Современная версия. Москва, 2001. С. 282.

меньшее из зол» и т. д. — во всех перечисленных пословицах добро и зло, равно как и производные от них смысловые конструкции, выступают в качестве взаимнообуславливающих, детерминирующих друг друга. С одной стороны, зло — противоположность добра. С другой стороны, нередко можно услышать о том, что зло в отношении субъекта, творящего злодеяния, есть форма проявления и установления добра.

Использование категорий «добро» и «зло» применительно к праву в первую очередь актуализирует проблему его понимания в качестве социального регулятора.

Как правило, говоря о праве как о социальном регуляторе, мы проводим его отграничение от религии и морали. Это, безусловно, правильно. Вместе с тем, правильно и то, что наряду с юридической составляющей в любом праве независимо от его исторических и национально-культурных особенностей присутствуют религиозные (сакральные) и морально-нравственные основания. Поэтому, говоря о злоупотреблении правом, следует разграничивать понимание зла и злоупотребления в юридическом, религиозном и нравственном контекстах.

Начнем с религии. Зло в религиозном понимании есть форма выражения греха — нарушения божественных заповедей. Грех изначально присущ человеку в силу греховности самой человеческой природы. В качестве средства «компенсации» греха выступает покаяние. При этом окончательную оценку человеческой жизни с точки зрения ее соответствия либо несоответствия божественным канонам добра и справедливости дает сам Господь после завершения «земного» этапа жизненного пути, в преддверии между выбором «постоянного места загробной жизни». Применительно к религии все оценки, даваемые одними людьми в отношении других, носят субъективный характер и никоим образом не влияют на решение «высшей инстанции». «Земное (человеческое)» право, в случае если оно не исходит из религиозных догматов и не опирается на них, столь же греховно, сколь греховно человеческое поведение, а стало быть, существенного воздействия на вынесение «окончательного приговора» не оказывает. Как известно, первым жителем «Христианского Рая» был разбойник и убийца, приговоренный к смертной казни на абсолютно законных, а значит, в юридическом пони-

мании добросовестных основаниях, однако уверовавший в Бога – Иисуса Христа, раскаявшийся в совершенном зле, помилованный им и отправленный в Рай.

В нравственном понимании зло есть аналог несправедливости, ассоциируемой в русском сознании прежде всего с фактическим неравенством членов общества («русского мира»).

Русский мир (общество) коренным образом отличается от древнегреческого полиса, римского социетас, западноевропейского партнерства (корпорации). Мир (общество) представляет собой неразрывное единство отдельных русских людей, сплоченных «русским духом», в современном понимании «уникальной русской духовностью» и являющихся коллективным обладателем (но не пользователем и распорядителем) совместной собственности – «земли русской». Самое большое зло в нравственном понимании связано с разрушением единства русского мира, предпосылками которого выступают прежде всего выделение и противопоставление индивидуальных (эгоистических) интересов «общему» интересу единого и неделимого «русского мира». Не случайно в одной из популярных советских песен звучали слова: «Жила бы страна родная, и нет других забот». Право в нравственном его восприятии представляет средство установления и защиты «уравнительной» справедливости, предполагающей, что все «русские» люди должны обладать равными правами в отношении того добра, которое дарует им данная и хранимая Богом русская земля. В том случае если право такую справедливость не обеспечивает, оно начинает ассоциироваться со злом, соответственно, злоупотребление правом и употребление права во зло воспринимаются в качестве тождественных понятий (закон – что дышло: куда повернешь, туда и вышло).

В формально-юридическом контексте право есть совокупность норм (стандартов общезначимого и общеобязательного поведения), устанавливаемых и реализуемых при помощи юридических средств и методов, в рамках юридических процедур обеспечиваемых посредством юридических гарантий и санкций. В данном определении не случайно ничего не сказано о государстве, поскольку в современных условиях существенным образом меняется отношение к нему как к субъекту правотворческой и правореализационной деятельности.

Вплоть до недавнего времени право и государство рассматривались в качестве взаимнообуславливающих категорий, не могущих существовать в отрыве друг от друга. В классическом определении, воспроизводимом в многочисленных учебниках по теории государства и права, тиражировалась следующая примерная дефиниция: «Право – это совокупность общезначимых, общеобязательных норм, издаваемых от имени государства и обеспечиваемых системой государственных гарантий и санкций». Переход от ортодоксального юридического позитивизма (нормативизма) к плюралистическому правопониманию предопределил необходимость переосмысления целого ряда основополагающих понятий и принципов юриспруденции и в первую очередь обусловил отказ от монизма в понимании соотношения государства и права.

Разграничение государства и общества; государства, индивидов, частных корпораций; государства и международных организаций позволяет утверждать, что в настоящее время государство утратило монополию в области правотворчества и правоприменения. Наряду с «государственным» правом самостоятельным юридическим статусом обладают международное право и право прав человека. Все перечисленные виды права следует рассматривать в качестве самостоятельных юридических конструкций, существующих в относительной самостоятельности по отношению друг к другу. Это, в свою очередь, означает, что их взаимодействие может быть направлено как на получение добра, так и на злоупотребление.

2. Понимание злоупотребления правом в контексте типологии правопонимания

Для того чтобы перейти к рассмотрению проблемы, обозначенной в названии раздела, следует сформулировать рабочее определение понятия злоупотребления правом. Исходя из приведенного выше понимания зла, представляется возможной следующая дефиниция: *злоупотребление правом – это вид юридически значимого поведения (юридической силы) управомоченного лица, оказывающего негативное воздействие на правовое состояние (положение) субъекта права (индивидуального либо коллективного) и получающего отрицательную оценку со стороны тех, кому оно адресовано.*

Необходимо акцентировать внимание на том, что в качестве злоупотребления правом следует рассматривать не всякое правоограничивающее воздействие, а лишь то, которое характеризуется негативной оценкой (осознанием вредоносности правового воздействия), формируемой на психологическом уровне как у субъекта применения права, так и у адресата правоприменительного воздействия. Иными словами, говорить о злоупотреблении правом необходимо в том случае, когда субъект применения права осознает, что его действия направлены на причинение вредоносных последствий в отношении контрсубъекта, который, в свою очередь, понимает, что используемые в его отношении правовые средства носят негативный характер и, следовательно, ассоциируются со злом¹.

Рассматривая право в качестве средства злоупотребления, нужно прежде всего определиться с тем, о каком праве (в смысле его понимания) идет речь. Представляется, что в собственно юридическом контексте злоупотреблять можно только формальным правом, получающим свое внешнее выражение в материальных и процессуальных источниках, наделенных реальной юридической силой и обеспеченных системой юридических гарантий и санкций.

Применительно к естественному, социологическому, психологическому и тому подобным типам правопонимания следует говорить не о злоупотреблении правом, а о противоречиях (коллизиях), обусловленных различными подходами к правопониманию. При этом в конечном счете все коллизии сводятся к сопоставлению формального («действующего») права с иным, получающим фактическую юридическую силу, только в том случае, когда соответствующие правовые нормы получают формальное закрепление и юридическое обеспечение.

Понимание злоупотребления правом в качестве вида юридически значимой деятельности, осуществляемой управомоченным

¹ В ходе личной беседы автора с одним из судей «советской закалки» последний рассказал случай, связанный с вынесением смертного приговора в отношении гражданина, убившего собственную мать. Несмотря на, казалось бы, очевидную злонамеренность принятого решения, оно было воспринято с благодарностью как со стороны других родственников потерпевшей, так и со стороны самого осужденного, раскаявшегося в содеянном и воспринявшего смертный приговор в качестве меры избавления от «земных страданий».

субъектом, исключает саму возможность использования в качестве инструмента зла объективного права, которое, будучи независимым в своем структурно-содержательном воплощении от воли каких бы то ни было субъектов социальных отношений, само по себе не способно ни на совершение добра, ни на причинение зла¹.

Объективное право в своем существовании подобно другим объективным законам, которые можно открывать, учитывать в процессе человеческой жизнедеятельности, но нельзя изменять и уж тем более подчинять субъективной воле.

Безусловно, социальная природа объективного права, равно как и других социальных регуляторов (религии, морали), основана на естественном стремлении людей к добру, хотя понимание как самого добра, так и средств его достижения в немалой степени зависит от представлений о добре и зле со стороны конкретного субъекта, который своими юридически значимыми деяниями в равной степени способен творить добро и причинять зло по отношению к субъектам, вовлеченным в сферу его юридической силы. Таким образом, можно сделать вывод о том, что злоупотреблять можно не правом в целом в силу его объективной природы, а правомочиями и долженствованиями – правами, которыми субъект наделен в соответствии со своим правовым статусом².

3. Злоупотребление материальным и процессуальным правом

Рассмотрение в качестве объекта злоупотребления субъективного права, а точнее субъективных прав, предопределяет необходимость разграничения злоупотреблений в сфере материального и процессуального права³.

Материальное право представляет собой смоделированные стандарты возможного, должного, недопустимого поведения в соответствующих отраслевых областях правового регулирования.

Анализ отраслевых кодексов показывает, что само слово «злоупотребление» наиболее часто используется в Уголовном

¹ См.: *Аболонин В.* Действительно ли злоупотребление правом – это употребление права во «зло»? // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 2. С. 2–5.

² См.: *Колумбаева А.А.* Реализация права и проблема злоупотребления субъективным правом // Юридические науки. 2010. № 6. С. 27–31.

³ См.: *Васильева С.А.* Проблема злоупотребления материальными и процессуальными правами: понятие и признаки злоупотребления правом // Экономика и право. 2013. № 2 (36). С. 52–57.

кодексе Российской Федерации (далее – УК РФ). В качестве примера приведем названия ряда статей: ст. 185 «Злоупотребления при эмиссии ценных бумаг», ст. 201 «Злоупотребление полномочиями», ст. 201.1 «Злоупотребление полномочиями при выполнении государственного оборонного заказа», ст. 202 «Злоупотребление полномочиями частными нотариусами и аудиторами», ст. 285 «Злоупотребление должностными полномочиями» и др.

В Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях упоминание о злоупотреблении встречается лишь единожды. Статья 14.31 закрепляет ответственность за злоупотребление доминирующим положением на товарном рынке.

В гражданском, семейном, трудовом кодексах Российской Федерации слово «злоупотребление» в названии статей не используется.

Большой юридический словарь содержит информацию о таких понятиях, как «злоупотребление властью», «злоупотребление гражданским правом», «злоупотребление должностными полномочиями», «злоупотребление полномочиями», «злоупотребление при выпуске ценных бумаг (эмиссии)»¹. Причем отмечается, что злоупотребление властью как вид должностных преступлений в настоящее время утратило юридическую силу. Что же касается злоупотребления гражданскими (равно как и трудовыми, избирательными, семейными) правами, то данный вид юридических деликтов не получил своего материального (законодательного) воплощения и, таким образом, может рассматриваться только как некий образный аналог, но не как нормативно-правовая конструкция².

Применительно к УК РФ сопоставление названий статей, содержащих слово «злоупотребление», равно как и иные производные от слова «зло» (к примеру, ст. 177 «Злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности», ст. 330.1 «Злостное уклонение от исполнения обязанностей, определенных законодательством Российской Федерации о некоммерческих организаци-

¹ См.: Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. Москва, 1999. С. 228–229.

² См.: *Шайо А.* Злоупотребление основными правами, или Парадоксы преднамеренности // Сравнительное конституционное обозрение. 2008. № 2 (63). С. 162–182.

ях, выполняющих функции иностранного агента» и др.), позволяет говорить о том, что законодатель достаточно произвольно оперирует терминами, особо не озабочиваясь их смысловым значением. Наряду со злоупотреблением полномочиями в УК РФ указывается на их превышение (ст. 203 «Превышение полномочий частным детективом или работником частной охранной организации, имеющим удостоверение частного охранника, при выполнении ими своих должностных обязанностей»), присвоение (ст. 288 «Присвоение полномочий должностного лица»), неисполнение (ст. 286.1 «Неисполнение сотрудником органа внутренних дел приказа»). При этом достаточно сложно понять, в чем конкретно заключается содержательное отличие злоупотребления полномочиями от, к примеру, присвоения либо превышения. Сравним диспозиции ст. 285 «Злоупотребление должностными полномочиями», 288 «Присвоение полномочий должностного лица» и 286 «Превышение должностных полномочий» УК РФ.

Статья 285 определяет: «использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние... повлекло существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций...». Читаем ст. 288: «...совершение им (государственным или муниципальным служащим. – **Р.Р.**) действий, которые повлекли существенное нарушение прав и законных интересов граждан и организаций...». По сути своей рассмотренные статьи носят дублирующий характер. При этом и в той и в другой статьях злоупотребление представляет собой «существенное нарушение прав и законных интересов граждан и организаций». То же самое можно сказать о диспозиции ст. 286, содержащей практически ту же самую формулировку: «совершение должностным лицом действий... повлекших существенное нарушение прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства». Получается, что законодатель осознанно либо бессознательно повторяет одни и те же положения, меняя лишь названия статей, что само по себе вызывает вопрос по меньшей мере о целесообразности и эффективности подобного подхода к созданию одного из важнейших российских законов.

Подводя промежуточный итог, следует констатировать, что использование в нормативных актах терминов «злоупотребле-

ние», «злонамеренный», «злостный» представляет собой юридико-технический анахронизм, замена которого собственно юридическими категориями будет способствовать текстуальной оптимизации соответствующих нормативных правовых актов и усилению эффективности их применения в практических ситуациях.

В отличие от материального права, нормы которого моделируют поведенческие стандарты и носят гипотетический характер, в процессуальной сфере правового регулирования случаи злоупотребления субъективными правами должностных лиц, осуществляющих правоприменительную деятельность, к сожалению, не только являются реальной проблемой, но и представляют собой широкомасштабную практику юридической деятельности, наглядно проявляющуюся прежде всего в сферах уголовного преследования, уголовного правосудия, а также в системе исполнения уголовных наказаний.

Применительно к процессуальным правоприменительным отношениям в реальности можно говорить о пагубной практике злоупотребления субъективными правами со стороны субъектов правоприменительной деятельности.

В современном российском уголовно-процессуальном праве наибольшее количество злоупотреблений приходится на сферу применения такой обеспечительной меры, как помещение подозреваемого или обвиняемого под стражу и его содержание в следственном изоляторе.

Статья 108 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) «Заключение под стражу» гласит: «Заключение под стражу в качестве меры пресечения применяется по судебному решению... при наличии одного из следующих обстоятельств:

- 1) подозреваемый или обвиняемый не имеет постоянного места жительства на территории Российской Федерации;
- 2) его личность не установлена;
- 3) им нарушена ранее избранная мера пресечения;
- 4) он скрылся от органов предварительного расследования или от суда».

Однако зачастую субъекты процессуального правоприменения принимают соответствующее решение, руководствуясь не нормативными установками, а некоей иной целесообразностью, в

том числе стремлением «сломать» волю заключенного и обеспечить режим «наибольшего благоприствования» для следствия и судопроизводства, осуществляемых в рамках «обвинительного уклона».

Из названного злоупотребления вытекает еще одно – неограниченное по времени продление сроков содержания в СИЗО. Закрепление на законодательном уровне «разумных сроков» уголовного судопроизводства (ст. 6.1 УПК РФ), равно как и нормативное закрепление первоначального 2-месячного срока содержания с возможностью его продления до 6 месяцев и далее не более 18 месяцев (ст. 109 УПК РФ), вместе с тем, предполагает задействие такой процессуальной стадии, как ознакомление с материалами дела, не ограниченной жесткими процессуальными сроками и позволяющей содержать за решеткой невиновных (в смысле действующей презумпции невиновности людей) практически неограниченное время.

Представляется, что в качестве средства предотвращения этих и подобных им злоупотреблений процессуальными правами следует использовать метод «абсолютной конкретизации» диспозиций процессуальных норм, а также конструирования реальных механизмов юридической ответственности в отношении субъектов, эти нормы нарушающих и тем самым злоупотребляющих своими процессуальными правами¹. Вместе с тем, приходится признать, что эффективность запретительных мер в отношении процессуальных злоупотреблений в настоящее время находится на достаточно низком уровне².

Так, в рамках резонансного уголовного дела журналиста Ивана Голунова, обвиненного в попытке сбыта наркотиков, были допущены многочисленные нарушения при аресте и следствии. Многие СМИ и публичные персоны, как и сам журналист, посчитали уголовное дело мстью за его расследования. 11 июня 2019 года, через 5 дней после ареста, Министерство внутренних

¹ См.: Юдин А.В. Предотвращение злоупотреблений процессуальными правами // Законность. 2009. № 5. С. 42–44.

² См.: Волков А.В. Соотношение запрета на злоупотребление правом с пограничными институтами права // Право и государство: теория и практика. 2008. № 6 (42). С. 69–73.

дел Российской Федерации сняло обвинения и освободило И. Голунова из-за отсутствия доказательств его вины. При этом фактически без каких бы то ни было юридических последствий были оставлены обстоятельства возбуждения дела, проведения оперативно-разыскных мероприятий и следственных действий, санкционированных как прокуратурой, так и судебными органами¹. А ведь в тексте действующего УК РФ существуют ст. 299 «Привлечение заведомо невиновного к уголовной ответственности или незаконное возбуждение уголовного дела» и ст. 303 «Фальсификация доказательств и результатов оперативно-розыскной деятельности», однако никакой информации о привлечении по этим статьям должностных лиц, злоупотребивших своими процессуальными правами, в СМИ обнаружить не удалось.

Таким образом, можно и нужно говорить о том, что современное российское процессуальное право (и прежде всего такие его отрасли, как уголовно-процессуальная и административно-процессуальная) предоставляет управомоченным лицам достаточно широкие возможности для различного рода злоупотреблений. Однако, говоря об этих злоупотреблениях, следует помнить, что в качестве инструмента зла выступает не право как таковое и даже не субъективные правомочия должностных лиц, а выражение ими собственных волевых установок, обличенных в юридические формы, но противоправных по своей сути.

Право не может быть инструментом зла. Зло – продукт недобросовестной человеческой деятельности, на ограничение и пресечение которой направлено право, впрочем, как и все другие системы социального регулирования.

¹ См.: Дело Ивана Голунова: какие вопросы остались после освобождения журналиста? URL: <https://www.rbc.ru/society/12/06/2019/5cffbe399a7947f9b48cd75b> (дата обращения: 20.07.2019).

Салтыков К.Г.,

*кандидат юридических наук, доцент,
начальник кафедры государственно-пра-
вовых дисциплин Дальневосточного юри-
дического института МВД России*

Перспективы использования термина «кверулянт» для обозначения субъекта злоупотребления правом граждан на обращения

Правомочия граждан Российской Федерации на личное обращение и на направление индивидуальных и коллективных обращений в государственные органы и органы местного самоуправления как составные части права на обращения являются основой обеспечения доступа к информации о деятельности органов власти и находят закрепление в ст. 33 Конституции Российской Федерации.

Широкое использование гражданами права на обращения обусловило не только пристальное практическое внимание к его реализации, находящее объективацию в форме надзора и контроля, но и значительный когнитивный интерес теоретиков, указывающих на необходимость подробного исследования историко-правовых, законодательных и лингвоюридических особенностей нормативного правового закрепления и реализации права граждан на обращения.

Сложно переоценить значение точного исполнения законодательства, регламентирующего порядок обращения граждан в государственные органы и органы местного самоуправления, ибо незначительное отступление от нормативных предписаний в рассматриваемой сфере влечет безнаказанность, итерацию правонарушений и, как следствие, понижение уровня доверия государству со стороны населения.

В научной литературе справедливо отмечается, что «разработка эффективных механизмов реализации прав и свобод человека и гражданина занимает особое место в отечественной юридической

науке»¹. В контексте такого подхода конституционное закрепление неотъемлемого права каждого на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления не только позволяет обеспечить надлежащий уровень охраны прав и свобод граждан, но и способствует формированию правовых основ общественного контроля в отношении государственных и муниципальных структур, побуждающего их «разговаривать с обществом не на командном жаргоне, а на современном языке сотрудничества, языке общественной заинтересованности, диалога и реальной демократии»² и во многом оптимизировать собственную деятельность.

Регулированию общественных отношений, связанных с осуществлением права граждан на обращения, посвящен Федеральный закон «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации», положения которого детализируются и уточняются в многочисленных подзаконных актах, принимаемых с учетом специфики различных служб и ведомств³. Кроме того, нарушение установленного порядка рассмотрения обращений граждан и их объединений должностными лицами организаций, на которые возложено осуществление публично значимых функций, является причиной привлечения к административной ответственности.

Вместе с этим, по причине исключительной сложности требований времени к общественным отношениям последние не могут быть охвачены нормативными правовыми предписаниями сразу и во всех подробностях. Многообразие сферы социальной жизни не позволяет предусмотреть все оттенки ее проявления, связанные с правовыми последствиями⁴.

¹ Васильев П.В. О некоторых перспективах использования автоматических санкций в уголовном судопроизводстве // Адвокат. 2016. № 3. С. 58.

² Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию Российской Федерации. 25 апреля 2005 года. URL: <http://www.kremlin.ru> (дата обращения: 20.07.2019).

³ О реализации Федерального закона от 2 мая 2006 года № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»: приказ Минобрнауки Российской Федерации от 7 декабря 2006 года № 305. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 10.05.2019); О мерах по реализации в Вооруженных Силах Российской Федерации Федерального закона от 2 мая 2006 года № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»: приказ Министра обороны Российской Федерации от 18 августа 2014 года № 555. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 20.05.2019).

⁴ См.: Лазарев В.В. Пробелы в праве и пути их устранения. Москва, 1974. С. 17.

В области юридической науки это приводит к расширению дискурсно-семантического пространства, которое коррелирует с разнообразными потребностями нынешнего исторического периода. Обсуждение многообразных проблем, нахождение для них четких определений и терминов, сопоставление различных точек зрения в целях обретения новых характеристик спорных вопросов нередко способствует освоению специальной лексики различных областей знания и включению ее в систему юридического языка, выступающего в качестве рецептора. Происходит лексико-семантическое усвоение языком права заимствуемых слов как проявление исторической тенденции к единству и синтезу научного знания, интеграция которого на современном этапе обеспечивается путем переноса идей и представлений из одной области науки в другую.

Однако в такой ситуации невозможно не обратить внимание на имеющееся противоречие между дифференциацией и интеграцией науки, одно из проявлений которого возможно представить на примере термина «кверулянт», который все чаще используется авторами научных работ в области юриспруденции (И.И. Голубов¹, С.П. Степкин² и др.).

Правовая интерпретация кверулянтства была представлена в одном из постановлений Европейского Суда по правам человека: «деятельность, выражающаяся в борьбе за свои права и ущемленные интересы, против мелких, иногда мнимых обид»³.

Таким образом, на основании контент-анализа ряда научных статей и комментариев законодательства, а также учитывая использование термина «кверулянт» в тексте судебных актов, у читателя может сложиться представление о положительном характере перспектив использования данной лексики для обозначения субъекта злоупотребления правом граждан на обращения. Между тем с меди-

¹ См.: Голубов И.И. К вопросу о преимуществе дознания над частным обвинением // Российский судья. 2016. № 5. С. 27–33.

² См.: Степкин С.П. Проблемы злоупотребления правом при реализации права граждан на обращения // Российский юридический журнал. 2019. № 1. С. 54–59.

³ Дело «Прошкин (Proshkin) против Российской Федерации» (Жалоба № 28869/03): постановление Европейского Суда по правам человека от 7 февраля 2012 года // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2012. № 11.

цинской точки зрения кверулянты — это душевнобольные и психопатические личности, охваченные идеями правового ущерба и юридической несправедливости, нередко страдающие бредом преследования. «Бредовые идеи обыкновенно ограничиваются кругом представлений, связанных с судебными переживаниями, имеют наклонность вовлекать в сферу бредового истолкования все, что хотя бы самым отдаленным образом имеет отношение к судебному делу. Галлюцинации отсутствуют, но нередко ложные воспоминания, являющиеся одним из источников бредовых идей»¹.

Не случайно в приказе Министерства здравоохранения СССР (Минздрава СССР) от 16 января 1964 года № 20 «Об утверждении Положения о лечебно-производственных (трудовых) мастерских при психоневрологических и психиатрических учреждениях», а также в приказе Минздрава СССР от 30 апреля 1959 года № 225 «О мероприятиях по дальнейшему развитию трудовой терапии в психоневрологических и психиатрических лечебных учреждениях», запрещавших направление кверулянтов в лечебно-производственные (трудовые) мастерские, рассматриваемый термин использовался исключительно в медицинском значении наряду с терминами «психопат», «сексуальные перверзии», «соматические заболевания» и др.

Из этого следует, что термин «кверулянт» является специфической единицей медицинского языка, настолько тесно связанной с такими понятиями психиатрии, как «бред», «паранойя», «маниакально-депрессивный психоз» и «психогении», что его употребление в юридическом тексте для обозначения субъекта злоупотребления правом граждан на обращения представляется весьма затруднительным.

Происходящая интеграция термина «кверулянт» в юридический язык не согласуется с совершенной строгостью в разграничении и фиксировании понятий, описанной Вильгельмом фон Гумбольдтом применительно к сложным знаковым системам².

С другой стороны, как отмечает Н.Б. Гвишиани, научной терминологии присущи конвенциональность и подверженность

¹ Большая медицинская энциклопедия. URL: <http://bigmeden.ru/article/Кверулянты> (дата обращения: 08.04.2019).

² См.: Гумбольдт В. Язык и философия культуры. Москва, 1985. С. 187.

субъективной оценке в процессе ее использования¹. Поэтому, оценивая причины и перспективы интеграции термина «кверулянт» в юридический язык для обозначения субъекта злоупотребления правом граждан на обращения, необходимо опираться на позицию Б.Н. Головиной и Р.Ю. Кобрин, указывающих, что «термин любой отрасли знания выражает специальное профессиональное понятие, если он употреблен в условиях специальной профессиональной коммуникации: в письменных текстах или в устной речи специалистов», в других случаях «термин выражает бытовое понятие, или общее представление»².

Следовательно, авторы научных работ, посвященных различным правовым вопросам (например, как А.Б. Зеленцов и О.А. Ястребов³), в большинстве случаев не выступающие в роли специалистов в области медицины, используют термин «кверулянт» не для обозначения специального профессионального понятия, а для передачи общих представлений об образе жалобщика вообще.

В заключение отметим, что семантическое пространство юридического дискурса тесным образом связано с многогранной социальной реальностью, отражаемой в дефинициях и терминах, интерпретируемых с различных полемических научных позиций. Возможно, в таких условиях терминологические новации, подобные использованию медицинского термина «кверулянт» для обозначения субъекта злоупотребления правом граждан на обращения, будут способствовать качественному креативному воздействию на коммуникабельный потенциал юридического языка. Однако не следует забывать и о словах К.П. Победоносцева, предупреждавшего об опасности ситуации, при которой «под старые термины подкладывается смысл, взятый из враждебной им и совсем неподходящей сферы понятий, и в одной мысли объединяются несовместимые противоречия»⁴.

¹ См.: Гвишиани Н.Б. Язык научного общения (вопросы методологии). Москва, 1986.

² Головина Б.Н., Кобрин Р.Ю. Лингвистические основы учения о терминах. Москва, 1987. С. 40.

³ См.: Зеленцов А.Б., Ястребов О.А. Судебное административное право: учебник для студентов вузов, обучающихся по специальности «Юриспруденция». Москва, 2017.

⁴ Архимандрит Федор: pro et contra. Санкт-Петербург, 1997. С. 523.

Санинский Р.А.,

*кандидат юридических наук, доцент,
председатель Арбитражного суда Ни-
жегородской области, доцент кафедры
уголовного права Приволжского филиала
Российского государственного универси-
тета правосудия*

Теневая экономика как форма злоупотребления правом

Говоря о теневой экономике как о форме злоупотребления правом, необходимо определиться не только с соответствующим понятийным инструментарием, но и с его взаимообусловленными связями. Вызвано это тем, что теневая экономика – это экономико-правовое явление, уходящее своими корнями в далекую историю.

Полагаем, что ее предпосылкой (а может, даже одной из основных причин) стало возникновение государства и права. Обусловлено это признаками государства, а также его внутренними функциями (социальной, политической, экономической, правоохранительной и т. д.). Наличие обособленной территории, власти меньшинства над большинством, развитие налоговой и правовой систем, обеспечение суверенитета диктуют условия и для развития экономической деятельности. В частности, это касается установления единых правил ее осуществления, обременения налогами и сборами, что снижает прибыльность, то есть экономическую привлекательность легальной экономики. Это и становится детерминантой перехода в тень. Причем сопутствует этому несовершенная система права.

В целом теневая экономика является противоправной формой поведения, а в ряде случаев – даже преступной. Вышеизложенное предполагает выделение не только экономических, но и юридических ее характеристик. Их поиском озадачены как отдельные государства, так и все мировое цивилизованное сообще-

ство. Например, Организация Объединенных Наций признает теневую экономику в качестве очень опасного деструктивного явления¹.

В российском правовом поле теневая экономика отождествляется с неучтенной деятельностью, включенной в легально осуществляемые экономические процессы². По мнению законодателя, ее целью является занижение реальных объемов для снижения выставляемых со стороны государства финансовых обременений. С нашей точки зрения, не согласиться с такой позицией, конечно же, нельзя, но и идеализировать нецелесообразно. Обусловлено это следующим.

Во-первых, недекларирование полного объема произведенных товаров или оказанных услуг – это не самоцель нелегальной экономики, а сопутствующая ее разновидность, способствующая достижению желаемого результата.

Во-вторых, предложенный в основных методологических положениях алгоритм ее оценки существенно сужает реальные масштабы теневой экономической деятельности, оставляя за границами сугубо криминальный ее сектор.

В-третьих, неформальная экономика – это экономика, осуществляемая на легитимной основе путем злоупотребления правом.

Законодательная неопределенность как в границах, так и в признаках рассматриваемого явления порождает дискуссии среди представителей научного сообщества (экономических и юридических наук).

Начать, конечно же, нужно с демонстрации сухих цифр, характеризующих масштабы теневой экономики в России и в мире.

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций против коррупции (принята в г. Нью-Йорке 31 октября 2003 года резолюцией 58/4 на 51-м пленарном заседании 58-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 26, ст. 2780; Международная конвенция о борьбе с финансированием терроризма (заклочена в г. Нью-Йорке 9 декабря 1999 года) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 5.

² Об утверждении «Основных методологических положений по оценке скрытой (неформальной) экономики»: постановление Государственного комитета Российской Федерации по статистике от 31 января 1998 года № 7. URL: <http://base.garant.ru/1576194/> (дата обращения: 13.03.2019).

По мнению экспертов, в 2018 году Россия заняла четвертое место среди крупнейших теневых экономик мира, объем ее нелегальной экономики составил порядка 33,6 трлн рублей, что соизмеримо с 40% валового внутреннего продукта (ВВП) государства¹. Объем мировой нелегальной экономики – более 39 трлн долларов США, что превышает 33% мирового ВВП². Цифры, конечно же, говорят сами за себя. Одной из причин таких ее масштабов в России является имеющаяся возможность злоупотребления правом, что делает незаконную экономическую деятельность привлекательной. В этой связи подтверждение ее объемов видится в размерах неуплаченных налогов и вывода капитала за рубеж³. Обусловлено это наличием проблем в доказывании признаков налоговых преступлений.

Мы не можем не затронуть и экономические функции нелегальной экономики. Ошибочно говорить об ее исключительно отрицательном влиянии. По мнению ряда ученых, в ней есть и позитив, выражающийся в сглаживании нестабильных условий развития предпринимательства. То есть она в некоторой степени нормализует развитие экономики и особенно секторов, четко не урегулированных правом⁴.

Изложенное позволяет поставить вопрос об определении правовых характеристик нелегальной экономики. Правильно ли утверждение, что она находится исключительно за рамками правового поля, как считают некоторые из ученых⁵? С нашей точки зрения, представленная позиция отчасти оспорима, так как воз-

¹ Россия вошла в пятерку стран с крупнейшей теневой экономикой. URL: <https://www.rbc.ru/economics/30/06/2017/595649079a79470e968e7bff> (дата обращения: 10.04.2019).

² См.: Исследование: объем теневой экономики в мире превысил 33%. URL: <https://www.kommersant.ru/doc/3155454> (дата обращения: 17.04.2019).

³ См.: *Кашикаров А.* «Черная дыра». Развитие теневой экономики в мире // Эксперт. 2000. № 12 (223).

⁴ См.: *Косалс Л.Я., Рывкина Р.В.* Становление институтов теневой экономики в постсоветской России // Социс. 2002. № 4. С. 13–21.

⁵ См.: *Исправников О.В., Куликов В.В.* Теневая экономика в России: Иной путь и третья сила. Москва, 1997. С. 19–20; *Попов Ю.Н., Тарасов М.Е.* Теневая экономика в системе рыночного хозяйства: учебник. Москва, 2005. С. 50; *Экономика и право. Теневая экономика: учебное пособие для студентов вузов / под ред. Н.Д. Эриашвили, Н.В. Артемьева.* Москва, 2008. С. 329.

можно такая деятельность в рамках правового поля, но с последующим искажением ее результатов.

Все это свидетельствует о том, что теневая экономика – это собирательное понятие, включающее в себя значительный комплекс экономических и юридических характеристик, которые напрямую зависят от уровня их нормативного правового регулирования. И здесь встает вопрос о злоупотреблении правом, представляющем использование приемов, запрещенных либо не урегулированных им, нацеленных на нарушение защищаемого законом интереса. В нашем исследовании это интересы экономического толка.

Учитывая активное развитие экономики, мы можем констатировать, что современное правовое поле запаздывает в области регулирования новых или существенно видоизменяющихся экономических сфер деятельности. В связи с этим необходимо поднять еще одну проблему, в рамках которой остановиться на формах злоупотребления правом, способствующих развитию нелегальной экономической деятельности, именуемых как теневое право. Вытекает это из того, что теневое право способствует росту теневой экономики. Именно оно делает ее привлекательной. Эти две научные категории имеют точки соприкосновения, что предполагает разработку комплексного подхода для снижения их влияния на экономику.

Теневое право как форма злоупотребления правом имеет различные доктринальные трактовки. Обосновывается это отсутствием общепризнанной точки зрения на его содержание. В целом же, определяя его как антипод официального права¹, мы устанавливаем методологическое сходство с одной из характеристик теневой экономики, то есть фактически говорим об инструменте регулирования общественных отношений, находящихся за рамками легитимных регуляторов. В этой связи мы видим еще одно сходство рассматриваемых в статье экономических и юридических категорий – их цели, существенно отличающиеся от целей государства в развитии экономики и права. Оба направления являются, с одной стороны, дорегуляторами, а с другой – дерегу-

¹ См.: Калинин А.Ю. Теневое право с позиций структурно-функционального подхода // Юридическая наука. 2011. № 4. С. 16–20.

ляторами общественных¹ и экономических отношений, что дает основание придавать им определенный уровень полезности и вредности. Выделяемые нами точки соприкосновения не являются исчерпывающими, но, по нашему мнению, наиболее показательно демонстрируют взаимозависимость теневой экономики и теневого права. Учитывая, что нелегальные правовые регуляторы нацелены на злоупотребление правом, в том числе и в экономической сфере, полагаем невозможным повышение качества противодействия нелегальной экономической деятельности без существенного сужения теневого правового регулирования.

¹ См.: *Баранов В.М.* Теневое право: монография. Нижний Новгород, 2002. С. 11.

Скоробогатов А.В.,

доктор исторических наук, доцент, профессор кафедры теории государства и права и публично-правовых дисциплин Казанского инновационного университета имени В.Г. Тимирязова (ИЭУП);

Краснов А.В.,

кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры теории и истории права и государства Казанского филиала Российского государственного университета правосудия

Злоупотребление правом: феноменологический подход

Злоупотребление правом представляет собой актуальную и одновременно дискуссионную тему. Неопределенность этого явления и соответствующей категории в законодательстве и правовой доктрине обуславливает не только осложнение правоприменительной практики, но и его профилактику в общественных отношениях¹. По нашему мнению, исследователями этой проблемы недостаточно внимания уделялось феноменологическим аспектам злоупотребления правом.

Семантически категория «злоупотребление правом» определяется соотношением смысла понятий «зло», «употребление» и «право» в правовой реальности. Онтологически «зло» можно определить как причинение вреда. Феноменологически «зло» является деянием, направленным на повреждение или на разрушение определенной полезной, естественной или социальной системы для отдельного человека, социальной группы и (или) общества. «Употребление» феноменологически выступает в качестве использования. Это позволяет определить категорию «злоупо-

¹ См.: Бармина О.Н. Злоупотребление правом как общеправовая категория: теоретико-правовой анализ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2015.

требление» как использование чего-либо, направленное на причинение вреда другому.

«Право» в данном случае наиболее целесообразно рассмотреть в контексте феноменолого-антропологической интерпретации правовой реальности как совокупность правил поведения, сформировавшихся в процессе правового взаимодействия¹ субъектов и направленных на достижение бесконфликтного сосуществования в определенном сообществе (группе, обществе). Кроме того, по содержанию предполагается, что указанные правила сформировались как явление субъективно-объективного порядка, сочетая индивидуальные акты поведения с их объективацией в определенных социальных средах. Право в целом социокультурно детерминировано и в этом плане, в том числе обусловливается содержательно преобладающими в социуме ценностными ориентациями. Позитивное право, в свою очередь, даже в случае его конструирования государством² без учета социальных интересов выступает лишь в качестве одной из регулятивных систем, содержащих нормы права. С одной стороны, правовое поведение человека направлено на удовлетворение собственных интересов; с другой – социальный характер правового взаимодействия определяет, что в этом процессе индивид соотносит свои действия с интересами других лиц.

Норма права в обозначенном нами контексте может быть выражением не только позитивного, но и неписаного (обычного, социального) права, которое, в свою очередь, не имеет той степени определенности и формализованности, как юридическая норма. Однако, по нашему мнению, в этом случае критерием злоупотребления могут выступать соответствующие правовые ценности³ (например, коллективизм и запрет на излишнюю реализацию своих возможностей за счет окружающих лиц и их интересов).

В литературе высказывалось мнение о том, что злоупотребление правом заключается в нарушении целей, ради которых

¹ См.: *Панченко В.Ю.* Правовое взаимодействие как вид социального взаимодействия. Москва, 2016.

² *Честнов И.Л.* Постклассическая теория права. Санкт-Петербург, 2012. С. 87–10.

³ О понимании правовых ценностей см.: *Краснов А.В., Скоробогатов А.В.* Ценность в России: теоретико-правовой и ретроспективный анализ // *Genesis: исторические исследования.* 2017. № 3. С. 126–143.

предоставлялось субъективное право¹. С нашей точки зрения, цели предоставления субъективного права не всегда закрепляются в юридических нормах; тем более они не формулируются напрямую в нормах неписаного права. Отметим, что в любом случае осуществление субъективного права должно коррелировать с правовыми ценностями, тем самым удовлетворение своих интересов без каких-либо правовых отклонений будет выдерживаться.

Исходя из вышесказанного, злоупотребление правом можно определить как особый вид правового поведения человека, который заключается в деяниях индивида по удовлетворению своих непротивоправных интересов способами, формально соответствующими юридической норме и в отдельных случаях основанными на неписаных правилах, но наносящими или потенциально способными нанести ущерб (убытки, вред) отдельной личности, социальной группе, обществу, государству и посягающими на преобладающие в социуме правовые ценности. При этом причиненный вред может относиться как непосредственно к участнику правового взаимодействия, так и к третьим лицам, а в некоторых случаях – ко всему обществу. Отметим, что злоупотребление правом происходит в форме как действия, так и бездействия. В последнем случае субъект намеренно не реализует определенные обязанности, обусловленные его правовым взаимодействием с другими лицами, объясняя это необходимостью реализации и (или) защиты субъективного права или юридической свободы (например, при непредоставлении сервитута).

Оговоримся, что следует различать указанные нами непротивоправные интересы и так называемые законные (охраняемые законом) интересы. Последние представляют собой конструкцию позитивно-правового характера. Как правило, их принято рассматривать как интересы, основанные на юридических нормах². В рамках нашей статьи речь идет о любых интересах, которые не противоречат требованиям норм права.

Поскольку правовое поведение в равной степени включает в себя деяния субъектов, как соответствующие юридическим нор-

¹ См.: *Фаткуллин Ф.Ф.* Теория государства и права. Казань, 2009. С. 250.

² См.: *Субочев В.В.* Законные интересы / под ред. А.В. Малько. Москва, 2008. С. 16.

мам¹, так и выходящие за их пределы, то злоупотребление правом можно рассматривать дихотомично. Как и любое правовое поведение, с объективной стороны злоупотребление правом – система деяния и его результатов, имеющих причинные связи. С одной стороны, злоупотребление правом выступает особым видом правового поведения, при котором сами по себе деяния субъекта правоотношений в процессе реализации своих интересов соответствуют юридической норме (непротивоправны), но при этом причиняют вред другим субъектам (то есть приобретают элемент противоправности в отношении юридически значимых последствий деяния). В таких случаях злоупотребление правом может быть представлено либо как условно правомерное поведение, либо как вид отклонения от требований юридических норм, не включающий все элементы состава правонарушения (отсутствует прямая противоправность самого деяния). Субъект может ссылаться на использование своих возможностей на базе неписаной нормы, однако они не будут учтены в случае правового конфликта и обращения в юрисдикционные органы. В этом случае критерием отнесения поведения к злоупотреблению правом будет выступать нарушение правовых ценностей.

С другой стороны, это может быть деяние, содержащее в себе все элементы юридического состава правонарушения и закреплённое в действующем законодательстве, а следовательно, являющееся специфичным видом правонарушений. В этом случае речь идет о нарушении юридических норм, то есть прямой противоправности.

Злоупотребление правом тесно связано с реализацией субъективных прав в процессе правового взаимодействия², а также с осуществлением принадлежащего лицу субъективного права, при котором оно выходит за установленные юридической нормой пределы при удовлетворении своих интересов, порой ссылаясь на сложившиеся в социуме нормы неписаного

¹ *Скоробогатов А.В., Краснов А.В.* Правовое поведение как феномен правовой реальности // Правовая культура. 2017. № 1 (28). С. 25–35.

² См.: *Толстик В.А., Куманеев В.В.* К вопросу о злоупотреблении правом // Государственная власть и местное самоуправление. 2001. № 3. С. 45–48; *Малиновский А.А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва, 2007.

права. Однако при этом субъект все же посягает на преобладающие правовые ценности, тем самым нивелируя содержание неписаного права. Поэтому злоупотребление правом может иметь место лишь в том случае, когда уполномоченный субъект наделен определенными субъективными правами, формализованными в юридических нормах, при осуществлении которых он нарушает права и интересы других лиц и посягает на правовые ценности.

Характер злоупотребления зависит от роли субъекта в правовой коммуникации¹. При горизонтальном характере правовой коммуникации, предполагающей равноправие субъектов, злоупотребление в большей степени носит социальный характер и наносит вред интересам группы (реальной или номинальной) и (или) общества. В случае вертикальной, иерархичной коммуникации, когда адресант выше по статусу и (или) выполняемой социальной роли, чем адресат, злоупотребление затрагивает прежде всего индивидуальные интересы последнего.

Содержание категории «злоупотребление правом» раскрывается через признаки:

- социальная значимость (всегда происходит в процессе правового взаимодействия и влияет на поведение не только адресата, но и сообщества, членом которого он является);

- психологическая характеристика (хотя и находится под контролем сознания и воли лица, зачастую обусловлено эмоциональной составляющей);

- способность вызывать правовые последствия, которые при признании конкретного случая злоупотребления правом противоправным влекут за собой негативные правовые последствия, в том числе наступление юридической ответственности;

- динамический признак (только конкретный сознательно волевой поступок (действие или бездействие) субъекта в сфере правового регулирования любых отношений может оцениваться с точки зрения права как злоупотребление правом);

- ценностный признак (действия субъекта при удовлетворении индивидуальных интересов, которые могут рассматриваться

¹ См.: Поляков А.В. Коммуникативное правопонимание: избранные труды. Санкт-Петербург, 2014.

как злоупотребление правом, определяются господствующей системой правовых ценностей, определяющей отношение человека к правовой реальности и установку на совершение действий в процессе правовой коммуникации);

- ситуативный признак (действия субъекта, определяемые в качестве злоупотребления правом, зависят от конкретных обстоятельств и характера правовой коммуникации, определяемой целеполаганием субъекта и возможностью ее использования для удовлетворения своих интересов с максимальной эффективностью при минимальных затратах);

- субъективный признак (те или иные действия воспринимаются субъектом в качестве злоупотребления правом в соответствии с индивидуальным и социальным правовым опытом и не имеют универсального значения). Во-первых, индивид, как правило, не рассматривает собственные деяния как злоупотребление правом. Во-вторых, он может апеллировать к содержанию норм неписаного права. В-третьих, признание злоупотреблением правом поведения других субъектов зависит от того, насколько они в своих действиях затронули, в том числе нарушили интересы данного человека;

- возможность неюридического правового регулирования посредством норм неписаного права (в этом случае решение вопроса о выходе за пределы регулирования сильно осложнено ввиду отсутствия формализации и определенности правил поведения, однако оно возможно путем исследования поведения с позиций устоявшихся в обществе правовых ценностей).

Кроме того, в случае злоупотребления исключительно позитивным правом данная категория, наряду с вышеизложенными, обладает дополнительными признаками:

- юридический признак, сущность которого заключается в наличии определенных юридических средств регламентации злоупотребления правом (характерно для ситуаций, когда злоупотребление правом рассматривается в юридической норме как состав правонарушения);

- юридино-технический признак, который заключается в наличии соответствующих правовых средств механизма юридического регулирования, в частности субъективного права, адресованного субъекту, его границ и способов осуществления.

Таким образом, злоупотребление правом выступает как особый вид правового поведения, для которого характерна направленность деяний индивида на удовлетворение собственных потребностей, независимо от того, насколько они соответствуют норме права и правовым ценностям и затрагивают интересы других лиц, социальных групп и (или) общества. Такое поведение, будучи обусловлено индивидуальной системой правовых ценностей человека, в определенной степени зависит от ситуации, в которой оно осуществляется, цели и мотивов действия субъекта.

Смирницкий А.Е.,

*кандидат исторических наук, доцент,
доцент кафедры теории и истории государства и права
Нижегородской академии МВД России*

**Роль ведомственной печати в противодействии
злоупотреблению правом в сфере советского народного
образования в первое послевоенное десятилетие
(1945–1955 годы)**

Проблема злоупотребления правом и борьбы с ним актуальна во все времена. Особую остроту придает ей извечное стремление человека к справедливости. Злоупотребляя правом, человек, облеченный властными полномочиями, опирается на имеющееся законодательство. Создается ситуация, которую кратко и афористично определил В.И. Ленин: «формально все по закону, на деле – издевательство»¹.

В обществах, переживших сильные социальные потрясения, с низкой правовой культурой и слабой обратной связью между властью и народом проблема злоупотребления правом приобретает серьезный характер и требует немедленного решения, поскольку ее игнорирование может привести к падению авторитета закона и государственной власти в глазах рядовых граждан.

В полной мере данные суждения относятся и к советскому обществу первых послевоенных лет. Пережив страшную войну, советские люди жаждали справедливости и обновления, они верили, что жизнь будет лучше и радостней. В этих условиях злоупотребление правом со стороны властей различного уровня вызывало резко негативную реакцию как со стороны рядовых граждан, так и со стороны высшей власти.

¹ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т. 43. Москва, 1982. С. 328.

Проблема злоупотребления правом в полной мере была актуальна и для работников народного образования. Официально советский учитель был уважаемым человеком в обществе. Его чествовали во время государственных праздников и в средствах массовой информации, награждали орденами и медалями, в том числе и за выслугу лет, выдвигали в депутаты советов различных уровней. Советского учителя прославлял кинематограф (фильмы «Сельская учительница», «Первоклассница», «Аттестат зрелости», «Сережа Птицын вырабатывает характер» и др.). Эти мероприятия не носили формального характера: лидеры Советского государства и И.В. Сталин понимали роль учителя в воспитании подрастающего поколения и в восстановлении страны и в тех тяжелых условиях делали все возможное для укрепления авторитета учителя в советском обществе.

В то же время советское учительство первых послевоенных лет было одной из наиболее уязвимых категорий общества в правовом отношении. Ненормированный рабочий день, перегруженность учебной работой, работа в микроколлективах, удобных для разного рода произвола и администрирования, приводили к систематическому злоупотреблению правом со стороны административных работников, особенно низового уровня. Особенно тяжело приходилось сельским учителям, для которых конфликт с местным руководством означал иногда уход из профессии и снижение социального статуса.

Подобные проблемы не были предметом изучения советской историографии народного образования. Основное внимание уделялось успехам советского образования, а не его теневым сторонам¹. Со второй половины 80-х годов XX века ситуация резко изменилась. В исторической литературе нашли отражение недостатки в развитии советского образования, однако они касались в основном педагогических проблем, социальный и правовой аспект развития советского народного образования практически не

¹ См.: Актуальные вопросы обучения и истории советской школы. Ленинград, 1970; Советская школа: к 50-летию образования: сборник статей / под ред. Н.П. Кузина. Москва, 1973; Народный учитель: очерки об учителях РСФСР. Москва, 1968; и др.

затрагивался¹. Между тем эти проблемы были более чем актуальны для советского учительства первых послевоенных лет.

Цель данной статьи – выявить роль ведомственной периодической печати в борьбе со злоупотреблением правом в сфере народного образования. На основе имеющихся в распоряжении автора архивных документов и материалов периодической печати и иных источников можно дать условную классификацию злоупотреблений правом в отношении работников народного образования первых послевоенных лет:

1. Материальные злоупотребления: займовые кампании среди учителей, переселение учителей в худшие квартиры, формальное выполнение законов СССР об улучшении материального положения учителей и т. п. Эта группа злоупотреблений была наиболее распространена. Займовые кампании, проводившиеся Советским государством на добровольно-принудительной основе, провоцировали подобные акции на местах. Некоторые руководители районного звена и директора школ организовывали сбор средств с учащихся и их родителей на различные нужды.

2. Административные злоупотребления: перевод учителей из одного района в другой, уменьшение учебной нагрузки, перевод учителей на должности инспекторов районных отделов народного образования, использование учителей на административной и общественной работе в ущерб основным должностным обязанностям. Во многих случаях эти меры были связаны со стремлением руководителей избавиться от неугодных учителей, критиковавших их работу. При этом формально закон не нарушался: учителя могли перевести в другой район, но по согласованию с областным отделом народного образования. На практике же нередко обходились без такого согласования.

3. Злоупотребления в сфере трудового законодательства, в частности незаконное увольнение учителей и иных работников народного образования, незаконные выговоры.

¹ См.: *Анайкина Л.И.* Партийно-государственная политика в сфере народного образования в РСФСР (1922–1991 годы). Москва, 2002; *Костюченко И.Ю.* Исторический опыт реализации и разработки государственной политики СССР и РФ в сфере народного образования во второй половине XX века. Санкт-Петербург, 2004; *Поздняков А.Н.* Государство и общество в реформировании российского школьного образования: исторический опыт взаимоотношений в конце XIX – начале XXI века. Саратов, 2005.

4. Политическая дискриминация учителей, в том числе и по религиозным мотивам.

5. Кумовство и семейственность. Пользуясь своим руководящим положением, администратор принимал на работу своих ближайших родственников. Ситуация приняла настолько острый характер, что в начале 50-х годов XX века в СССР началась кампания по борьбе с этими явлениями. Ближайшим родственникам запрещалось работать в одном учреждении. В советской печати, в том числе и в педагогической, появился ряд фельетонов на эту тему. Однако соблюсти такое требование в отношении работников народного образования в условиях сельской местности было весьма сложно. Данный сюжет имел оригинальное продолжение. Значительное количество лиц, устраивавших на работу своих родственников, были евреи, поэтому кампания против семейственности нанесла удар и по представителям этой национальности. Это дало мнимое основание историку Г.В. Костырченко говорить о наличии в СССР «государственного антисемитизма», чего в реальности не было¹.

6. Противоречия действовавшего в тот период советского законодательства. Так, выполнение закона об обязательном семилетнем всеобуче противоречило советскому трудовому законодательству о нормировании рабочего времени. Обеспечению молодых учителей жильем препятствовало отсутствие жилищного фонда у органов народного образования; предоставление обязательного отпуска учителям-заочникам не реализовывалось из-за нехватки учителей средних и старших классов; закон о предоставлении учителям сельских школ приусадебных участков и земель для выпаса скота вступал в противоречие с основным законом колхозной жизни – выполнением обязательных госпоставок сельхозпродукции государству и тому подобным, о чем автор подробно писал в одной из своих работ².

Следует обратить внимание, что проблема злоупотребления правом и нарушения государственной дисциплины в первые по-

¹ См.: *Костырченко Г.В.* В плену у красного фараона. Политические преследования евреев в СССР в последнее сталинское десятилетие. Москва, 1994.

² См.: *Смирницкий А.Е.* Проблема юридических рисков при реализации закона о всеобщем семилетнем обучении (1949 год) в первое послевоенное десятилетие // Юридическая техника: Ежегодник. 2019. № 13. С. 338–340.

слевоенные годы была очень серьезной. Об этом свидетельствует создание в 1949 году Министерства государственного контроля, которое возглавил Л.З. Мехлис, пользовавшийся доверием И.В. Сталина. После «дела Ключева и Роскина» при министерствах создавались «суды чести», в которых рассматривались дела, связанные со злоупотреблениями служебным и профессиональным положением.

Сталкиваясь с дискриминацией, учитель был практически беззащитен перед произволом властей на местах, опирающихся на действующие законы или понимающих их превратно. Были случаи, когда жалобы учителей пересылались прокуратурой к тем администраторам, на которых они жаловались. Профсоюз работников начальной и средней школы, как отмечалось во многих официальных документах, не осуществлял защиту прав учителей. Его деятельность была связана с организацией культурно-просветительской работы среди педагогов и распределением материальных ресурсов в виде путевок, денежных пособий и одежды. Как и во многих авторитарных государствах, в профсоюзе состояли и учителя, и руководители народного образования. В таких условиях защищать права работников было затруднительно и у них оставалось два пути защиты: обращаться к одному из высших руководителей Советского государства или лично к И.В. Сталину либо писать в газету.

В первом случае обращение носило сугубо индивидуальный характер. Человек мог добиться правды, но его случай не создавал прецедента. Кроме того, таких писем было слишком много. Другой путь был более репрезентативен, поскольку работники народного образования, попавшие в аналогичную ситуацию, могли ссылаться на публикацию в газете и решение государственных органов по их вопросу.

Печать играла в СССР особую роль. Газета, по выражению В.И. Ленина, должна быть «коллективным агитатором, организатором и пропагандистом»¹. Она не только передавала социально значимую информацию, но и активно взаимодействовала с читателями и властями. Существовал порядок, по которому редакция газеты должна была непременно ответить автору письма. Газетные матери-

¹ Ленин В.И. Полное собрание сочинений. Т. 5. Москва, 1979. С. 11.

алы, посвященные различным злоупотреблениям (фельетоны, очерки, статьи), были предметом обсуждения в административных инстанциях различного уровня, включая ЦК и министерства.

Однако районная и центральная печать не могли всецело сосредоточиться на проблемах определенной профессиональной категории населения. Защитой профессиональных прав работников и борьбой со злоупотреблением правом успешно занималась ведомственная периодическая печать. У работников образования это была «Учительская газета» – орган Министерства просвещения и профсоюза работников начальной и средней школы союзных республик. В первые послевоенные годы она практиковала различные формы контроля за соблюдением прав учителей и борьбы со злоупотреблением правом со стороны администраторов. К этим формам можно отнести следующие:

1. Наличие специального корреспондента в регионе. По Горьковской и Кировской областям им был Г. Фридлянд. Его заметки в газете, статьи и фельетоны регулярно освещали проблему соблюдения прав советских учителей. Нарушители этих прав «прославлялись» на всю страну.

2. Организация журналистских бригад, которые обследовали положение дел в сфере народного образования в отдельном регионе или по отдельной проблеме. Материалы обследования были предметом обсуждения на коллегии Министерства просвещения, по ним принимались конкретные решения. Данная форма контроля восходит к периоду начала 30-х годов XX века, когда для контроля за работой учреждений создавались группы «легкой кавалерии» из числа активистов. Теперь эта форма контроля приобрела профессиональный характер.

3. Публикация писем учителей, освещавших те или иные случаи злоупотребления правом со стороны руководителей различного уровня. Эти публикации были призваны сосредоточить внимание советской общественности на определенных проблемах защиты прав учителей.

4. Юридическая консультация. Со второй половины 40-х годов XX века «Учительская газета» стремилась вооружить учителя юридическими знаниями с целью отстаивания ими своих прав. Консультации газеты были поданы в форме вопросов конкретных учителей и ответов по существу поставленных вопросов.

Все эти формы работы, практиковавшиеся «Учительской газетой», успешно использовались для защиты прав учителей. Они носили целенаправленный, систематический характер и были направлены на защиту прав определенной профессиональной корпорации. Газета могла защищать права учителей именно по той же причине, по которой местные власти не могли делать этого. Редакция газеты находилась в Москве на Чистых прудах и не была связана с региональными, клановыми и местными интересами. Ее сотрудники имели выход непосредственно на министра просвещения РСФСР и ЦК ВКП(б).

В то же время не следует переоценивать возможности газеты в решении ряда вопросов, прежде всего в отношении политических дел. Группы учителей, подвергавшиеся политической дискриминации по различным причинам (находившиеся в плену, жившие на оккупированной территории в годы Великой Отечественной войны, имевшие чуждое социальное происхождение или политическое прошлое), не могли получить помощь со стороны газеты. Максимум, что могла редакция, — это проверить подлинность фактов о степени правомерности политических обвинений, да и то со стороны руководителей народного образования, но никоим образом не со стороны соответствующих органов. За послевоенный период времени в газете не было ни одного материала, связанного с учителями, подвергавшимися политической дискриминации. Более того, в 1949 году по «ленинградскому делу» был арестован и расстрелян министр просвещения РСФСР А.А. Вознесенский — брат председателя Госплана СССР Н.А. Вознесенского.

Как это ни парадоксально, но учителя, обвиненного в политической нелояльности, мог лучше всего защитить районный руководитель или директор школы, который знал его по работе. В этой связи характерен случай с учительницами Уренской средней школы Горьковской области. Еще в 1937 году их обвинили в том, что в период Уренского восстания 1920 года они были сестрами милосердия в рядах повстанцев. Учительницы объяснили, что были насильственно мобилизованы, а в случае отказа их бы расстреляли. Никаких боевых действий против Советской власти в рядах повстанцев они не вели. Учительницы были оправданы, однако в 1953 году началась новая проверка их политического

поведения в далеком 1920 году. Тогда заведующий Шахунским районным отделом народного образования направил письмо в Министерство просвещения РСФСР, в котором обращал внимание соответствующих инстанций на длительный педагогический стаж этих учительниц и на то, что за свой труд они были награждены орденами и медалями СССР, после чего травля учительниц была прекращена¹.

Таким образом, советская ведомственная печать первых послевоенных лет играла большую роль в борьбе со злоупотреблением правом и весьма эффективно защищала интересы учителей. В то время периодическая печать, в том числе и ведомственная, была одним из важнейших каналов обратной связи между представителями профессионального сообщества и властью. Ее деятельность не ограничивалась патерналистской защитой работников народного образования: «Учительская газета» делала эти проблемы предметом обсуждения, формировала правовую культуру учителей и общественное мнение, переводя их из узковедомственного статуса в общегосударственный. Кроме того, политическая дискриминация части работников образования по известным причинам не пользовалась вниманием газеты.

¹ ГОПАНО. Ф. 3. Оп. 1. Д. 9594. Л. 32.

Соборнов П.Е.,

*кандидат исторических наук, доцент
кафедры теории и истории государства
и права Нижегородской академии
МВД России*

Европейская реформация как форма протеста против злоупотребления церковным правом

В процессе развития правовой системы Российской Федерации возникает насущная необходимость эффективного противодействия *злоупотреблению правом, под которым понимается сознательная и целенаправленная попытка использования нормативных правовых актов во вред другим людям либо в корыстных интересах.* При этом обращает на себя внимание ряд аспектов:

- стремление нарушителя реализовать корыстный интерес законными способами с применением нормативных правовых актов;
- нанесение ущерба (вреда) другим людям посредством буквального исполнения правовых актов.

Изучение данной категории приобретает особое значение при анализе исторического опыта возникновения злоупотреблений церковным правом в римско-католической церкви в период Средневековья, а также Реформации как попытки протеста против злоупотребления церковным правом. Ведь церковное, каноническое право было в период Средневековья историческим предшественником светского права. Оно было единым для клириков и мирян и в условиях ослабления государственности в период раннего и классического Средневековья, часто охватывало своим регулированием многие аспекты общественных отношений и становилось источником для светского права и законодательства Нового времени. Например, идея иерархии законов и приоритетности конституции как основного закона в мышлении Нового времени непосредственно связана с восприятием Библии в качестве основного источника веры, с которым обязательно

должны быть согласованы все другие канонические тексты. Обоснование необходимости разделения духовной и светской власти также нашло свое обоснование во многих реформационных учениях. А многие ученые-правоведы Нового времени были протестантскими священнослужителями, определявшими критерии человеческой свободы.

Злоупотребление церковным правом было характерно для периода Средневековья, когда римско-католическая церковь в Европе получила монополию на истину, а ее догматы многими воспринимались не критически. Представители христианского клира (духовенства) стремились извлечь максимальную выгоду от обоснования:

– *приоритетности церковных институтов и канона над государственными институтами власти и правом.* Этот тезис находил свое обоснование в догмате «о страшном суде», в соответствии с которым «страшный суд» – итог существования человечества, к которому может подготовить только церковь. Светская же власть понималась в качестве вторичной, по сравнению с церковной властью и временной, то есть существовавшей до «страшного суда». К тому же обосновывалась и «греховность» самой власти, ведь источником такой власти могут быть желания и мысли несовершенных людей. Церковная же власть Папы Римского и его легатов понималась в качестве идеальной, призванной осуществлять посредничество в отношениях Бога и людей. Такое понимание церковных институтов создавало основы для злоупотребления правом, оставляя церковь и ее служителей вне всякой критики;

– *греховности и никчемности человека как тварного существа, во всем зависимого от церкви, как заместницы Бога на земле.* Такие взгляды римско-католической церкви обесмысливали вообще любые попытки усомниться в правильности интерпретации церковью базовых канонических догм;

– *необходимости посредничества церкви в отношениях людей и Бога как сверхначала и идеальной сущности.* Такое понимание миссии и роли вообще ставило церковь вне любых попыток рационального понимания догмата о «спасении людей».

Некритическое понимание этих канонических установок наносило ущерб самой римско-католической церкви и ее органи-

зации, он выражался: 1) в нарастании формализма в исполнении церковных обрядов; 2) падении авторитета церкви и священнослужителей в обществе по причине стремления к стяжательству последних; 3) росте цен за исполнение церковных обрядов и служб.

Одной из форм противодействия злоупотреблению церковным правом стал процесс «самоочищения» церкви, выразившийся в масштабном социальном движении сторонников проведения преобразований в церкви, получившим название «Реформация». Это социальное движение в Европе XVI века охватило представителей всех слоев позднесредневекового общества (крупных и средних феодалов, бюргеров, римско-католическое монашество, священников и крестьян) и сыграло *большую роль в противодействии злоупотреблениям церковным правом в самой церкви*. Возникновение реформационных взглядов было связано со стремлением восстановить пошатнувшийся авторитет церкви в обществе, перераспределить земельный фонд римско-католической церкви в интересах светских феодалов – королей и князей, удешевить исполнение церковью обрядов, внедрить элементы рационализма в отправление церковных обрядов. Вклад сторонников Реформации Мартина Лютера (1483–1546) и Жана Кальвина (1509–1564) в формирование протеста против злоупотребления церковным правом заключался в следующем:

– *обосновании критериев отличий религиозной веры от суеверий и предрассудков*. Религиозная вера, по мнению протестантов, должна была основываться на Библии (Новом завете), предрассудки и суеверия – на страхах и заблуждениях людей¹. Такая рационализация религиозной веры создавала условия недопустимости злоупотребления церковным правом, так как создаются критерии того, что является истиной, а что нет;

– *четком разделении религиозной и светской власти*. При этом, именно в сочинениях реформаторов Библия (Новый завет) четко определяется в качестве источника веры, а конституция (основной закон) – в качестве источника светского права и вла-

¹ См.: Лютер М. Время молчания прошло: избранные произведения 1520–1526 годов / пер. с нем., историко-биографический очерк и комментарии Ю.А. Голубкина. Харьков, 1992. С. 113–152.

сти. Человеческое общество, воспринимавшееся в качестве отражения божественного мира, по мнению сторонников Реформации, должно быть построено на таких же рациональных принципах верховенства письменного права и основного закона (конституции). Разделение светской и религиозной властей в догматике не допускало теперь вмешательства церковных институтов в управление обществом. Это означало, что невозможно злоупотреблять церковным правом и использовать его в корыстных интересах;

– *отказе от идеи посредничества церкви между Богом и людьми*, что подрывало возможность для одного из основных злоупотреблений церкви – продажи индульгенции (отпущении грехов за деньги). Идея посредничества церкви между Богом и людьми заменялась идеей личной, индивидуальной веры, которая осмыслялась в качестве пути к «спасению на страшном суде».

Один из виднейших деятелей Европейской реформации – Жан Кальвин (1509–1564) обосновал равенство людей перед Богом и церковью и выступил против необходимости существования профессиональной священнической иерархии. Церковь, с его точки зрения, должна состоять из самоуправляемых общин верующих, главы которых (старейшины) должны избираться «Богом избранными» верующими, обладающими имущественным цензом¹. Этим обеспечивалась возможность строгого соблюдения Библии в вопросах религиозной веры, ведь знание Библии и умение применять ее к обоснованию позиций в религиозных спорах становилось условием невозможности злоупотреблений, основанных на пороках человеческой индивидуальности. Взгляды Жана Кальвина внесли большой вклад в обоснование равенства людей перед Богом. Этот тезис был спроецирован на повседневность. Он доказывал необходимость равенства людей и перед правом, ведь право понималось в качестве рационального регулирования всех конфликтов в обществе. Этот факт закладывал невозможность злоупотребления церковным правом, так как основным критерием истины в вопросах веры теперь считалась Библия.

¹ См.: Кальвин Ж. Наставление в христианской вере / науч. ред. Ю.А. Кимилев. Москва, 1997. Т. 1. С. 314–350.

Таким образом, Европейская реформация внесла вклад в обоснование критики злоупотребления правом:

1) через лишение злоупотребляющего субъекта (в данном случае – церкви) специальных возможностей, отсутствующих у других субъектов права;

2) рационализацию деятельности злоупотребляющего правом субъекта путем четкого определения его функций и полномочий;

3) формирование и поддержание конкуренции субъектов в пользовании правами и возможностями, что делает невозможным злоупотребление правом в ущерб другим;

4) формирование четких критериев деятельности субъекта права, что позволит пресечь возможность злоупотребления правом.

Сухова Н.И.,

кандидат юридических наук, доцент Саратовской государственной юридической академии

**Снижение оценочности понятия
«злоупотребление правом»
в целях противодействия его осуществлению**

Злоупотребление правом – явление, с одной стороны, распространенное в условиях доминирования общедозволительного типа правового регулирования общественных отношений, с другой – неоднозначное, не имеющее ни единообразной оценки и понимания среди ученых-юристов, ни четкого формально-юридического выражения. Причем, отмеченная неоднозначность имеет место в праве на протяжении длительного времени с тех пор, когда в правоотношениях совершались действия, предопределенные содержанием субъективного права, но нарушающие права и законные интересы других лиц.

Понятие «злоупотребление правом» появилось в римском частном праве, как наиболее прогрессивной его части, и выражалось грамматической конструкцией: «Тот обходит закон, кто, соблюдая его букву, действует не в духе закона»¹. Несмотря на высокий уровень развития римской юриспруденции, предложенные общие контуры рассматриваемого явления так и не перешли на уровень дефиниции, позволяющей провести четкую грань между свободой осуществления субъективного права и обязанностью уважать права других лиц.

Заимствование отечественным правом конструкций римского права не могло не сопровождаться получением затруднений в их определении и дискуссий по этому поводу, что в полной мере касается и понятия «злоупотребление правом»,

¹ Дигесты Юстиниана / пер. с лат. Москва, 2002. С. 113.

которое привлекало и привлекает внимание прежде всего цивилистов¹.

С развитием системы правового регулирования, принципов права, подходов к определению границ правового воздействия понятие «злоупотребление правом» получило широкое распространение и в других отраслях права: конституционном, уголовно-процессуальном, гражданском процессуальном.

К настоящему моменту в отношении понимания злоупотребления правом в науке сформировалось несколько позиций: от признания его особым видом правового поведения до включения в ряд правонарушений. Между этими противоположными подходами расположились весьма оригинальные, например, выводящие его за пределы права и не признающие связи злоупотребления правом с субъективным правом.

Все отмеченные точки зрения по поводу понимания злоупотребления правом, несмотря на их явные и не очень различия, имеют одну общую черту: его привязку к процессу реализации права и осуществления субъективного права, однако феномен злоупотребления правом можно рассматривать с иных позиций и позиционировать его, точнее запрет на его совершение, как межотраслевой принцип правового регулирования; как правовой институт – совокупность правовых норм, регламентирующих отношения, в которых имеет место поведение его участников, не нарушающих букву закона, но противное его смыслу. Какое бы из прозвучавших направлений изучения злоупотребления правом ни стало доминирующим, в любом случае нельзя избежать разговора о вредоносности такого поведения как для прав и интересов контрагента в конкретном правоотношении, так и для права в це-

¹ См., например: *Азарков М.М.* Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве // Известия АН СССР. Отдел экономики и права. 1946. № 6. С. 424–436; *Волков А.В.* Злоупотребление гражданскими правами: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2010; *Грибанов В.П.* Пределы осуществления и защиты гражданских прав. Москва, 1972; *Его же.* Осуществление и защита гражданских прав. Москва, 2000; *Радченко С.Д.* Злоупотребление правом в гражданском праве России: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2008; *Шершеневич Г.Ф.* Курс гражданского права. Тула, 2003; *Чеговадзе Л.А.* Злоупотребление правом как форма гражданского правонарушения // Гражданское право. 2013. № 2. С. 8–11; и др.

лом. Это объясняет убежденность в необходимости выработать научно обоснованный, а затем нормативно закрепленный алгоритм нейтрализации злоупотребления правом. Ясно, что академическая разногласия в его понимании и определении не способствует решению этой задачи.

Казалось бы, на помощь в этой ситуации можно бы призвать судебную практику, особенно высших судебных инстанций, обладающих непререкаемым авторитетом для всей судебной системы. Несмотря на то, что в отношении злоупотребления правом не раз предпринимались попытки его определения, они так и не увенчались успехом. Кроме того, сформулированная законодателем норма об обходе закона как о противоправной форме злоупотребления правом и вовсе запутывает правоприменителя, который применяет конструкцию «обход закона» не всегда обоснованно.

Несмотря на то, что не следует сомневаться в значении руководящих и нормативных разъяснений Верховного Суда Российской Федерации, все же приходится констатировать, что они даются по отдельной категории дел и обращают внимание на возможные варианты злоупотребления именно в конкретном виде правоотношений¹, а обобщенный вариант решения проблемы не сформирован, оценочность понятий злоупотребления правом остается не преодоленной. Другие же суды формируют весьма противоречивую практику оценки осуществления субъективного права с нарушением его пределов и злоупотреблением им; одно и то же деяние в одних случаях признается злоупотреблением, в других – нет².

Приведенное позволяет констатировать, что вокруг феномена «злоупотребления правом» сложился некий теоретико-

¹ О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 17 марта 2004 года № 2 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2004. № 6; О применении судами законодательства о добровольном страховании имущества граждан: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 июня 2013 года № 20 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2013. № 8; О некоторых вопросах, возникших у судов при применении законодательства, регулирующего труд руководителя организации и членов коллегиального исполнительного органа организации: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 2 июня 2015 года № 21 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 7; и др.

² См.: URL: https://pravo.ru/story/210778/?desc_tv_6= (дата обращения: 29.04.2019).

эмпирический вакуум, свидетельствующий о бессилии науки и практики выработать рабочий механизм его нейтрализации.

Среди возможных вариантов изменения сложившейся ситуации можно было назвать формулирование четкой дефиниции злоупотребления правом, установления возможностей контроля за осуществлением субъективного права, установления четкого подхода к определению последствий осуществления субъективного права с нарушением его пределов и злоупотреблением им. Однако все они требуют длительного времени и различного рода затрат. В частности, вряд ли можно быстро сформулировать дефиницию рассматриваемого явления в условиях научной разногласности на его природу; попытка установления указанного контроля может быть воспринята в качестве произвола без должного научного обоснования и прогнозирования и т. п.

Одним из путей действия по нейтрализации злоупотребления правом, на котором наука и практика могут проявить себя мощными средствами решения социальных проблем – это снижение степени оценочности понятия «злоупотребление правом». В действующем законодательстве злоупотребление правом сформулировано как оценочное понятие и привязано к оценочному понятию – добросовестности. Классический пример – содержание ч. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) о недопустимости осуществления гражданских прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу, действия в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо *недобросовестное* осуществление гражданских прав (злоупотребление правом). На наш взгляд, названное снижение оценочности может быть достигнуто посредством определения границ добросовестности, нарушение которых переводит ее в противоположность и становится злоупотреблением правом. Именно добросовестность осуществления права выходит на первый план при квалификации деяния как злоупотребления правом, если последнее выглядит как соответствующее букве закона, но противоречащее его смыслу, вопреки назначению самого субъективного права.

Высшая судебная инстанция сформулировала рекомендацию, что при оценке действий сторон как добросовестных или недобросовестных судам следует исходить из поведения, ожида-

емого от любого участника гражданского оборота, учитывающего права и законные интересы другой стороны, содействующего ей, в том числе в получении необходимой информации¹. Приведенная попытка Верховного Суда Российской Федерации определить оценочное понятие «добросовестность» заслуживает поддержки, но вряд ли может быть признана удачной хотя бы потому, что в ней самой не удалось избежать оценочности и неопределенности (поведение должно быть ожидаемое, учитывающее, содействующее). В этом случае просматривается ситуация, когда ст. 10 ГК РФ становится средством злоупотребления в отношении любого субъективного права, осуществление которого можно объявить нарушающим его пределы.

Кроме этого, Верховным Судом Российской Федерации, как представляется, не учтена системная связь между принципом добросовестности, закрепленным в ст. 1 ГК РФ, и пониманием добросовестности в ст. 10 ГК РФ. Представляется, что Верховный Суд Российской Федерации сузил понимание добросовестности только вопросом осуществления субъективного права и не учел, что имеет место злоупотребление не только правами, но и обязанностями. Согласимся с позицией, что целостность субъективного гражданского права нарушается неисполнением управомоченным лицом обязанности не использовать право в качестве средства причинения вреда другим участникам гражданского оборота².

Преодоление указанных недостатков в определении и квалификации злоупотребления правом возможно при условии взаимодействия и широкого сотрудничества научной и практической составляющей юридической сферы.

¹ См.: О применении судами некоторых положений раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 июня 2015 года № 25 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2015. № 8.

² См.: Волков А.В. Соотношение принципа добросовестности и принципа недопустимости злоупотребления правом в современном гражданском праве // Вестник Волгоградского государственного университета. Сер. 5: Юриспруденция. 2013. № 3 (20). С. 46.

Титова Е.А.,

кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Барнаульского юридического института МВД России

Юридический состав злоупотребления правом: общетеоретическая характеристика

Правовая сфера жизнедеятельности людей аккумулирует в себе различные формы их поведенческого проявления, в основе разграничения которых в качестве ключевого предлагается критерий правомерности и противоправности. При этом если правомерность определяется степенью «соответствия действий людей заложенным в нормах права поведенческим моделям»¹, то противоправность связана с непосредственным нарушением установленных правовых запретов либо невыполнением установленных юридических обязанностей. На основе указанного критерия поведение людей в правовой сфере принято подразделять на правомерное и противоправное.

Подобный подход представляется концептуально верным, однако в своем содержании не позволяет в должной мере отразить всех форм юридически значимого поведения субъектов права. В литературе отмечается, что «правомерное поведение и правонарушение как основные виды правового поведения не исчерпывают всего многообразия поведения в правовой сфере»². Исходя из этого, считаем возможным в числе разновидностей правового поведения также выделить злоупотребление правом и объективно-противоправное поведение.

Эти виды правового поведения в силу специфических признаков не могут быть отнесены ни к правомерному поведению

¹ Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебник. Москва, 2006. С. 706.

² Теория государства и права: учебник для юридических вузов и факультетов / под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. Москва, 1998. С. 413.

как согласующемуся с требованиями правовых предписаний и социально полезному поведению, ни к правонарушению – деянию противоправному, виновному, общественно опасному и влекущему юридическую ответственность.

Постоянно возрастающее количество злоупотреблений правом в правореализующей деятельности граждан обуславливает потребность глубокого научного осмысления данного правового явления как с терминологической точки зрения, так и с точки зрения его содержания.

В литературе отмечается, что при наличии соответствующих методологических инструментов исследования правовой материи в науке теории государства и права, основной акцент на теоретико-правовой характеристике злоупотребления правом сделан в науке гражданского права, специфика предмета которой не позволяет определить данную категорию в общетеоретическом смысле.

Действительно, в науке теории права присутствует довольно активная дискуссия относительно определения злоупотребления права с точки зрения его позиционирования в сфере правомерности или противоправности и в основной массе подобные представления о злоупотреблении правом строятся на общей характеристике правового поведения в целом.

Важно учесть, что юридической наукой еще не дано определение понятию «правовое поведение», однако его правовая природа и сущность достаточно полно отражены в определении такого поведения с социологической точки зрения. Суть данной позиции заключается в том, что «правовое поведение – это социально значимое поведение индивидуальных и коллективных субъектов, подконтрольное их сознанию и воле, предусмотренное нормами права и влекущее юридические последствия»¹.

Для правового поведения характерны такие признаки, как «социальная значимость, психологизм (субъективизм), правовая регламентация, подконтрольность государству, наступление юридических последствий»².

¹ Кудрявцев В.Н., Казимирчук В.П. Современная социология права. Москва, 1995. С. 164–165.

² Оксамытный В.В. Правомерное поведение личности. Киев, 1990.

По нашему мнению, определенно заслуживает научного внимания предложение состава правового поведения, элементами которого выступают: объект правового поведения, объективная сторона правового поведения, субъект правового поведения, субъективная сторона правового поведения.

Исходя из общих положений юридического состава правомерного поведения и правонарушения, учитывая сложности выявления в рамках правоприменительной деятельности фактов злоупотребления правом, представляется возможным предложить квалификацию злоупотребления правом через определение его состава.

Отталкиваясь от общетеоретических представлений о составе правонарушения и правомерного поведения, определим юридический состав злоупотребления правом как научную теоретическую абстракцию, структурно раскрывающую его содержание в единстве четырех элементов: объекта злоупотребления правом, объективной стороны злоупотребления правом, субъекта злоупотребления правом и субъективной стороны злоупотребления правом. Дадим характеристику каждому из названных элементов.

Субъектами злоупотребления правом выступают правосубъектные физические или юридические лица, органы государственной власти, органы местного самоуправления и их должностные лица. При этом следует подчеркнуть, что названные лица должны быть уполномоченными в соответствующем правоотношении сторонами, признанные таковыми в установленном государством порядке. Отдельного внимания заслуживает обозначение в качестве субъекта злоупотребления правом органа государственной власти, местного самоуправления или их должностного лица. В тех случаях, когда в действиях субъекта, наделенного властно-распорядительными полномочиями, наблюдается превышение установленных законом их пределов, имеет место соответствующий нормативно закрепленный состав правонарушения, равно как и в случае бездействия при наличии определенных обязанностей, подлежащих исполнению в установленном порядке. Вместе с тем, вполне распространенной является ситуация, когда, действуя в рамках компетенции, при ее реализации, имеют место факты злоупотребления правом.

Например, согласно ст. 12 Федерального закона от 2 мая 2006 года № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращения граждан

Российской Федерации» письменное обращение, поступившее в государственный орган, орган местного самоуправления или должностному лицу в соответствии с их компетенцией, рассматривается в течение 30 дней со дня регистрации письменного обращения. Исключение из этого правила в виде сокращения данного срока до 20 дней допускается, если письменное обращение поступило высшему должностному лицу субъекта Российской Федерации (руководителю высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации) и содержит информацию о фактах возможных нарушений законодательства Российской Федерации в сфере миграции. Безусловно, устанавливая вышеназванный срок рассмотрения обращения граждан, законодатель предусмотрительно предоставил возможность управомоченному субъекту провести соответствующие мероприятия по изучению сути обращения, запросу необходимых документов и информации от других лиц и подготовке квалифицированного ответа на обращение, дабы исключить формальный подход в реализации данного полномочия, однако зачастую содержание поступающих обращений может не требовать для своего рассмотрения по существу столь длительного срока, более того, граждане заинтересованы в скорейшем его рассмотрении. В результате формального соблюдения требования, предъявляемого к срокам рассмотрения обращения граждан, которое в установленной длительности срока рассмотрения и не нуждается, в действиях властвующего субъекта можно усмотреть факт злоупотребления правом.

Объектами злоупотребления правом выступают общественные отношения, в рамках которых использование субъективного права осуществляется не с целью достижения изначально заложенного в норме права позитивного результата, а с ее искажением, повлекшем наступление вредных последствий для контрагента в этих отношениях.

Объективную сторону злоупотребления правом образует симбиоз признаков аналогичных элементов составов правонарушительного поведения и правонарушения. В данном элементе наиболее ярко проявляется принципиальная разница между злоупотреблением правом и вышеназванными видами правового поведения.

В отличие от такого признака объективной стороны правонарушения, как противоправное деяние, в объективной стороне злоупотребления правом основным признаком выступает правомерное деяние, выражающееся в реализации нормативного дозволения в форме действия либо бездействия субъекта.

Представляется весьма спорным тезис о противоправном характере злоупотребления правом. Правомерность деяния в злоупотреблении правом, безусловна, поскольку в использовании права реализуемое усмотрение формально не вступает в противоречие с какими-либо нормативными предписаниями. Наличие правового запрета на использование права или юридическое обязывание к нему противоречит смыслу дозволения как способа правового регулирования.

Вместе с тем, правомерность сама по себе не отграничивает злоупотребление правом от собственно правомерного поведения, которое обладает позитивно окрашенным по результату вариантом правового поведения. Если бы объективная сторона злоупотребления правом ограничивалась исключительно данным признаком, то следовало бы согласиться с его характеристикой как формально легальным поведением.

В качестве основных признаков объективной стороны злоупотребления правом также следует назвать социально негативный результат деяния субъекта и причинно-следственную связь между фактом деяния и наступившими отрицательными последствиями.

Субъективная сторона злоупотребления правом является отражением его внутренней стороны. В ней выражается психоэмоциональное отношение субъекта к достигаемому злоупотреблением негативному для других лиц результату, осознание им возможности наступления такого результата и степени заинтересованности в нем. Также в субъективной стороне злоупотребления правом можно выделить цель (планируемый негативный результат, на который направлено правомерное поведение лица) и мотивы поведения (внутренние побуждения, детерминировавшие злоупотребление правом в форме действия или бездействия).

Полагаем, что квалификация деяния в качестве злоупотребления правом возможна только с учетом комплексной характеристики всех вышеназванных структурных элементов его юридического состава.

Третьякова О.Д.,

*доктор юридических наук, доцент, директор
юридического института имени М.М. Сперанского
Владимирского государственного
университета имени А.Г. и Н.Г. Столетовых;*

Петрова И.Л.,

*кандидат юридических наук, доцент, до-
цент кафедры теории и истории госу-
дарства и права юридического институ-
та имени М.М. Сперанского Владимир-
ского государственного университета
имени А.Г. и Н.Г. Столетовых*

Противоправные поликодовые тексты как форма злоупотребления правом на свободу мысли и слова

Реализация права человека в целом и субъективных прав участников правоотношений – это основа жизнедеятельности современного общества, образец правомерного социально полезного поведения. Вместе с тем, чрезмерное использование указанных прав может повлечь трансформацию правомерного поведения в правонарушение. Данный путь трансформации правомерного в неправомерное поведение лежит в плоскости злоупотребления правом. Злоупотребление правом многогранно в связи с многогранностью самих прав, принадлежащих субъектам правоотношений. Рассмотрим пример одной из форм злоупотребления правом.

Конституцией Российской Федерации закрепляется право на свободу мысли и слова (ч. 1 ст. 29), здесь же в ч. 2 устанавливается ограничение на возможные злоупотребления этим правом: «Не допускаются пропаганда или агитация, возбуждающие социальную, расовую, национальную или религиозную ненависть и вражду». Установленное ограничение реализации права на свободу мысли и слова на практике «обходится» некоторыми субъектами правоотношений с помощью поликодового выражения своих мыслей и слов в СМИ и сети «Интернет». Это касается,

прежде всего, экстремистских высказываний и текстов. В связи с опасностью подобного вида злоупотребления правом на свободу мысли и слова государство устанавливает ряд дополнительных мер обеспечения противодействия данному виду злоупотребления правом. Среди данных актов следует отметить специальный Федеральный закон «О противодействии экстремистской деятельности», который в норме ст. 1 закрепляет понятие и содержание экстремистской деятельности, а также нормы Уголовного кодекса Российской Федерации (ст. 280) и Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (ст. 13.37.) и др.

В целом правовое регулирование противодействия злоупотреблению правом на свободу мысли и слова обуславливается опасностью данных деяний, а также иными факторами, например, цифровизацией самого права¹ или конвергенцией численных и буквенных обозначений в противоправных текстах призывов к экстремистской деятельности. Тем не менее, злоупотребление правом на свободу мысли и слова в виде экстремистских призывов возможно путем использования для «обхода» и запретов, и ограничений в данной сфере общественных отношений, поликодовых текстов и сообщений².

¹ См. подробнее о цифровизации права: Головкин Р.Б., Амосова. О.С. «Цифровые права» и «цифровое право» в механизме цифровизации экономики и государственного управления // Вестник Владимирского юридического института ФСИН России. 2019. № 2 (5). С. 163–167.

² Данная форма юридической конвергенции производна от концепции поликодовых текстов. *Поликодовый текст* – это текст, в котором сообщение закодировано семиотически [знаково] разнородными средствами – вербальными (словесными) и невербальными компонентами, объединение которых представляет собой определенную структуру. Поликодовый текст характеризует как устное, так и письменное общение. В качестве невербальных знаков могут выступать рисунки, фотографии, схемы, сюда же относятся специфические только для устного общения мимика, жесты, предметы окружающего мира. Наличие невербальных (или, применительно к письменному тексту, паралингвистических) знаков в тексте еще не свидетельствует о его поликодовости: поликодовым он будет в том случае, если этот паралингвистически активный текст, то есть такой, в котором паралингвистические средства являются носителями информации или вносят дополнительные оттенки в содержание. Поликодовость текста обусловлена ситуацией общения, коммуникативным замыслом, предметом речи и служит задачам эффективного общения. Взаимодействуя друг с другом, вербальный и невербальный компоненты обеспечивают целостность и связность поликодового текста, его коммуникативный эффект, поскольку разнокодовые (разнознаковые) сообщения дополняют и поясняют друг друга. (прим. – О.Т., И.П.).

Для подтверждения данного тезиса обратимся к материалам юрислингвистической экспертизы, проведенной авторами в связи с текстовыми материалами, содержание которых содержит признаки преступления, предусмотренного ст. 280 УК РФ (Публичные призывы к осуществлению экстремистской деятельности).

Объект исследования: информационный блок¹, размещенный на интернет-странице², распечатанный и приложенный к акту проведения оперативно-разыскного мероприятия «Исследование предметов и документов», содержащий изображение, состоящее из четырех фотографий, оформленное в стиле комикса (далее – Изображение 1): на первой – группа из пяти молодых людей, предположительно выходцев с Кавказа (надпись сверху «любить кавказцев», снизу «нереально»), на второй – портрет А. Гитлера (надпись сверху «но я, мечту свою», снизу «лелея»), на третьей – белый квадрат с надписью «решил проблему гениально», на четвертой изображены печи для сжигания людей в фашистских концлагерях с надписью «сожжем в печи их, как евреев».

Изображение. Предметно-тематический анализ. В процессе исследования пропозитивного (пропозиция – языковое воплощение определенной ситуации в действительность) содержания текстовых высказываний, представленных на четырех фотографиях, оформленных в стиле комикса, установлен **предмет** этих **высказываний** – группа лиц, объединяемых национальной принадлежностью, – «кавказцы»: на первой фотографии изображена группа молодых людей, предположительно выходцев с Кавказа; над этой группой, вверху, надпись «любить *кавказцев*», а под изображением молодых людей, снизу, надпись «нереально»; на четвертой фотографии (последней) надпись «сожжем в печи *их* [вверху], как евреев [внизу]». Кроме того, в анализируемом поликодовом тексте присутствует и второй предмет речи – тоже группа лиц, объединяемых национальной принадлежностью, – «евреи»: «сожжем в печи их, как *евреев*» (четвертая фотография). Данный предмет речи можно назвать «скрытым», поскольку он присутствует в тексте как объект сравнения («как евреев» – эксплицитное выражение логической операции сравнения с помо-

¹ URL: https://vk.com/id233675681?w=wall233675681_487 (дата обращения: 01.02.2019).

² URL: <https://vk.com/id315813390> (дата обращения: 01.02.2019).

щью сравнительного оборота). Таким образом, здесь имеется два предмета речи, обозначенных вербально, связанных логическими отношениями, при этом второй предмет не является темой высказывания, однако выражается эксплицитно (открыто, прямо) посредством сравнительного оборота. Не является темой высказывания и другой скрытый предмет речи – Адольф Гитлер, чей портрет представлен на второй фотографии, то есть выражен невербально. О присутствии этого предмета речи свидетельствуют также местоимения «я» и «свою» [мечту] во фразе, которая получается путем объединения всех изображений: «Любить кавказцев нереально, но я, мечту свою лелея, решил проблему гениально: сожжем в печи их, как евреев». Личное местоимение 1 лица единственного числа «я» указывает на то, что производителем действий (в данном высказывании: *лелеять* мечту) является говорящий, а притяжательное местоимение «свою» [мечту] указывает на «принадлежность» мечты говорящему. Надпись с выделенными нами местоимениями расположена на фоне портрета Гитлера. Следовательно, по мысли публикаторов, эту фразу произносит якобы он. В сегменте предложения «решил проблему гениально» глагол-сказуемое стоит в форме прошедшего времени единственного числа мужского рода, что также в общем контексте отсылает к предмету речи «Гитлер».

В отношении выделенных предметов речи используются следующие **содержательные типы высказываний**:

1) *описательно-информирующие*: представлена ситуация, передающая с помощью логико-языковых средств описание состояния: есть группа лиц – кавказцы (первая фотография), по поводу которых решается «проблема» (на второй фотографии с изображением Гитлера надпись «но я, мечту свою лелея», на третьей – «решил проблему гениально»); сообщаемая информация – действие, которое нужно совершить в отношении группы лиц, – сожжение (на четвертой фотографии изображение печи для сожжения людей и надпись «сожжем в печи их, как евреев»);

2) *оценочные*: приводится эмоциональная оценка – сообщение о чувствах, эмоциях, которые вызывает у автора (авторов) основной предмет речи «кавказцы»: «любить кавказцев нереально» (первая фотография), и эта негативная оценка выражается эксплицитно, то есть прямо – использованием предиката *нереаль-*

но (с модальным значением невозможности) при подлежащем *любить*, выраженном глаголом семантической группы «позитивные чувства, эмоции». Имплицитно (скрыто, неявно) выражена рациональная (общая) и эмоциональная оценка предметов речи «кавказцы» и «евреи»: «но я, *мечту* свою *лелея*» на фоне портрета Гитлера (вторая фотография) – вербальные средства (*лелеять мечту* означает «любовно вынашивать мысль, горячо желать чего-нибудь») и невербальный компонент (портрет Гитлера, проводившего политику геноцида – физического уничтожения – по отношению ко многим народам) вместе создают эффект враждебного отношения к предмету речи (кавказцам); «решил проблему *гениально*» (третья фотография) – подчеркивается, что кавказцы, поскольку «любить» их «нереально», являют собой проблему и найденное автором решение достойно самой высокой оценки – «оно гениально»; «*сожжем* в печи их, *как евреев*» на фоне жерла печи с задвинутыми в нее носилками (четвертая фотография) – вербальные и невербальные компоненты данного изображения призваны выразить активно негативное, агрессивное отношение к предметам речи – представителям кавказских народов и еврейской национальности.

Использование лексем с положительной коннотацией (*любить, мечта, лелея, гениально*) на фоне призыва к насильственным действиям (*сожжем в печи*) в отношении враждебных для автора групп лиц – кавказцев и евреев – является имплицитным выражением негативного, враждебного отношения к указанным предметам речи.

Отношение к предмету речи «Гитлер», представленному невербальными компонентами (портрет и печь для сожжения людей), можно характеризовать как положительное, с учетом семантики вербальных компонентов, свидетельствующей о «гениальном» решении проблемы (сжиганием в печи) борьбы с враждебными группами людей по признаку национальной принадлежности.

Таким образом, анализируемый поликодовый текст является паралингвистически активным, поскольку его вербальные и невербальные средства являются носителями информации о предметах речи (кавказцах и евреях), о враждебном отношении к ним и положительном отношении к скрытому предмету речи – Гитлеру, его идеологии расизма и политике геноцида;

3) *побудительные*: в анализируемом поликодовом тексте вербализуется призыв к насильственным действиям по отношению к предмету речи «кавказцы»: «Сожжем в печи их, как евреев» (четвертая фотография). В данном высказывании побуждение выражается эксплицитно – с помощью такого языкового средства, как глагол в форме 1 лица множественного числа (со значением совместного действия) будущего времени со значением повелительного наклонения – это так называемое транспозиционное (переносное) употребление формы изъявительного наклонения глагола. При экспликации (открытом выражении) побуждения в русском языке используются формы повелительного наклонения глагола либо другие языковые средства, которые могут выступать в функции глагольного императива. Форма 1 лица множественного числа изъявительного наклонения будущего времени является одним из таких языковых средств.

Оценочно-экспрессивный анализ. В процессе данного исследования выявлено определенное отношение автора (авторов) к предметам речи – второй (после установления предмета речи и содержательных типов высказываний) обязательный компонент «экстремистских» значений, и значения эти в анализируемых высказываниях не нейтральны.

Здесь, во-первых, прослеживается эмоциональное негативное отношение к предметам речи «кавказцы» и «евреи»: «любить кавказцев нереально», «сожжем в печи их, как евреев» – ярко выраженное враждебное отношение эксплицируется с помощью лексемы «нереально», имеющей значение модальной оценки невозможности и недопустимости и открытого призыва к насильственным действиям.

Во-вторых, в представленном поликодовом тексте выражается позитивное отношение к скрытому предмету речи – *Гитлеру*, его идеологии расизма и политике геноцида, о чем свидетельствуют вербальные и невербальные компоненты текста: надпись на третьей фотографии, следующей за портретом Гитлера на второй фотографии, «решил проблему гениально» (найденное автором решение, заимствованное у Гитлера, является «гениальным»), а также изображение печи для сожжения людей на четвертой фотографии и надписью «Сожжем в печи их, как евреев». Описанные средства свидетельствуют об оправдании указанного

действия в отношении групп лиц (кавказцев и евреев): сжигание представителей враждебных народов в печи является «гениальным» решением, которое воплощал в действительность Гитлер.

Целевой анализ. В результате проведенного исследования речевых целей (третий обязательный компонент «экстремистских» значений, определяемый после установления предмета речи и отношения к нему) выявлено несколько речевых установок адресанта представленного для анализа поликодового текста: демонстрация убеждения в неполноценности групп лиц, объединяемых национальной принадлежностью («любить кавказцев нереально»); оправдание идей нацизма и фашизма, убеждение в их исключительности; побуждение к принятию мнения о необходимости насильственных действий в отношении указанных групп лиц и к совершению этих действий (призыв); убеждение аудитории в правильности и допустимости таких действий («решил проблему гениально»); информирование аудитории о том, как она должна действовать («сожжем в печи их, как евреев»).

В соответствии с поставленным вопросом остановимся более подробно на исследовании речевой цели «призыв».

Призыв¹ рассматривается как убеждение в необходимости совершения определенных действий. Являясь разновидностью убеждения, он включает в себя двойное побуждение: к принятию мнения о необходимости названных действий и к совершению этих действий.

К принятию мнения о необходимости насилия (физического уничтожения) в отношении групп лиц «кавказцы» (основной предмет речи) и «евреи» («скрытый» предмет речи, не являющийся основной темой высказывания) побуждают вербальные и невербальные компоненты анализируемого поликодового текста. Языковые средства передачи экстремистского лингвистического значения «вражда, рознь» имеют как эксплицитный, так и им-

¹ *Призыв* – наиболее радикальная открытая форма словесного воздействия на поведение человека. По определению А.Н. Баранова, призыв – это особый тип речевого акта, коммуникативное назначение которого в общем случае описывается известной семантической формулой, предложенной А. Вежбицкой для семантической экспликации императивов, – «Я хочу, чтобы ты сделал Р». См.: *Баранов А.Н.* Лингвистическая экспертиза текста: теоретические основания и практика: учебное пособие. 3-е изд. Москва, 2011. С. 412.

плиcitный характер. Эксплицитное выражение негативного отношения к названным предметам речи представлено использованием предиката *нереально* (с модальным значением невозможности) при подлежащем *любить*, выраженном глаголом семантической группы «позитивные чувства, эмоции» в надписи на первой фотографии «любить кавказцев нереально». Использование в предложении (разбитом на фрагменты и размещенном по соответствующим фотографиям: «любить кавказцев нереально», «но я, мечту свою лелея», «решил проблему гениально») лексем с положительной коннотацией (*любить, мечта, лелея, гениально*) на фоне призыва к насильственным действиям («*сожжем в печи их, как евреев*») в отношении враждебных для автора (авторов) групп лиц – кавказцев и евреев, а также портрет Гитлера, известного своей идеологией расизма и политикой геноцида, являются имплицитным выражением негативного, враждебного отношения к указанным предметам речи и одновременно служат оправданием идеологии нацизма и фашизма (а оправдание – одна из форм убеждения в необходимости принятия мнения). Негативная оценка этих предметов речи является основным способом формирования у аудитории установок, соотносящихся с такими понятиями, как «вражда», «рознь», «ненависть», «унижение». Перечисленные средства (вербальные и невербальные) призваны побудить адресата к принятию мнения о необходимости насильственных действий в отношении представителей кавказских народов и лиц еврейской национальности.

Побуждение к воплощению формируемого мнения в жизнь, к совершению насильственных действий в отношении «враждебных» национальной групп также осуществляется с помощью вербальных и невербальных компонентов анализируемого текста. Призыв к физическому уничтожению «кавказцев» выражен эксплицитно: для воплощения экстремистских идей адресантом используются лексические и синтаксические языковые средства: лексема «сжечь» (в форме «сожжем»), имеющая значение «уничтожить, истребить огнем *кого-что*»¹, и побудительное предложение, в котором призыв морфологически представлен формой

¹ Большой толковый словарь русского языка / сост. и гл. ред. С.А. Кузнецов. Санкт-Петербург, 1998. С. 1182.

глагола 1 лица множественного числа (со значением совместного действия) будущего времени (эта форма в переносном употреблении выполняет функцию глагольного императива): «Сожжем в печи их, как евреев». При этом форма глагола 1 лица множественного числа (со значением совместного действия) является признаком того, что адресант включает себя в одну группу с адресатом речи, таким образом выражая отношение типа «мы, сторонники», что еще более усиливает побуждающее воздействие данного высказывания: так создается атмосфера доверия, идейного и духовного единения с потенциальными читателями. В отношении «евреев» экстремистский призыв является скрытым, поскольку оформляется имплицитно – через логическую операцию сравнения, о чем свидетельствует использование в анализируемом высказывании, призывающем к сожжению в печи «кавказцев», синтаксического изобразительно-выразительного средства русского языка – сравнительного оборота («как евреев»). Невербальные средства – изображения Гитлера и печи для сожжения людей – усиливают побуждающий эффект и являются наглядным дополнением вербальной информации о том, каким образом надо действовать: как Гитлер (известный своей идеологией расизма и политикой геноцида), с использованием печи для сожжения людей.

В вербальной составляющей анализируемого сообщения выявлены три (из четырех) лингвистических признака призыва: 1 – наличие вербального императива – глагол «сожжем»; 2 – наличие в высказывании образа, способа совершения действия, выраженного в значении глагола «сожжем»: «сжечь» – «уничтожить огнем, с помощью огня»; 3 – наличие в высказывании обозначения объекта названного действия – «кавказцы» (и неосновной объект – «евреи»). Четвертым (4) лингвистическим признаком призыва является наличие в высказывании образа адресата – он отсутствует в исследуемом сообщении, размещенном на интернет-странице. Отсутствие конкретного образа адресата можно объяснить тем, что в последние годы экстремистская деятельность по большей части переместилась в сеть «Интернет», аудитория пользователей которой весьма масштабна и неопределенна, однако указанный выше факт (отсутствие конкретного образа адресата речи) не снижает силу воздействия призыва «Сожжем в печи

их [кавказцев], как евреев» именно по причине разнообразия и масштабности аудитории интернет-пользователей.

Итак, в представленных высказываниях прослеживаются лингвистические значения речевой цели¹ призыва как разновидности убеждения, подкрепляемые значениями невербальных компонентов (портрет Гитлера, изображение печи для сожжения людей): «побуждение к мнению» («я говорю тебе это, чтобы ты согласился с необходимостью совершения тобой этих действий») и «побуждение к действию»: («я говорю тебе, что я хочу, чтобы ты не только признал необходимость действий, но и совершил их»): «любить кавказцев нереально», «сожжем в печи их, как евреев».

Вывод по исследованию объекта. В представленном поликодовом тексте имеются лингвистические признаки побудительного высказывания² (в форме призыва) к насильственным, дискриминационным действиям, направленным против групп лиц, объединяемых национальной принадлежностью, – кавказцев и евреев. Высказывание побудительного типа «Сожжем в печи их, как евреев» подтверждает нацеленность текста на формирование у адресата не только негативного (неприязненного, враждебного) отношения к указанным группам лиц, но и намерения, готовности к совершению действий против них – насилию, физическому уничтожению.

В целом, опираясь на результаты юрислингвистических исследований поликодовых текстов экстремистской направленности, целесообразно отметить ряд обстоятельств, имеющих существенное значение для современного правового регулирования в

¹ *Речевая цель* – сообщаемая адресату информация о том, зачем производится то или иное речевое действие (*примечание авторов*).

² *Побудительное высказывание* – высказывание, в котором выражается побуждение слушающего к выполнению определенных действий. Побуждение в таких высказываниях представлено различными видами: приказ, просьба, совет, требование, запрет, предупреждение и др. В отдельных случаях – это высказывание, в котором присутствуют формы повелительного наклонения глагола либо другие средства, которые способны выступать в функции побуждения (инфинитив, интонационные конструкции и т. п.). Одной из разновидностей побудительных высказываний является призыв. См.: *Бринев К.И.* Теоретическая лингвистика и судебная лингвистическая экспертиза / под ред. Н.Д. Голева. Барнаул, 2009. С. 140.

целом и противодействия злоупотребления правом на свободу мысли и слова.

Во-первых, **юридическая поликодовость** – это юридически значимое объединение в устном или письменном тексте – вербальных (словесных) и невербальных компонентов, объединение которых представляет собой определенную структуру. В качестве невербальных знаков могут выступать рисунки, фотографии, схемы, сюда же относятся специфические только для устного общения мимика, жесты, предметы окружающего мира.

Во-вторых, текстуальная поликодовость может быть использована как средство «обхода» ограничений на злоупотребление правом на свободу мысли и слова.

В-третьих, в связи с проведенным исследованием для дополнительного ограничения злоупотребления правом на свободу мысли и слова предлагаем изменить ч. 1 ст. 15.1-1 Федерального закона от 27 июля 2006 года № 149-ФЗ (ред. от 18.03.2019) «Об информации, информационных технологиях и о защите информации». В тексте статьи заменить слова: «В случае обнаружения в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети “Интернет”, информации, выражающей в неприличной форме...», на фразу: «В случае подтверждения наличия в информационно-телекоммуникационных сетях, в том числе в сети “Интернет”, с помощью юрислингвистической экспертизы информации, выражающей в неприличной форме...».

Хужин А.М.,

доктор юридических наук, доцент, профессор кафедры гражданского права и процесса Нижегородской академии МВД России

Злоупотребление правом как основание гражданско-правовой ответственности

Одной из ключевых проблем теории гражданско-правовой ответственности является вопрос о возможности ее применения вследствие злоупотребления правом. Существующая в доктрине и практике дискуссия о самой природе злоупотребления правом, а также проблема отнесения данного правового явления к правонарушениям либо правомерным деяниям, нами затрагиваться не будет. Научную позицию о придании злоупотреблению правом самостоятельного статуса правового поведения мы не раз обосновывали, в том числе на монографическом уровне¹, поэтому сосредоточимся собственно на проблеме возможности применения мер гражданско-правовой ответственности за злоупотребление правом.

Обновленная в 2012 году редакция ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) признает в качестве злоупотребления правом любое намеренное (умышленное) (уточнение мое. – **А.Х.**) осуществление гражданских прав по причинению вреда другому лицу, ограничению конкуренции или иному недобросовестному поведению, действию в обход закона, а также злоупотреблению доминирующим положением на рынке. Указанная в п. 4 этой же статьи возможность лица, чьи права были нарушены вследствие злоупотребления правом, требовать возмещения убытков уже является достаточным основанием утверждать о возможности применения мер гражданско-правовой ответственности за такое деяние. Сам факт отказа в защите со стороны суда при установлении злоупотребления правом (его характера и последствий) позволяет в дальнейшем применять к потерпевшему

¹ См. подробнее: Хужин А.М. Невиновное поведение в праве: методология, теория, практика. Москва, 2012.

лицу меры гражданско-правовой ответственности (возмещение убытков, в том числе упущенной выгоды, компенсации морального вреда).

Таким образом, законодатель недвусмысленно на нормативно-правовом уровне закрепляет возможность применения мер гражданско-правовой ответственности в случаях установления фактов злоупотребления правом. Современная судебная практика поддерживает такое утверждение, присуждая применение мер гражданско-правовой ответственности к лицу, злоупотребившему правом. Рассмотрим типичный пример.

Так, апелляционным судом доказано причинение ответчиком убытков истцу при злоупотреблении правом, выразившемся в заявлении необоснованных требований об осуществлении выплат по банковским гарантиям, для осуществления которых отсутствовали основания ввиду того, что соответствующее основное обязательство (обеспеченное банковской гарантией) было исполнено со стороны третьего лица.

«Апелляционная инстанция установила, что убытки причинены ответчиком вследствие злоупотребления правом, выразившегося в заявлении в адрес банка необоснованных требований об осуществлении выплат по банковским гарантиям. При этом под «необоснованностью» подразумевается не факт непредставления документов, а то обстоятельство, что для осуществления выплат в заявленной сумме отсутствовали основания ввиду того, что соответствующее основное обязательство (обеспеченное банковской гарантией) было исполнено со стороны третьего лица.

В рассматриваемой ситуации неосновательное обогащение ответчика явилось результатом его недобросовестного поведения (необоснованного заявления требований о выплате) и правомерных действий третьего лица, которое осуществило выплаты, но не понесло убытков, поскольку его затраты были компенсированы истцом в рамках выполнения обязательств по банковской контргарантии. Таким образом, вред недобросовестным поведением обогатившегося лица (ответчика) был причинен не непосредственному плательщику, а истцу, который был вынужден исполнить свои обязательства перед банком, возникшие именно в связи с неосновательными требованиями ответчика»¹.

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 28 февраля 2019 года № 09АП-3073/2019 по делу № А40-146032/18. Документ опубликован не был.

Другой не менее важной проблемой является вопрос о том, какие меры гражданско-правовой ответственности применяются при установлении факта злоупотребления правом? Если возмещение убытков как универсальная форма гражданско-правовой ответственности, исходя из ранее приведенных доводов и примера судебной практики, не вызывает сомнения, то касательно применения иных мер ответственности имеются определенные дискуссии.

В правоприменительной практике в качестве иных мер ответственности при установлении факта злоупотребления правом применяют как классические формы: взыскание неустойки, упущенной выгоды, компенсации морального вреда, так и используют иные способы защиты, выходящие за пределы понимания сущности гражданско-правовой ответственности.

Так, п. 171 постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 года № 10 «О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» устанавливает, что при рассмотрении дела об оспаривании решения Роспатента о признании или об отказе в признании недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку, об оспаривании решения, вынесенного по результатам рассмотрения возражения на отказ в предоставлении правовой охраны товарного знака, суд на основании положений ст. 10 ГК РФ, ст. 10.bis Парижской конвенции вправе, исходя из имеющихся фактических обстоятельств, признать действия лица по регистрации товарного знака, в том числе подаче заявки на регистрацию товарного знака, злоупотреблением правом или недобросовестной конкуренцией и принять решение о признании недействительным решения Роспатента и об обязанности его аннулировать регистрацию товарного знака, оставить в силе решение Роспатента об аннулировании правовой охраны товарного знака или об отказе в предоставлении правовой охраны товарному знаку. Судебные расходы в таком случае взыскиваются с лица, чьи действия признаны злоупотреблением правом или актом недобросовестной конкуренции¹.

¹ О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 апреля 2019 года № 10 // Российская газета. 2019. 6 мая.

Еще одной не менее важной проблемой применения мер гражданско-правовой ответственности за факт злоупотребления правом является необоснованность таких притязаний. Как верно отмечает В.Ф. Антонов, «в большинстве случаев ответственность за злоупотребление гражданскими правами вытекает из обязанности согласования интересов участников гражданского правоотношения. По общему правилу обязанное лицо злоупотребляет своими гражданскими правами вследствие недостаточной регламентации сложившихся правоотношений»¹. Сторона обязательства использует такую неопределенность, фактически злоупотребляя правами.

Так, между сторонами П. и О. был заключен договор займа без условия о процентах за пользование займом. Заем П. был предоставлен, О. заем погасил путем перечисления денежных средств в счет возврата займа П. на расчетный счет и выдачи ему наличных, однако П. предъявил требования в суд о взыскании суммы займа. Суды пришли к выводу о недоказанности наличия у О. обязательств по возврату займа, усмотрев в действиях П. по предъявлению требования к ответчику о взыскании суммы займа признаков злоупотребления правом, поскольку истец требует заведомо несуществующий долг, тогда как материалы дела содержат исчерпывающие доказательства погашения долга². Такие факты могут совершаться как в обход закона, так и с целью причинить вред другому участнику.

Что касается условий применения гражданско-правовой ответственности за злоупотребления правом, то здесь классически должны быть доказаны факты: 1) наличия вреда; 2) факт противоправности деяния; 3) причинная связь между первым и вторым обстоятельством; 4) вина причинителя (лица злоупотребившего правом). Так как среди перечисленных условий гражданско-правовой ответственности за злоупотребление правом к специальным можно отнести только саму противоправность, обратим на нее более пристальное внимание.

¹ Антонов В.Ф. Содержательная характеристика злоупотребления правом // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. № 1. С. 80–84.

² Определение Верховного Суда Российской Федерации от 8 августа 2018 года № 305-ЭС18-11737 по делу № А40-242733/2015. Документ опубликован не был.

По большому счету противоправность устанавливается наличием самого факта злоупотребления правом. В качестве базовой квалифицирующей нормы определяется ст. 10 ГК РФ, в соответствии с которой необходимо доказать, что действия лица были направлены на причинение вреда другому лицу, ограничению конкуренции или иному недобросовестному поведению, действию в обход закона, а также злоупотреблению доминирующим положением на рынке.

Следует учитывать, что «само по себе доминирующее (монопольное) положение на товарном рынке не является противоправным. В случае несоблюдения правил, установленных ст. 10, суд может отказать лицу полностью или частично в защите его субъективного гражданского права (п. 2 ст. 10), а также применить иные меры, предусмотренные законом. В случае, если злоупотребление правом выражается в совершении действий в обход закона с противоправной целью, отказ в защите права применяется постольку, поскольку иные последствия таких действий не установлены Гражданским кодексом Российской Федерации»¹.

В качестве квалифицирующих признаков противоправности может устанавливаться нарушение конкретной нормы гражданского законодательства или условий договора.

Момент противоправности при взыскании убытков устанавливается непосредственным фактом нарушения (реальный ущерб) либо возможными последствиями, которые могут возникнуть у лица в будущем (упущенная выгода). Что касается взыскания неустойки, то факт противоправности определяется с момента нарушения до устранения таких оснований в результате фактического исполнения обязанности уплатить неустойку. При этом предъявление исполнительного листа в течение всего срока исковой давности (3 года) не следует признавать фактом злоупотребления правом. Это обстоятельство подтверждается и существующей судебной практикой.

Так, суды отмечают, что «присуждение неустойки до дня фактического исполнения обязательства не может нарушать права ответчика, поскольку не устанавливает наличие вины в неис-

¹ Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1 / под общ. ред. М.В. Карпычева, А.М. Хужина. Москва, 2019. С. 143.

полнении обязательства в конкретный период времени в будущем, а лишь констатирует наличие оснований для применения к ответчику гражданско-правовой ответственности за ненадлежащее исполнение или неисполнение обязательств вплоть до устранения таких оснований в результате фактического исполнения обязательств. Ссылка на возможное злоупотребление истцом правом, поскольку срок предъявления исполнительного листа составляет 3 года, не обоснована, поскольку ответчик имеет возможность исполнить решение суда в добровольном порядке в любое время, не ожидая предъявления исполнительного листа для принудительного исполнения¹.

Подводя итог, обозначим, что злоупотребление правом – достаточное и безусловное основание для применения мер гражданско-правовой ответственности. Взыскание убытков является основной мерой гражданско-правовой ответственности за факт злоупотребления правом. При этом взыскание убытков может не сопровождаться требованием об отказе в судебной защите. К иным мерам ответственности при установлении факта злоупотребления правом следует отнести: взыскание неустойки, упущенной выгоды, компенсации морального вреда, судебный штраф (астрент). Противоправность деяния выражается в самом факте злоупотребления правом. В качестве квалифицирующих признаков противоправности может устанавливаться нарушение конкретной нормы гражданского законодательства или условий договора. Момент противоправности при взыскании убытков предопределяется непосредственным фактом нарушения (реальный ущерб) либо возможными последствиями, которые могут возникнуть у лица в будущем (упущенная выгода). При установлении неустойки факт противоправности определяется с момента нарушения до устранения таких оснований в результате фактического исполнения обязанности уплатить неустойку.

¹ Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 19 февраля 2019 года по делу № 33-1691/2019. Документ опубликован не был; Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 5 марта 2019 года по делу № 33-2164/2019. Документ опубликован не был; Апелляционное определение Нижегородского областного суда от 5 марта 2019 года по делу № 33-2238/2019. Документ опубликован не был.

Хужина О.Н.,

кандидат юридических наук, преподаватель кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

К вопросу о злоупотреблении правом адресатом согласования

Юридическое согласование, будучи одним из видов социального взаимодействия, имеет потенциал осуществления как в бесконфликтной, так и конфликтной форме. В зависимости от наличия либо отсутствия разногласий по условиям и (или) порядку совершения юридически значимого действия адресат согласования может безоговорочно принять предлагаемые инициатором условия согласования, а равно и не принять все либо часть из них, предложив альтернативные, которые, в свою очередь, могут быть приняты либо нет инициатором согласования. Однако не каждое юридическое согласование протекает в обозначенном ключе. Возможна и полностью противоположная ситуация, когда адресат согласования категорически не принимает предлагаемые инициатором условия, при этом его предложения по тем же параметрам кардинально отличаются от исходящих от инициатора условий. Причем, адресат согласования может и вовсе отказать в положительном решении. И весьма сложно определить ту грань, которая отделяла бы «нормальные» действия адресата согласования от злоупотребления им правом, когда согласование может перейти в негативное юридическое противодействие, то есть препятствовать реализации прав и законных интересов инициатора согласования.

Первостепенно юридическое согласование «запрограммировано» нормотворцем как позитивное явление, существование которого должно обеспечить реализацию прав одних лиц, исключая наступление негативных последствий для других, однако, как

верно отмечает в своих трудах В.Ю. Панченко, некоторые фактические обстоятельства, недостаточное внимание к ряду моментов, недооценка, а равно переоценка регулятивного и охранительного потенциала правовых средств могут в совокупности привести к тому, что правовое средство не только не позволит достигнуть социально полезных целей, но и, напротив, выступить в качестве юридического препятствия, «блокатора» правовой активности¹. Юридическое согласование утрачивает свойства позитивного правового средства, приобретая негативный оттенок, когда адресат согласования злоупотребляет правом (намеренно затягивает сроки, использует формальные основания отказа, истребует дополнительные документы).

Один из видов юридического согласования – согласование юридических актов как общеправовой феномен был исследован автором в рамках самостоятельного научного труда (Раченкова О.Н. *Согласование юридических актов: теория, практика, техника*: дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2018. 288 с.). По тексту указанной работы обращалось внимание на возможность злоупотреблений правом со стороны субъектов согласования. Наибольший акцент сделан именно на адресате согласования, то есть субъекте, которому адресуется обращение о согласовании тех или иных условий и (или) порядка совершения юридически значимых действий. Сделан вывод, что злоупотребление правом со стороны адресата согласования в части отказа в согласовании может изменить ход правореализации. Ведь отказ в согласовании является весомым препятствием на пути реализации прав инициатора согласования, порой не просто ее затрудняющим, но и вовсе исключаящим. В связи с изложенным актуальным видится более подробно остановиться на изучении злоупотребления правом, имеющего место быть со стороны адресата согласования.

Прежде поясним авторскую позицию относительно понимания самого злоупотребления правом. Указанное явление получило неоднозначную оценку представителей отечественной правовой мысли. Всех ученых, занимающихся проблемой злоупотребления правом, условно можно объединить в три большие группы:

¹ См.: *Панченко В.Ю.* Правовое взаимодействие как вид социального взаимодействия: монография. Москва, 2015. С. 176.

первая группа включает исследователей, рассматривающих злоупотребление правом, в качестве самостоятельного вида правового поведения, вторая – как правомерное поведение, третья – неправомерное поведение. Каждая из указанных точек зрения имеет все основания быть. Удачно, на наш взгляд, объединить и даже «примирить» указанные подходы к пониманию злоупотребления правом удалось А.А. Малиновскому, который заключил, что злоупотребление субъективным правом, рассматриваемое в качестве правового поведения, может быть отнесено и к правомерным действиям, и к противоправным¹. Таким образом, исследователь исключает односторонний взгляд на проблему понимания злоупотребления правом, предлагая признать наличие и «противоправного злоупотребления правом», и «правомерного злоупотребления правом». В настоящей публикации за основу взята дефиниция злоупотребления правом, предложенная А.А. Малиновским, где последнее определяется в качестве такого способа осуществления субъективного права в противоречие с его назначением, посредством которого субъект причиняет вред другим участникам общественных отношений².

Из сказанного следует, чтобы установить, какой вид злоупотребления правом имел место быть, необходимо определить: во-первых, был ли причинен вред инициатору согласования; во-вторых, подлежит ли такой вред правовой защите.

Полагаем, что определяющее значение в установлении вида злоупотребления правом со стороны адресата согласования будет иметь правовой статус лица, а именно является ли адресат согласования лицом, наделенным властными полномочиями по согласованию отдельных правомерных действий, либо это «рядовой» гражданин. Таким образом, речь может идти об отношениях субординации либо координации между субъектами согласования. Именно из такой системы координат будем исходить, рассматривая два самостоятельных вида злоупотребления правом адресатом согласования. Таким образом, злоупотребление правом адресатом согласования можно поделить на два типа: публично-

¹ См.: Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва, 2007.

² См. там же.

властное злоупотребление правом и личностное злоупотребление правом¹.

Обратимся к публично-властному злоупотреблению правом адресатом согласования. Оно всегда характеризуется тем, что адресатами согласования выступают органы государственной и муниципальной власти, их должностные лица; выражается в скрытом публично-властном противодействии инициатору согласования в пользовании им субъективными правами.

В рассматриваемом виде проблема злоупотребления правом встает более остро в связи с тем, что его субъекты изначально находятся в «неравном положении» – инициатор согласования априори зависит от адресата, имеющего определенный административный ресурс, поэтому наиболее частым проявлением злоупотреблений со стороны адресата согласования в таком случае выступает необоснованный отказ в согласовании.

Одним из технико-юридических приемов, позволяющих минимизировать злоупотребления со стороны адресата согласования, наделенного государственно-властными полномочиями, выступает официально закрепленный, четкий и однозначный запрет для данного субъекта на истребование от инициатора согласования тех документов, необходимость предоставления которых не предусмотрена законодателем. На соблюдение данного запрета направлены, например, нормы ст. 5.63 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). В дополнение к этому на основании ст. 2.4 КоАП РФ адресат согласования может понести административную ответственность как должностное лицо за неисполнение и (или) ненадлежащее исполнение своих служебных обязанностей.

Таким образом, следует говорить о наличии неправомерного злоупотребления правом в связи с тем, что указанные действия (бездействие) адресата согласования образуют состав правонарушения.

Далее видится целесообразным рассмотреть феномен публично-властного злоупотребления правом адресатом согласования в контексте категории усмотрения в праве. Полагаем, что наиболее ярко этот контекст прослеживается именно в публично-правой сфере, где имеет место быть так называемое административное усмотрение.

¹ Указанные типы злоупотребления правом были предложены В.И. Круссом. См.: *Крусс В.И.* Злоупотребление правом: учебное пособие. Москва, 2010. С. 84.

Усмотрение в праве в целом является весьма дискуссионным: обойтись без него невозможно, но в то же время присутствие субъективного фактора всегда порождает риск негативных последствий, в том числе в виде злоупотребления правом. Субъекту административного, как и любого иного вида правового усмотрения, присуща определенного объема свобода в принятии решения, но она должна быть ограничена. Ведь такая свобода, с одной стороны, имеет свой плюс – возможность разрешить конкретную правовую ситуацию оперативно с учетом ее особенностей лицом, наделенным соответствующими полномочиями. С другой стороны, свобода усмотрения может явиться «благоприятной почвой» для злоупотребления властью таким лицом, когда речь идет о реализации права в публично-правовой сфере. Задача законодателя – формулировать правовые предписания, регламентирующие вопросы административного усмотрения, таким образом, чтобы «границы свободы» лица, реализующего административное усмотрение, были очерчены явно.

Очерченные законодателем границы усмотрения должны способствовать обеспечению единства данной уполномоченному лицу свободы действий в выборе варианта поведения.

Полагаем, публично-властное злоупотребление правом, существующее в пределах предоставленного адресату согласования усмотрения, будет представлять собой правомерное поведение, так как причиняемый инициатору вред в таком случае не предусматривает правовой охраны.

Далее перейдем к рассмотрению личностного злоупотребления правом адресатом согласования. Указанный вид злоупотребления правом характерен для отношений координации, когда адресат и инициатор согласования находятся в одной плоскости, имеют равный правовой статус. Именно в данной плоскости злоупотребление правом адресатом согласования является преимущественно правомерным поведением. Даже отказ в согласовании не всегда может быть преодолен правовыми способами. В качестве примера приведем согласование с членами семьи юридического факта приватизации жилого помещения¹. В данном случае выражение согласия либо

¹ О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации: закон Российской Федерации от 4 июля 1991 года № 1541-1 (ст. 2) // Бюллетень нормативных актов. 1992. № 1.

же отказ представлены на усмотрение адресата согласования, который при этом не должен никаким образом объяснять принятое решение. Даже если член семьи отказывает в согласовании лишь с намерением причинить вред другому члену семьи, никаких правовых механизмов, позволяющих преодолеть, на первый взгляд, злоупотребление правом, нет. Данный вывод нашел свое подтверждение в Верховном Суде Российской Федерации¹. В дополнение к этому Верховный Суд Российской Федерации указал, что отказ члена семьи от положительного согласования не представляет собой злоупотребление правом, пояснив позицию тем, что в противном случае удовлетворение иска о признании наличия злоупотребления станет основанием принудительного возникновения права собственности на жилое помещение, что противоречит общим началам института частной собственности. Таким образом, права С.И. Суслова, что отказ члена семьи от дачи согласия на приватизацию жилого помещения вытекает из природы такого права².

В то же время гражданское законодательство признает злоупотребление правом неправомерным поведением в силу положений ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации. Соответственно, квалификация поведения субъекта права как злоупотребления правом имеет важное значение, так как признание поведения таковым лишает лицо права на защиту принадлежащего ему права полностью или частично.

Подводя итог, стоит отметить, что юридическое согласование в основе своей имеет совместную деятельность субъектов права. Таким образом, влияние субъективного фактора на окончательное решение весьма велико. Злоупотребление правом своего рода «вечный спутник» юридического согласования, который нельзя свести к нулю, однако при формулировании нормативных предписаний, регулирующих юридическое согласование, необходимо наиболее точно прописывать предмет данной деятельности, а также права и обязанности ее субъектов.

¹ Обзор судебной практики о некоторых вопросах, возникших при рассмотрении судами дел, связанных с приватизацией гражданами жилых помещений от 31 января 1994 года. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 25.04.2019).

² См.: *Суслова С.И.* Злоупотребление правами в жилищной сфере // *Гражданское право*. 2013. № 2. С. 31–33.

Шаутаева Г.Х.,

*кандидат юридических наук, доцент,
начальник факультета переподготовки и
повышения квалификации Нижегород-
ской академии МВД России*

**Представление о принятии мер
по устранению обстоятельств, способствовавших
совершению преступления, как уголовно-процессуальное
средство профилактики злоупотребления правом**

Как и в прежние годы, профилактика преступлений по-прежнему остается одним из приоритетных направлений деятельности правоохранительных органов, в том числе и органов внутренних дел. Как отмечает Министр внутренних дел Российской Федерации Владимир Колокольцев, «наиболее эффективный способ борьбы с преступностью – не допустить сам факт совершения преступления»¹. Однако продуктивность профилактической деятельности, как и любой другой, во многом зависит от наличия эффективных средств по ее реализации.

Одним из основных средств профилактики совершения преступлений является представление о принятии мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления (далее – представление). Анализу данного средства и посвящена наша статья. Как известно, процессуальная форма раскрытия и расследования преступления заключается в деятельности органов предварительного следствия и дознания по установлению обстоятельств преступления, собирания обвинительных доказательств для дальнейшего привлечения лица к уголовной ответственности. В ходе расследования следователь (дознатель) нередко выявляет обстоятельства, которые способствовали совершению преступления. Так, по уголовному делу, возбужденному по факту

¹ URL: <http://www.rg.ru/2012/06/19/criminal.html> (дата обращения: 20.04.2019).

угона автомобиля, следователь направил в адрес магазина, с территории которого было совершено хищение, представление о принятии мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления, а именно усилить охрану, оснастить въезд шлагбаумом и т. д.¹.

Возбуждая уголовное дело, следователь (дознатель) сталкивается с событием прошлого, и как минимум одно преступление уже произошло, в связи с этим вопросам профилактики преступлений в ходе осуществления предварительного расследования уделяется недостаточное внимание как в науке, так и со стороны законодателя.

В настоящее время представление о принятии мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления, предусмотрено ч. 2 ст. 158 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ). Согласно этой норме, установив в ходе досудебного производства по уголовному делу обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, дознаватель, руководитель следственного органа, следователь вправе внести в соответствующую организацию или соответствующему должностному лицу представление о принятии мер по устранению указанных обстоятельств или других нарушений закона. Данное представление подлежит рассмотрению с обязательным уведомлением о принятых мерах не позднее одного месяца со дня его вынесения.

Из анализа этой нормы вытекает следующее:

- 1) представление может быть внесено в любой момент производства по делу, независимо от того, имеется ли в деле подозреваемый/обвиняемый;
- 2) субъектом данного представления выступают следователь, дознаватель, руководитель следственного органа;
- 3) представление вносится как в соответствующую организацию, так и на имя конкретного должностного лица;
- 4) предусматривается обязанность организации или должностного лица, на имя которого внесено представление, рассмотреть с обязательным уведомлением о результатах рассмотрения в течение месяца.

¹ Архив Приокского районного суда г. Н. Новгорода, 2006, у. д. 1-162/06.

Норма, предусмотренная ч. 2 ст. 158 УПК РФ, почти полностью идентична ранее действовавшей ст. 140 УПК РСФСР 1960 года. То, что законодатель востребовал прошлый опыт нормотворчества, говорит о том, что нормативная модель представления позволяла достаточно эффективно решать задачи по профилактике преступлений и иных правонарушений и законодатель не видел необходимости что-то менять, однако, если по состоянию на 2001 год, быть может, так и было, то по состоянию на 2019 год имеется потребность в дополнительной нормативной регламентации.

Об этом свидетельствует анализ практики применения представления о принятии мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления, который позволяет говорить о следующих проблемных аспектах, требующих внимания законодателя:

1) действие института представления по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления, следует распространить и на предварительную проверку в порядке ст. 144 УПК РФ. Судя по тому, что законодательные новеллы последних лет позволяют говорить о тенденции на размывание границы между так называемой доследственной проверкой и стадией возбуждения уголовного дела¹, то совершенно естественным в этой связи будет наделение лица, осуществляющего проверку, полномочием по устранению обстоятельств, способствующих совершению преступления. Нередко при вынесении постановления об отказе в возбуждении уголовного дела выявляются вышеуказанные обстоятельства, а материал направляется в архив и должных мер не предпринимается. Тем более, что законодатель говорит об устранении нарушений закона, что подразумевает реакцию на обстоятельства, способствовавшие совершению не только преступления, но и других видов правонарушений. Вряд ли правильно оставлять без внимания ситуации, требующие соответствующего реагирования.

¹ Александров А.С., Лапатников М.В. Старые проблемы доказательственного права в новой уголовно-процессуальной упаковке «сокращенного дознания» // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2013. № 22. С. 23–28.

Думается, что необходима реакция законодателя по исправлению сложившейся ситуации;

2) необходимо уточнить вопрос о допустимости вынесения представления только на этапе окончания предварительного расследования либо на протяжении всего срока расследования. Хотя, как уже отмечалось, мы исходим из того, что закон позволяет выносить представление в любой момент предварительного расследования. С позиции юридической техники включение нормы, регламентирующей этот процессуальный документ, в статью («Окончание предварительного расследования») не является корректным и может привести правоприменителя в недоумение. На практике это выражается в том, что иногда прокуроры требуют от следователя выносить представление исключительно после уведомления об окончании следственных действий (ст. 215 УПК РФ), что, по нашему мнению, не соответствует воле законодателя;

3) следует уточнить вопрос об ответственности за игнорирование либо ненадлежащее исполнение требований, содержащихся в представлении о принятии мер по устранению обстоятельств, способствовавших совершению преступления. Учитывая значимость данного акта как одного из основных средств профилактики будущих преступлений, представляется, что на нормативном уровне должны быть предусмотрены основания и механизм привлечения к ответственности за неисполнение требований представления. В настоящее время механизм принуждения составляют нормы, предусмотренные ст. 118 УПК РФ и ст. 17.7 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях (далее – КоАП РФ). Статья 118 УПК РФ распространяется только на участников уголовного процесса, но не на иных лиц. У данных норм имеется один весьма значительный недостаток – небольшие размеры денежных взысканий, не соответствующих текущему курсу инфляции. Фактически игнорирование воли уполномоченного должностного лица обойдется правонарушителю в не такую уж большую сумму. Хотя следует признать, что установление штрафа, налагаемого за совершение данного правонарушения на юридических лиц в пределах от 50 до 100 тыс. рублей, безусловно, ощутимо. Мы исходим из того, что за то, что по делам о тяжких и особо тяжких преступлениях меры ответственности должны быть ужесточены, так как опасность игнорирования требований органов

следствия по этим делам может привести к тяжким последствиям. В этой связи необходимы соответствующие изменения в административном законодательстве. С другой стороны, ужесточение ответственности должно за собой влечь переложение полномочия инициировать эти меры на руководителя следственного органа.

Также, если мы говорим о том, что право выносить представление необходимо предоставить лицу, осуществляющему предварительную проверку, действие ст. 17.7 КоАП РФ следует распространить и на указанное лицо;

4) в некоторых отделах (отделениях) органов внутренних дел по-прежнему имеет место быть практика направления представлений в подразделения участковых уполномоченных по делам несовершеннолетних, оперативные подразделения и т. д. Следует признать эту практику не соответствующей закону, так как, судя по всему, законодатель не предполагает направление представления сотрудникам одной со следователем организации или ведомства. В случае выявления обстоятельств, способствовавших совершению преступления, указывающих на причастность к этому должностных лиц одного со следователем ведомства, вопрос об этом должен быть поставлен в рамках дисциплинарного производства, то есть составление рапорта с последующим его направлением начальнику органа внутренних дел.

Обобщая вышесказанное, мы предлагаем следующие изменения в уголовно-процессуальное и административное законодательство:

Часть 2 ст. 158 УПК РФ может быть изложена следующим образом: *«установив в ходе проверки в порядке сообщения о преступлении, а также в ходе досудебного производства по уголовному делу обстоятельства, способствовавшие совершению преступления, дознаватель, руководитель следственного органа, следователь, лицо, осуществляющее проверку, в любой момент производства по делу либо материалу, но в пределах срока предварительного расследования либо проверки сообщения о преступлении, вправе внести в соответствующую организацию или соответствующему должностному лицу представление о принятии мер по устранению указанных обстоятельств или других нарушений закона. Данное представление подлежит рассмотрению с обязательным уведомлением о принятых мерах не позднее одного месяца со дня его вынесения».*

В КоАП РФ одним из вариантов могла быть следующая редакция ст. 17.7:

Часть 1. Умышленное невыполнение требований прокурора, вытекающих из его полномочий, установленных федеральным законом, а равно законных требований следователя, дознавателя, лица, осуществляющего проверку сообщения о преступлении или должностного лица, осуществляющего производство по делу об административном правонарушении, –

влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от одной тысячи до одной тысячи пятисот рублей; на должностных лиц – от двух до трех тысяч рублей либо дисквалификацию на срок от шести месяцев до одного года; на юридических лиц – от пятидесяти тысяч до ста тысяч рублей либо административное приостановление деятельности на срок до девяноста суток.

Часть 2. Умышленное неисполнение требований прокурора, вытекающих из его полномочий, установленных федеральным законом, а равно законных требований следователя по уголовному делу о тяжком или особо тяжком преступлениях, в течение года со дня совершения правонарушения, предусмотренного ч. 1 настоящей статьи –

влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 20 до 100 тыс. рублей; на должностных лиц – от 30 до 200 тыс. рублей либо дисквалификацию на срок от шести месяцев до одного года, либо административный арест на срок до пяти суток; на юридических лиц – от 100 до 300 тыс. рублей либо административное приостановление деятельности на срок до девяноста суток.

Примечание. 1. Положения настоящей статьи не распространяются на урегулированные уголовно-процессуальным законодательством Российской Федерации отношения, связанные с осуществлением прокурором надзора за процессуальной деятельностью органов дознания и органов предварительного следствия.

2. Меры административной ответственности, предусмотренные частью второй настоящей статьи, могут быть возложены на основании постановления прокурора, представления руководителя следственного органа.

УДК 34

Бочкарев М.В.,

начальник правового отдела Нижегородской академии МВД России

Мера и злоупотребление в праве

Понятие «мера» достаточно часто используется в праве. Только в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации мы можем видеть несколько норм, содержащих данное понятие: «меры безопасности», «меры процессуального принуждения», «меры медицинского характера», «меры воспитательного воздействия», «меры пресечения» и так далее. В данном случае под мерой можно понимать совокупность действий (средств), позволяющих добиться определенной цели.

В других случаях понятие «мера» используется как единица измерения конкретного явления. Так, в Российской Федерации действуют Федеральный закон от 26 июня 2008 года № 102-ФЗ «Об обеспечении единства измерений»¹, постановление Правительства Российской Федерации от 31 октября 2009 года № 879 «Об утверждении Положения о единицах величин, допускаемых к применению в Российской Федерации»². Устанавливая разрешенную скорость движения транспортных средств или правило исчисления календарной даты, право само определяет меру нашего поведения.

¹ Об обеспечении единства измерений: федеральный закон от 26 июня 2008 года № 102-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2008. № 26, ст. 3021.

² Об утверждении Положения о единицах величин, допускаемых к применению в Российской Федерации: постановление Правительства Российской Федерации от 31 октября 2009 года № 879 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2009. № 45, ст. 5352.

Понятие «мера» используется не только в нормативных правовых актах, но и рассматривается теорией права и философией права. Рассуждая о праве как о формальном равенстве, В.С. Нерсисянц указывал на «правовое равенство», подразумевая под ним «равенство свободных и независимых друг от друга субъектов права по общему для всех масштабу, единой норме, равной мере»¹. Он описывает его как равную меру свободы «свободных» индивидов, а также общий масштаб в свободе.

В данной статье мы будем говорить не о вышеуказанных аспектах рассматриваемой категории, а наоборот, о мере самого права.

Философская категория «мера» отражает диалектическое единство качества и количества объекта, определяет тот предел, преступив который, изменение количества влечет изменение качества объекта и наоборот². Е.А. Куликов рассматривает эту категорию в праве и предлагает такую дефиницию: «это качественно-количественная характеристика правовой действительности, описывающая состояние и динамику правовых явлений...»³. Автор также отмечает ее направленность как внутрь – содержание и значение таких явлений, так и вовне – действие и границы явлений в объективной действительности.

Теперь обратимся к праву. Нормативный подход определяет право как систему общеобязательных норм, охраняемых государством и закрепленных в государственных актах. Философский подход понимает под правом систему естественных и неотъемлемых прав людей. Согласно социологическому подходу право возникает из закономерностей общественного развития, государство лишь придает им юридическую силу.

При этом безотносительно вышеуказанных подходов мера должна быть везде. При нормативном подходе мера должна быть в формальной определенности и в регулировании общественных отношений. При философском подходе понятие «мера» будет

¹ Нерсисянц В.С. Философия права. Москва, 2004. С. 17.

² См.: Большой энциклопедический словарь. URL: <https://dic.academic.ru/dic.nsf/enc3p/195398> (дата обращения: 07.05.2019).

³ Куликов Е.А. Категория меры в праве: вопросы теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2013.

связано с восприятием конкретным человеком права как неотъемлемого и данного для всех индивидов.

Когда же право вырабатывается в обществе, то можно подумывать, что оно само определяет надлежащую меру. В.А. Туманов рассматривает социологический подход, отмечая, что он «оправдан, особенно в той мере, в какой отрицает «свободу воли», «волюнтаризм» законодателя и ориентирует науку на изучение реальных процессов, происходящих в обществе»¹. Вместе с тем такой подход поставлен в зависимость от понимания процессов развития права самим обществом, от определения основных правоотношений и целей, которым служит основная идея. При этом она может обусловить и требование реформы законодательства, и требование недопущения сколько-нибудь существенных законодательных новшеств. Более того, мера может быть неверно определена не только законодателем, но и самим обществом.

Рассуждая о мере в праве, целесообразно будет также рассмотреть вопрос о мере в источниках права. Именно источники права определяют его содержание. Под источниками права в материальном смысле понимают развивающиеся общественные отношения. Они уже сложились, и их необходимо воспринимать как данность, и в них сложно искать меру должного. Общественные отношения не поддаются измерению.

В идеальном смысле источником права является правосознание. И.А. Ильин описывает нормальное правосознание в государстве через призму всеобщего уважения и доверия. Именно такой подход он считает идеалом, от достижения которого в последующем будет зависеть не только правопорядок, но и вся судьба народа. Дефекты же в такой живой системе «вызывают целый ряд недугов правосознания и жизни». «...Понятно, что каждый народ имеет общую задачу – работать над их исцелением»², – отмечает он. Очевидно, что при наличии данных дефектов правосознание будет отличаться от нормального. Наука теории права выделяет несколько видов деформации правосознания: как отрицательные (правовой нигилизм, правовой инфантилизм и т. д.), так и якобы положительные

¹ Теория государства и права: учебник для бакалавров / под ред. В.К. Бабаева. 3-е изд., перераб. и доп. Москва, 2014. С. 236.

² Ильин И.А. О сущности правосознания. Москва, 1993.

(правовой идеализм, правовой фетишизм и т. д.). В любом из этих случаев речь идет о нарушении нормы и, соответственно, о нарушении меры необходимого поведения.

Пожалуй, чаще всего говорят о нарушении меры в источниках права в специальном юридическом смысле. Председатель Правительства Российской Федерации Д.А. Медведев в статье к 20-летию Конституции Российской Федерации отмечал опасность «легизма», под которым он подразумевал систему убеждений о возможности разрешения любой чрезвычайной социально-экономической проблемы «спешным изданием очередного закона». Он также высказал мнение, что подобный подход послужит не только причиной «казуистичности правового регулирования», но и ведет к «разрушению правовой системы», а также «вызывает у людей недоверие и неуважение к закону, создает разрыв нормативного акта с жизнью»¹.

Таким образом, мы подошли к вопросу о нарушении меры. При этом постараемся определить, можно ли в таком ключе рассматривать категорию «злоупотребление».

Е.А. Одегнал, исследуя данную категорию, высказывает предложение, что злоупотребление правом совершается в процессе осуществления субъективного права управомоченным лицом. При этом деяние происходит в рамках предоставленных законом возможностей, однако результаты его «выходят за установленные законодателем пределы правомерного осуществления права по причине умысла на причинение вреда, независимо от его реализации, или объективного причинения вреда правам и законным интересам других лиц»². Из определения видно, что речь идет о нарушении установленных законодателем пределов. При этом понятно, что злоупотребление происходит при реализации права, однако может ли лицо, претворяющее право в жизнь, нарушить меру, злоупотребляя правом? Полагаем, что может. Тем более, практически всегда законодатель дает ему возможность усмотрения.

¹ 20 лет: путь к осознанию права. URL: <https://rg.ru/2013/12/10/medvedev.html> (дата обращения: 07.05.2019).

² Одегнал Е.А. Злоупотребление правом как явление правовой действительности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ставрополь, 2009.

Характерным примером нарушения меры правоприменителем можно назвать работу судьи, который, ежедневно принимая решения или постановляя приговор, руководствуется в том числе усмотрением. Нередки случаи, когда осужденный, не согласный с приговором суда первой инстанции, обжалует его, указывая на чрезмерную суровость вынесенного постановления, или наоборот, прокурор и потерпевший считают его слишком мягким. Так, например, кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Удмуртской Республики от 26 марта 2009 года отменяет приговор Индустриального районного суда Удмуртской Республики от 13 января 2009 года, так как наказание, назначенное осужденному по ч. 4 ст. 111 УК РФ, является несправедливым вследствие его чрезмерной мягкости¹. Можно говорить, что правоприменитель более высокой судебной инстанции в данном случае установил факт нарушения меры разумного наказания. Под мерой здесь может пониматься реализация принципа справедливости при назначении наказания, однако в данном случае нельзя говорить о злоупотреблении, поскольку не было умысла.

В качестве примера злоупотребления правом можно привести действия государственных и муниципальных органов и учреждений при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг. Федеральный закон от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»² содержит правила описания объекта закупки, которые, однако, не предусматривают все возможные нюансы этого процесса. Этим иногда пользуются недобросовестные заказчики, делая такое описание формально юридически верным и соответствующим законодательству, но создающим при этом определенные сложности для участников торгов.

¹ Кассационное определение судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Удмуртской Республики от 26 марта 2009 года по делу № 22-554. URL: http://vs.udm.sudrf.ru/modules.php?name=docum_sud&id=259 (дата обращения: 07.05.2019).

² О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд: федеральный закон от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. 2013. № 14, ст. 1652.

Так, в Обзоре судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2017 года¹ отмечено, что включение заказчиком в аукционную документацию требований к закупаемому товару, которые свидетельствуют о его конкретном производителе, в отсутствие специфики использования такого товара, является нарушением положений ст. 33 Закона о контрактной системе.

Эти положения позволяют говорить о том, что, возможно, государственный заказчик, злоупотребив своим правом описывать объект закупки в отсутствие четкого законодательного определения (запрета), нарушил меру необходимого поведения, поскольку его действия не соответствовали целям осуществления государственных закупок, ограничивали конкуренцию и, соответственно, наносили вред государству.

Вместе с тем, мера рассматривалась нами ранее не только в правоприменительной форме, но и в контексте источников права. Учитывая, что в современных условиях одним из основных способов возникновения права является правотворчество, необходимо рассмотреть возможность злоупотребления правом законодателями. Несмотря на то, что правотворчество весьма детально регламентировано, оно не лишено злоупотреблений со стороны субъектов, участвующих в нем. С.С. Алексеев пишет о субъективизме в правотворчестве. Безусловно, он не отрицает, что это «по своей сущности» объективный процесс, но «общественно-экономические отношения порождают ряд реальных возможностей поведения людей, различные варианты достижения наметченной цели»².

¹ Обзор судебной практики применения законодательства Российской Федерации о контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд: утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2017 года. URL: <https://www.garant.ru/products/ipo/prime/doc/71606630/> (дата обращения: 07.07.2019).

² Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. Москва, 1966. С. 82.

Одной из причин возникновения злоупотребления, на наш взгляд, можно рассматривать коррупционный лоббизм¹. Если депутат имеет заинтересованность в определенном бизнесе и лоббирует его интересы, то он будет продвигать законопроект не в интересах избирателей, а законопроект, направленный на предоставление преференций этому конкретному бизнесу. Такую ситуацию можно рассматривать как нарушение должной меры, предательство общественных интересов. Злоупотребление, допущенное в процессе правотворчества, порождает нарушение меры нормативной правовой формы.

Итак, в настоящей статье рассмотрены, на первый взгляд, несвязанные между собой категории «мера» и «злоупотребление». Вместе с тем, проведенный анализ позволяет сделать вывод о том, что в праве связь между ними может быть описана следующим образом: злоупотребление правом может являться причиной нарушения меры (в том случае, когда мы говорим о правотворчестве), а также формой нарушения меры (применительно к реализации права). Таким образом, злоупотребление правом в контексте исследования о мере правовой формы обладает двойственным характером.

¹ См. подробнее: Толстик В.А., Трусов Н.А. Правотворческое лоббирование как средство борьбы за содержание права // Юридическая техника: Ежегодник. 2012. № 6. С. 551–555; Попова А.В. Лоббизм и коррупционный лоббизм: разграничение понятий // Развитие территорий. 2016. № 6. С. 96–99.

Волк-Леонович С.О.,
преподаватель кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России

Противодействие злоупотреблению княжеской властью в Древнерусском государстве

Государственная власть является важнейшим институтом политической системы общества, специфическим отношением, разновидностью политической власти, способом политического существования индивидов, наиболее эффективным видом адаптации индивидов к коллективному существованию. Обладая уникальными свойствами, она составляет базовую предпосылку для оформления и четкого структурирования политического бытия, направляя свои усилия для обеспечения целостности общества, нивелирования негативных эндогенных и экзогенных причин, которые могут разрушить подобную целостность, а также поддержания функционирования всех подсистем общества в границах существующей социальной структуры¹.

Государственная власть, реализуя вышеуказанные задачи, может применять насилие, может быть жесткой и даже жестокой, если такое поведение релевантно для системы общества в целом², то есть в конечном счете согласуется с его интересами не единичной личности или группы внутри общества, а именно всего общества в целом. При этом для сохранения целостности общества власть нуждается в самоограничении: этот «предохранитель» позволяет в случае необходимости нивелировать возможную деструкцию общества. Потребность власти ограничивать себя является ее имманентным свойством, нормальное осуществление власти всегда имеет очерченные границы, очевидный выход за которые явля-

¹ См.: Куббель Л.Е. Очерки потестарно-политической этнографии. Москва, 1988. С. 30.

² См.: Луман Н. Власть / пер. с нем. А.Ю. Антоновского. Москва, 2001. С. 151.

ется злоупотреблением правом, отсутствие самоограничения, предохранителя неизбежно влечет за собой превращение власти из социального блага в фактор, разрушающий общество, что может привести к нестабильности государственного механизма, его краху, а возможно, и деструкции всего общественного организма¹.

Такие самоограничители или «предохранители» власти мы можем найти во многих источниках права древности и Средневековья. Так, например, в законах Хаммурапи, обращаясь к преемникам и любому обладающему властью, царь указывает на необходимость уважительного отношения к нормам закона и вследствие такого отношения обещает милость богов, и напротив, отступникам от нормы закона грозит проклятие.

Здесь мы видим осознание все той же потребности сохранения целостности общества, предохранение его от социальной дифференциации или произвола власть имущих, когда на кон будет поставлено само его существование, что предельно ясно читается в следующих строках, «дабы сильный слабого не притеснял, дабы сироте и вдове была оказываема справедливость»².

Подобное можно отметить в законах Манну, где правителю настоятельно рекомендуют избегать «пороков, имеющих плохой конец»³. Это, прежде всего, «доносительство, насилие, вероломство, зависть, гневливость, нарушение прав собственности и оскорбление словом и палкой»⁴.

Таковым является и институт остракизма в Древней Греции.

Рокош, предусмотренный ст. 31 Золотой буллы, предоставляет право на восстание и противодействие всеми средствами королю, нарушившему закон⁵. Речь Посполитая имела сходный по своему содержанию институт. Аналогичный институт предусмотрен и Великой хартией вольностей.

Таким образом, следует отметить, что «в идеале власть, которой наделяется государственный орган (чиновник), дается ему

¹ См.: *Хабриева Т.Я.* Конституционная реформа в современном мире: монография. Москва, 2016. С. 133.

² *Тураев Б.А.* Законы Хаммурапи. Москва; Берлин, 2018. С. 51–52.

³ Законы Ману. Москва, 2002. С. 235–236.

⁴ Там же.

⁵ Хрестоматия памятников феодального государства и права / под ред. В.М. Коорецкого. Москва, 1961. С. 711.

обществом для выполнения функций в целях достижения общего блага, а не собственной выгоды или причинения социального зла. Если государственная власть не служит обществу, причиняет вред человеку – она осуществляется в противоречии с ее назначением»¹, то есть являя собой злоупотребление властью – злоупотребление правом, которым власть наделена для достижения социально значимых целей, для успешного функционирования власти должен быть предусмотрен механизм ограничения, самоограничения, «предохранитель».

Но если такие самоограничения отсутствуют, какие формы приобретает противодействие злоупотреблению власти? Повесть временных лет содержит интересную легенду о начале русской государственности: под годом 6370 (862) содержится запись о поисках правителя, который управлял бы обитателями Новгородской земли по праву². Это формула уже содержит указание на ограничение власти неким правом. Такое право оформлялось рядом (договором) между общиной города и правителем, предполагавшее, что не во власти правителя было свободно передавать стол без согласия городской общины. В ряде случаев был прямой запрет на управление городом посредством наместников, а также произвольное смещение представителей властей общины, посадников, тысяцких, сотских, осуществление правосудия в соответствии с рядом и Правдой и назначение наказания только после рассмотрения представленных доказательств виновности. Экономические ограничения власти сводились к запрету на приобретение владений в территориальных пределах общины, захвату городов и сел, подвластных общине, сбора дани сверх предусмотренной рядом, одной же из ключевых обязанностей являлась защита территории общины от внешних посягательств, организация обороны, укрепление дружиной оборонительного контингента стольного города³.

¹ Малиновский А.А. Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва, 2007. С. 324.

² Повесть временных лет / сост., примеч. и указ. А.Г. Кузьмина, В.В. Фомина; вступ. ст. и пер. А.Г. Кузьмина; отв. ред. О.А. Платонов. Москва, 2014. С. 68.

³ Древнерусское государство и его международное значение / А.П. Новосельцев, В.Т. Пашуто, Л.В. Черепнин; под ред. В.Т. Пашуто, Л.В. Черепнина; Академия наук СССР. Институт истории. Москва, 1965. С. 48.

Русское летописание изобилует примерами нарушений подобного рода. Одним из наиболее ярких является сбор Игорем дани с древлян: из смысла летописи следует, что размер дани был определен, это читается в нечеткой формуле «и возложил дань больше Олеговой»¹, размер дани скреплялся, по всей видимости, рядом, предполагавшим размер и порядок ее взимания, однако в 945 году киевский князь, собирая дань с древлян в нарушение ряда, увеличил размер дани. Из летописи следует, что сбор дани сопровождался бессмысленным насилием, осуществляемым как князем, так и его дружиной. Собрав дань, Игорь отправляется в Киев, но, передумав, возвращается вновь в древлянскую землю, чтобы продолжить сбор дани. Древляне, собрав совет, приняли решение убить Игоря².

Здесь формой противодействия злоупотреблению правом стало коллективное решение совета при древлянском князе Мале, направленное против явной несправедливости, которая стоила Игорю жизни, что в конечном счете стало предпосылкой проведения следующим правителем первой в истории Древнерусского государства финансовой реформы, результатом которой стало определение порядка сбора дани (погосты и уроки)³.

Аналогичный пример мы можем обнаружить в записи под 1068 годом, когда после битвы коалиции Ярославичей с половцами на реке Альте, закончившейся поражением коалиции, киевский князь Изяслав Ярославич бежит в Киев. Киевляне, собрав вече на торгу, требуют от князя вооружить горожан, чтобы оказать сопротивление половцам, подступившим к Киеву. На что киевский князь ответил категорическим отказом, следствием чего стало изгнание князя и разграбление его имущества⁴. В данном случае злоупотребление выразилось в отказе князя на реализацию права на защиту отечества, формой противодействия княжеской власти выступает вече, организовавшее киевскую общину на борьбу с князем.

¹ Повесть временных лет / сост., примеч. и указ. А.Г. Кузьмина, В.В. Фомина; вступ. ст. и пер. А.Г. Кузьмина; отв. ред. О.А. Платонов. Москва, 2014. С. 84.

² См. там же. С. 93.

³ См. там же. С. 97.

⁴ См. там же. С. 175.

Во Владимирском княжестве в 1176 году злоупотребление властью князя Ярополка Ростиславовича выразилось в том, что он обложил население княжества налогами и штрафами, чем причинял немалый ущерб вместо надлежащего управления княжеством, осуществлял грабежи, посягая на имущества не только светских, но и духовных лиц¹. Как следствие – призвание другого князя Михалко Юрьевича и казнь князя, использовавшего власть вопреки интересам городской общины². Подобное происходило и в Галицком княжестве в 1211 году, где черниговские князья Роман и Ростислав Игоревичи без суда осуществляли казни, грабили местное население, за что впоследствии были повешены Галицкими боярами³.

Таким образом, основной формой противодействия злоупотреблению княжеской властью выступает, как правило, коллективное вооруженное сопротивление городской общины, оформленное решением вечевого собрания. Прямым следствием нарушения условий ряда, а равно действий князя, выраженно нарушавших интересы городской общины, являлась в лучшем случае потеря стола, а в худшем – разгром княжеского двора, разграбление имущества князя, его дружины и смерть самого князя. Анализируя вышеприведенные исторические примеры противодействия злоупотреблению княжеской властью, можно сделать вывод об отсутствии сформированного нормативного механизма урегулирования противоречий, возникающих между княжеской властью и городской общиной, и как следствие – перерастание конфликтов в вооруженные столкновения и расправы.

¹ Повесть временных лет / сост., примеч. и указ. А.Г. Кузьмина, В.В. Фомина; вступ. ст. и пер. А.Г. Кузьмина; отв. ред. О.А. Платонов. Москва, 2014. С. 325.

² См. там же. С. 327.

³ Полное собрание русских летописей (ПСРЛ). Т. 2. Ипатьевская летопись. 2-е изд. / под ред. А.А. Шахматова. Санкт-Петербург, 1908. С. 606.

Злоупотребление правом на этапе разработки стратегий

Происходящие в обществе изменения, а именно демократизация и переход к рыночным отношениям, с одной стороны, привели к расширению прав и свобод человека и гражданина, с другой – к негативному фактору, выражающемуся в увеличении числа случаев ненадлежащего использования этих прав, что влечет за собой злоупотребление предоставленными правами.

Названные обстоятельства ставят под угрозу дальнейшее развитие российского общества и построение правового государства, что подчеркивает необходимость обстоятельного рассмотрения вопроса о злоупотреблении правом. Надо полагать, что в любой сфере правоотношений может быть совершено подобное злоупотребление, в связи с чем, в зависимости от последствий, может наступить предусмотренная законом ответственность, вплоть до уголовной. Однако следует отметить, что определение «злоупотребление правом» отсутствует во многих отраслях материального права. В качестве исключения можно говорить о ч. 1 ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации, где закреплены его основные признаки. Так, под злоупотреблением правом следует понимать действия управомоченного лица, обладающего субъективным правом, действующим в его пределах, но исключительно с намерением причинить вред правам других лиц или обществу в целом, минуя законодательные барьеры, либо иное заведомо недобросовестное их осуществление.

Усиление внимания к вопросу злоупотребления правом связано, в первую очередь, с проблемой злоупотребления должностными лицами своими правами на этапе формирования государственных документов. Перспективу для решения данной проблемы открывает переосмысление роли и механизмов государствен-

ного управления. Здесь уместно обратить внимание на то, что эффективность работы государства в целом определяется через полезность и удобство для своих граждан, дружелюбие по отношению к ним. Оно должно не управлять всем напрямую, а только обеспечивать честные для всех правила игры; не диктовать, а страховать от ошибок и злоупотреблений; не выжимать ресурсы из одних сфер и регионов в другие, а разумно и аккуратно перераспределять средства, исходя из общих задач; не карать, исходя из буквы многочисленных связывающих граждан по рукам и ногам инструкций, а справедливо судить по существу.

Субъектами злоупотребления правом при разработке стратегий в зависимости от уровня принятия могут быть как должностные лица органов государственной власти, так и местного самоуправления. Кроме того, в настоящее время широко распространена практика привлечения к разработке проектов государственных и муниципальных стратегий частных компаний¹.

Рассматривая проблему злоупотребления правом на этапе разработки стратегий, исследователи обходят своим вниманием момент, который представляется важным. Необходимо понимать, на каких этапах разработки стратегий происходят соответствующие злоупотребления. В постановлении Правительства от 25 октября 2015 года № 1162² выделяют три этапа разработки такого рода документов.

Суть первого этапа заключается в формировании разработчиками стратегии документа (запроса), включающего необходимые сведения, для разработки отраслевого документа, отражающего как проблемные вопросы, так и возможные способы их решения, а также предложения по перечню целевых показателей

¹ Единая информационная система в сфере закупок. Разработка проекта Стратегии топографо-геодезического и картографического обеспечения Российской Федерации на перспективу до 2030 года. URL: <http://zakupki.gov.ru/epz/order/notice/ok44/view/protocol/protocol-bid-list.html?regNumber=0373100132414000072&protocolId=3139889> (дата обращения: 21.05.2019).

² Об утверждении правил разработки, корректировки, мониторинга и контроля реализации отраслевых документов стратегического планирования Российской Федерации по вопросам, находящимся в ведении Правительства Российской Федерации: постановление Правительства Российской Федерации от 25 октября 2015 года № 1162. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 21.05.2019).

критериев и индикаторов, планируемых к включению в документ для осуществления мониторинга его реализации, участникам разработки отраслевого документа.

Второй этап посвящен разработке отраслевого документа и в итоге размещению его на официальном сайте для общественного обсуждения.

Третий этап заключается в утверждении проекта документа.

Мы предлагаем выделить дополнительные этапы разработки и попытаться определить возможные виды злоупотреблений на их примере.

Итак, можно предложить следующие этапы разработки стратегий.

1. Проведение конкурса (аукциона) на разработку стратегии с заключением по его итогам договора или контракта с победителем. Для любого конкурса должно быть правильно подготовлено техническое задание, то есть то, что должен содержать в себе документ (как его представляет заказчик). Зачастую подобное техническое задание готовится под уже известного исполнителя контракта, в нем прописываются такие условия, ставящие невозможным участие в конкурсе других потенциальных исполнителей.

Приведенный пример является иллюстрацией злоупотребления правом на определение поставщика, приводящего к ограничению конкуренции. К примеру, в октябре 2017 года Минвостокразвития России, отвечающее за развитие Дальнего Востока, признало McKinsey победителем конкурса на разработку стратегического правового документа – перспективного плана территории опережающего развития (ТОР) «Курилы» на Курильских островах. В конкурсе участвовали и другие компании, однако Министерство сочло предложение McKinsey самым лучшим, хотя его цена была не самой низкой. Победитель конкурса обещал выполнить работы за 28,5 млн рублей при начальной цене контракта 30 млн рублей, тогда как заявки других участников опускались до уровня 15 млн рублей¹.

2. Организация процесса выбора исполнителя разработки стратегии. На данном этапе определяются конкретные исполни-

¹ URL: <https://news.myseldon.com/ru/news/index/177867518> (дата обращения: 21.05.2019).

тели — разработчики стратегии. Иногда разработка правовой стратегии осуществляется работниками организации заказчика фактически, а проведение конкурса и выбор победителя лишь прикрытие последующего хищения бюджетных средств. Возможно, злоупотребления связаны с правом свободного выбора исполнителей, зачастую некомпетентных либо лоббирующих интересы лишь определенной заинтересованной группы без учета интересов большинства граждан. На наш взгляд, разработка стратегий не должна быть только способом «освоения» денежных средств, за ее качество должны отвечать разработчики.

Проведенные исследования показали, что в России давно и крепко установилась мода на иностранных консультантов, которым министерства, компании и ведомства заказывают разработку различного рода стратегий. Государственные ведомства осуществляют это через систему государственных закупок. При этом невольно складывается ощущение, что такие контракты выгодны обеим сторонам. Можно без всякого преувеличения сказать, что подрядчики получают деньги за ничего не значащие и не исполняющиеся советы, заказчики забирают часть бюджета себе, а дело не двигается с мертвой точки. Все это определяет необходимость законодательного закрепления персональной ответственности разработчиков стратегии за выполненную работу.

В итоге рассмотрения данного вопроса можно сказать, что проблема злоупотребления правом будет существовать до тех пор, пока есть право и появляются очередные области правового регулирования. Отсюда можно сделать вывод о необходимости появления принципиально новой регламентации принципа недопустимости злоупотребления правом, существенно отличающийся от имеющейся в настоящее время.

Перспективу для дальнейшего решения мы видим в законодательном закреплении соответствующих положений с учетом межотраслевой специфики рассматриваемого явления. При этом законодателю следует уделить особое внимание проблеме предотвращения столкновения правовых норм, направленных на недопустимость злоупотребления правом.

*Грешнова Г.В.,
преподаватель кафедры администра-
тивного права и процесса Нижегород-
ской академии МВД России, адъюнкт
адъюнктуры Нижегородской академии
МВД России*

Злоупотребление правом в контексте государственного принуждения

Проблема злоупотребления правом всегда будет актуальной, особенно в деятельности должностных лиц ОВД. Часто мы слышим: «нарушают закон, правовая безграмотность», но редко возникает вопрос: «Почему?»

Проведенный опрос сотрудников органов внутренних дел показал, что на вопрос: «Допускаете ли Вы злоупотребление правом на службе?» все опрошенные ответили: «Да» и обосновали свой ответ тем, что так работается интереснее и нарушают они закон не от хорошей жизни.

Это дает основания задуматься над причинами злоупотребления правом и почему иногда так легко и откровенно сотрудники полиции говорят о нарушении закона.

Должностные лица ОВД – это особая категория государственных служащих, которые уполномочены в своей деятельности применять меры государственного принуждения, но, как показывает практика, злоупотребление служебными полномочиями переходит всякие границы.

Одной из проблем, существующих в настоящее время в системе ОВД, на наш взгляд, является взыскание дебиторской задолженности. К сожалению, с сотрудников полиции требуют, чтобы гражданин, в отношении которого составлен протокол об административном правонарушении, незамедлительно оплатил выписанный ему штраф, несмотря на то, что десять дней на обжалование и шестьдесят на оплату штрафа пока никто не отменял, но

сотрудники идут на различные ухищрения для того, чтобы вынудить человека исполнить постановление в кратчайший срок, или вовсе не выписывают «штрафные» протоколы, так как в случае неуплаты штрафа в установленный срок им придется искать данного гражданина с целью взыскания задолженности. Многие лица, к сожалению, при составлении протокола указывают адрес регистрации, хотя фактически проживают в другом месте, и место проживания установить невозможно. Либо проживают по данному адресу, но двери не открывают и повестки не получают. В связи с этим нередко случаи злоупотребления правом сотрудниками полиции. Иногда должностные лица ОВД, в случае совершения правонарушения, вообще привлекают граждан к ответственности не за фактически совершенное правонарушение, а по иной, нештрафной статье или ограничиваются устным замечанием.

Так, группа молодых людей распивала алкогольную продукцию в одном из скверов Нижнего Новгорода, однако в связи с отсутствием нужной суммы незамедлительно оплатить штраф отказались. Тогда им было предложено привлечь их к ответственности по ст. 6.24 КоАП РФ и освободить от наказания, ограничившись устным замечанием. Конечно, все охотно согласились, и не важно, что они вообще не курят, зато штраф платить уже не нужно.

В демократическом государстве основания применения мер принуждения строго очерчены законами, однако сотрудники правоохранительных органов иногда выходят за рамки законодательно установленных предписаний и злоупотребляют правом. Часто причиной этого является недостаточный уровень грамотности личного состава правоохранительных органов, проявляющийся в неспособности отличить злоупотребление правом в части своих должностных полномочий от иных форм правового поведения.

На сегодняшний день к сотрудникам полиции предъявляются повышенные требования, ужесточен отбор по медицинским показателям, физическим данным, однако уровню правовой подготовки внимания не уделяется совсем. На наш взгляд, целесообразно ужесточить отбор кандидатов на службу в полицию, предусмотреть при трудоустройстве тестирование на знание права, а в дальнейшем ежегодную проверку знаний, так как злоупотребление правом напрямую зависит от уровня воспитания, в том числе правового, мировоззрения и миропонимания каждого человека.

Кроме того, целесообразно ужесточить ответственность за неправомерно составленный протокол и по каждому факту прекращения протокола об административном правонарушении в связи с отсутствием состава административного правонарушения инициировать проведение проверки в отношении должностных лиц и по ее результатам привлекать к дисциплинарной ответственности.

К сожалению, не изжита система показателей в органах внутренних дел, «палочная система», которая приводит к тому, что на практике сотрудников интересует лишь то, что входит в оценку деятельности сотрудников¹. Основными показателями работы являются раскрытие преступлений и выявление административных правонарушений.

Сотрудники полиции, пытаясь достичь высоких показателей в служебной деятельности, злоупотребляют своими правами и полномочиями. К примеру, составляя протокол об административном правонарушении, предусмотренном ст. 20.21 КоАП РФ в отношении гражданина, находящегося в состоянии алкогольного опьянения в общественном месте, некоторые сотрудники привлекают его за сам факт нахождения в нетрезвом виде, хотя требование данной статьи говорит и о появлении в состоянии опьянения, оскорбляющем человеческое достоинство и общественную нравственность, то есть привлечение граждан к ответственности в данном случае неправомерно. Но, как правило, граждане, столкнувшись с нарушением своих прав, данные действия не обжалуют в силу различных причин: дефицит времени, отсутствие веры в правосудие и т. д.

По этой причине правовое воспитание населения также важно. Задача государства – привлекать к контролю за деятельностью полиции общественность, развивать правовое сознание населения.

Незнание закона приводит к различным нарушениям законности со стороны сотрудников. Результата надо добиться любой ценой, а на изучение законодательства у сотрудников нет ни времени, ни желания. А ведь принудительность является одним из признаков правовых норм, они обеспечены возможностью применения к нарушителям принуждения.

¹ Вопросы оценки деятельности территориальных органов Министерства внутренних дел Российской Федерации: приказ МВД России от 31 декабря 2013 года № 1040. URL: <http://dokipedia.ru/document/5200338> (дата обращения: 10.05.2019).

Оценка деятельности полиции должна быть пересмотрена. При оценке деятельности сотрудников полиции необходимо больше внимания уделить именно профилактической составляющей работы, предупреждению совершения правонарушений, однако для того чтобы воздействовать на граждан с помощью силы убеждения, безусловно, нужно знать законы.

Недавно принятый Федеральный закон от 23 июня 2016 года № 182-ФЗ «Об основах системы профилактики правонарушений в Российской Федерации»¹, казалось бы, должен этому способствовать. В законе говорится о формах профилактического воздействия, в том числе о таких формах, как профилактическая беседа, разъяснение гражданам норм действующего законодательства и других. Многие из данных мер применяются на практике.

Однако проведенный опрос действующих сотрудников полиции по вопросу: «Знают ли они закон о профилактике?» показал, что ни один из слушателей утвердительного ответа не дал. Получается такая ситуация – закон есть, но та категория должностных лиц, которая должна осуществлять профилактическую деятельность на основании указанного закона, его не знает. Более того, ни одной профилактической меры, кроме профилактической беседы, сотрудникам не известно.

Закон принять можно, изменить мировоззрение тяжело, поэтому первостепенное внимание должно уделяться правовому воспитанию, уважению к закону.

Сотрудники правоохранительных органов в настоящее время нацелены на выявление нарушений. Безусловно, это важно, но только этим работу не улучшить. Итогом деятельности должна стать контрольная деятельность.

Кого подвергать контролю? Самого сотрудника? Или имеет место излишнее, неадекватное поведение самого субъекта? Или причина в «темноте» закона, которая затрудняет его обыденное толкование?

Реформа законодательства в области государственного контроля, о которой говорит председатель Правительства Российской Федерации Д.А. Медведев, безусловно, способствовала бы разрешению многих из этих вопросов, так как направлена на повышение управленческой культуры и качества государственного контроля.

¹ Собрание законодательства Российской Федерации. 2016. № 26, ч. I, ст. 3851.

Зуева Ю.В.,

адвокат Нижегородской областной коллегии адвокатов, соискатель Нижегородской академии МВД России

Превышение пределов необходимой обороны как особая форма злоупотребления правом

«Тогда, когда государство не в состоянии обеспечить безопасность и эффективную защиту прав и законных интересов законопослушных граждан, оно обязано предоставить максимально широкие возможности для обеспечения своей безопасности самим гражданам»¹. Данное утверждение не имеет и субъектной, ни территориальной, ни временной предрасположенности, его актуальность подтверждается как минимум тем, что институт самозащиты нашел свое отражение в различных отраслях законодательства каждого государства.

В настоящее время необходимая оборона является одним из наиболее распространенных видов обстоятельств, исключающих преступность деяния, предусмотренных главой 8 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ). Более того, именно она ассоциируется гражданами с институтом самозащиты, который не ограничивается отдельной отраслью российского права. Тем не менее, несмотря на относительно качественный уровень регламентации данного вопроса, уголовный закон имеет «глазейки» или варианты злоупотребления правом на защиту наиболее существенных благ – жизни и здоровья.

Традиционно для правоохранительной деятельности на первый план здесь выходит превышение соответствующих пределов дозволенности, которые вызывают многочисленные дискуссии не только на доктринальном поле, но и на практике. В действительности данные факты выступают «краеугольными камнями» в подобной категории уголовных дел, так как именно от них зависит

¹ Тасаков С.В. Нравственные начала уголовного закона о необходимой обороне // Уголовное право. 2006. № 5. С. 80–83.

наклон «чаши весов» правосудия, когда потерпевший может либо отстоять свои права, либо изменить свой процессуальный статус на обвиняемого и получить судимость.

Статья 37 УК РФ гласит: «Защита от посягательства, не сопряженного с насилием, опасным для жизни обороняющегося или другого лица, либо с непосредственной угрозой применения такого насилия, является правомерной, если при этом не было допущено *превышения пределов необходимой обороны, то есть умышленных действий, явно не соответствующих характеру и опасности посягательства*» (курсив мой. – Ю.З.). Таким образом, пределы необходимой обороны представляют собой в определенном ракурсе юридическую фикцию, обусловленную предположением о том, что человек, подвергшийся нападению и находящийся в стрессовом состоянии, способен не только оценить характер и опасность посягательства, но и сохранить самообладание, а также действовать согласно указанным показателям. Подобная формула невиновности кажется оправданной и приемлемой лишь умозрительно, абстрактно, сугубо теоретически. В действительности она демонстрирует крайне низкую эффективность.

Одна из доминирующих причин – разночтения в толковании отдельных технико-юридических категорий и конструкций, используемых при регламентации института необходимой обороны в уголовном законе. Прежде всего, стоит обратить внимание на необходимость осознания обороняющимся того, что осуществляемое в отношении него посягательство не сопряжено с насилием, опасным для жизни. Если руководствоваться уголовно-правовыми категориями формально-юридически, то здесь придется вести речь «о причинении вреда здоровью, создающего реальную угрозу для жизни обороняющегося или другого лица (например, ранения жизненно важных органов); применении способа посягательства, создающего реальную угрозу для жизни обороняющегося или другого лица (применение оружия или предметов, используемых в качестве оружия, удушение, поджог и т. п.)»¹. Таким образом, у по-

¹ О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 сентября 2012 года № 19 // Российская газета. 2012. 3 октября.

терпевшего фактически имеется только два относительно понятных условия, необходимых для того, чтобы он мог, не опасаясь за свою свободу, защищать собственную жизнь.

В первом случае ему следует дожидаться повреждений его внутренних органов, после чего возникает проблема, касающаяся способности и возможности дальнейшей самозащиты. Во втором – убедиться в наличии способа посягательства, который может повлечь за собой причинение смерти. И здесь возникает острейший вопрос – о способах и средствах самозащиты. Кроме того, у лица не остается шансов на ее реализацию, поскольку закон существенно ограничивает его на том этапе, когда его жизни еще нет непосредственной угрозы. По законодательству самозащита становится юридически правомерной лишь тогда, когда наступает стадия максимального риска для жизни человека. Надо отметить, что приведенные трактовки являются примером казуального толкования уголовного закона и не носят (не должны носить) обязательного характера. Тем не менее, именно ими руководствуются суды и другие правоохранительные органы при принятии решений о превышении пределов необходимой обороны.

В обществе ныне распространена позиция пассивной самозащиты, заключающейся в том, чтобы минимизировать возможный вред нападавшему либо вообще не отстаивать свои права и, по возможности, постараться убежать, избежать нападения. Вероятно, в этом имеется некий практический смысл, поскольку повышаются шансы сохранить свою неприкосновенность, однако в действительности пропаганда виктимного поведения только увеличивает криминальную статистику и приводит к деформации общественного сознания, снижению гражданской активности и смелости. Тогда как нормальное социальное мировоззрение, нужные мотивации должны основываться на четкой и абсолютно однозначной позиции: «самозащита носит естественный, неотъемлемый и неотчуждаемый характер, она рассматривается не только как правомерное, но и как социально-полезное, поощряемое законом поведение»¹.

¹ См., например: *Ефимович А.А.* О реальном обеспечении права на необходимую оборону правосудием // *Российская юстиция.* 2006. № 3; *Сидоров Б.В.* Уголовно-правовые гарантии правомерного социально-полезного поведения. Казань: Изд-во Казанского ун-та, 1992. С. 94.

Исходя из изложенного, следует заключить: далеко не каждый случай превышения пределов необходимой обороны позволяет говорить о факте злоупотребления правом. Правоприменитель должен установить явное несоответствие самозащитных действий характеру и степени общественной опасности посягательства. В данном ключе допустимо подразделить все возможные нападения на два ключевых варианта, две основные формы: 1) представляющие опасность для жизни; 2) представляющие опасность для здоровья.

На примере первого вряд ли уместно говорить о вариантах злоупотребления правом на самозащиту, так как для превышения пределов необходимой обороны здесь потребуются причинить вред более опасный, чем вред жизни. Соответственно объектом доктринального и практического внимания становится второй возможный вариант, который с учетом уголовно-правовых реалий предполагает подразделение на: а) причинение вреда жизни в ответ на действия, представляющие опасность только для здоровья; б) причинение тяжкого вреда здоровью в ответ на действия, представляющие вред здоровью легкой или средней степеней тяжести либо вообще не опасные для здоровья.

Пункт «а» является очевидным и не требует отдельных пояснений, тогда как пункт «б» является предметом множества дискуссий и не имеет четкого решения ни в доктрине, ни на практике. Прежде всего отметим, что причинение средней тяжести вреда здоровью и менее опасного в рамках самозащиты не может рассматриваться в качестве варианта злоупотребления правом в силу того, что уголовный и административный законы не предполагают за это какой-либо ответственности. В целом это соответствует формальной логике, но несколько нивелирует значимость установленных законодателем критериев определения степени тяжести вреда здоровью.

В то же время сплав медицинских и юридических категорий приводит к значительной (а порой – непреодолимой) неопределенности относительно возможности превышения пределов необходимой обороны, когда причиняется тяжкий вред здоровью в ответ на действия, также предполагающие тяжкий вред здоровью, но несколько иного характера. К примеру, в ходе самозащиты действия обороняющейся привели к прерыванию беременности

нападавшей, когда последняя с помощью кислоты пыталась обезобразить лицо первой. В соответствии со ст. 111 УК РФ каждое из приведенных последствий отвечает категории «тяжкий вред здоровью», но установить их действительную соразмерность или равновесность не представляется возможным.

Каждое общественно опасное последствие по своей сущности уникально и носит индивидуальный характер, что, в свою очередь, открывает широкие возможности по злоупотреблению правом на самозащиту. Парадокс состоит в том, что заинтересованное лицо, обладающее юридическими и медицинскими познаниями, способно соблюсти установленные законодателем пределы необходимой обороны и в то же время применить в их рамках наиболее опасные меры и причинить максимальный вред из категории (перечня) допустимого. Особенно отчетливо данная проблема прослеживается на примере провокационных действий, когда субъект, позиционирующий себя потерпевшим, сам своими действиями или своим аморальным поведением побудил другого к агрессии в отношении себя, тем самым умышленно создал условия для необходимой обороны, в ходе которой у него появилась легитимная возможность причинить вред здоровью. При этом достаточно спорным остается вопрос, касающийся возникновения в указанной ситуации оснований для самозащиты. В данном ключе убедительным примером предстают исторические события, связанные с дуэльной обороной, в рамках которой отстаиваются честь и достоинство.

С.В. Тасаков справедливо отмечает: «Нельзя согласиться с тем, что нравственные страдания лица, подвергшегося оскорблению, значительно меньше тех, которые испытывает человек при применении к нему насилия»¹. Законодатель чрезмерно категоричен в выборе объектов необходимой обороны, когда относит к ним только жизнь и здоровье. Между тем права собственности, неприкосновенность жилища и другие социальные интересы весьма значимы для граждан, но они для уголовного и административного права оказались не актуальными.

В ряде зарубежных государств демонстрируется иной подход к определению необходимых границ и условий для реализации

¹ Тасаков С.В. Нравственные начала уголовного закона о необходимой обороне // Уголовное право. 2006. № 5. С. 80–83.

права на самозащиту. Например, по английским законам, «если кто-то входит в чужой дом и отказывается уйти по требованию хозяина, то по истечении определенного времени хозяин вправе убить его, и такой способ защиты прав собственника признается необходимым»¹, однако данная законодательная позиция открывает возможности для различных вариантов злоупотребления правом. Так, «в октябре 2016 года двое преступников серьезно пожалели о своей попытке ограбить жилой дом человека по имени Гарри, который был неоднократно судим за изнасилования мужчин. Оба грабителя в течение пяти дней подвергались сексуальному насилию со стороны хозяина дома»².

Осуществление права на самооборону выразилось через крайнюю из всех возможных форм злоупотребления – самосуд посредством насильственных действий сексуального характера. Некоторые исследователи даже оправдывают подобного рода подход, указывая на то, что «обороняющийся должен иметь право защиты неприкосновенности своего жилища и собственности путем причинения любого вреда здоровью человека, в том числе и смерти»³.

В то же время нельзя не учитывать и мнение общественности. Так, в 2014 году предметом ожесточенных дискуссий выступал законопроект «Мой дом – моя крепость». Основная идея документа заключалась в предоставлении гражданам исключительного права на применение оружия в стенах своего дома в случае необходимой обороны, а лица, воспользовавшиеся таким правом, не подлежали бы наказанию⁴. Согласно социологическим опро-

¹ Решетников Ф.М. Буржуазное право – орудие защиты частной собственности. Москва, 1982. С. 134.

² «Человек-волк» из США в течение пяти дней насилует грабителей у себя дома // Федеральное агентство новостей (Riafan.ru). URL: <https://riafan.ru/562154-chelovek-volk-iz-ssha-v-techenie-pyati-dnei-nasiloval-grabitelei-u-sebya-doma> (дата обращения: 10.05.2019).

³ Тасаков С.В. Необходимая оборона в системе обстоятельств, исключающих преступность деяния, по уголовному праву России // Вестник Чувашского университета. 2005. № 1. С. 91.

⁴ См.: Протокол заседания экспертной рабочей группы федерального уровня от 15 апреля 2014 года № 1 (г. Москва). О рассмотрении общественной инициативы «Мой дом – моя крепость!». URL: https://www.roi.ru/upload/1016_002323457.pdf (дата обращения: 15.05.2019).

сам, более 60% граждан поддерживают данную инициативу¹. На наш взгляд, потерпевший при отсутствии условий, не терпящих отлагательств, обязан потребовать от посягающего на его права лица прекращения преступных действий, и только в случае получения отказа или их продолжения допустимо в полном объеме реализовать необходимую оборону, не опасаясь какого-либо злоупотребления и уголовной ответственности.

Не менее важным аспектом рассматриваемого вопроса выступает предварительная самозащита, заключающаяся в нанесении превентивного удара при явном намерении посягателя совершить преступление. Указанное деяние, направленное в первую очередь на профилактику правонарушений, нередко приводит к весьма неблагоприятным последствиям, в том числе и для обороняющегося. В качестве примера можно привести защитные сооружения (капканы, ловушки), срабатывающие автоматически, не способные отличить злоумышленника от простого прохожего или заигравшегося ребенка. Как указывает Е.В. Герасимова, «соответствующие механизмы с трудом поддаются регулировке, они способны причинять вред больший, чем это допускается правилами необходимой обороны»². Подобные действия следует рассматривать как злоупотребление правом. В частности, исключением из запрета могут выступать случаи, когда причиненный вред соответствует характеру непосредственной угрозы, исходящей от конкретного посягательства³, но законодатель мог бы попытаться тщательно отрегулировать эти формы самозащиты.

Сложившаяся в настоящее время судебно-следственная практика показывает, что в делах, связанных с решением вопроса о превышении пределов необходимой обороны, бремя дока-

¹ «Мой дом – моя крепость». Пресс-служба Общественной палаты Российской Федерации. URL: <https://www.oprf.ru/press/news/2014/newsitem/26279> (дата обращения: 15.05.2019).

² Герасимова Е.В. К вопросу об условиях правомерности необходимой обороны // Актуальные вопросы борьбы с преступлениями. 2015. № 2. С. 7.

³ О применении судами законодательства о необходимой обороне и причинении вреда при задержании лица, совершившего преступление: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 27 сентября 2012 года № 19 // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 2012. № 11. С. 2.

звания невинности лежит именно на плечах обороняющегося, не являющегося инициатором произошедших событий. Для разрешения сложившейся в целом неблагоприятной ситуации в доктрине уголовно-правовой науки выдвигаются предложения, направленные на исключение категории «превышение пределов необходимой обороны» и закрепление положения о том, что любой вред в процессе самозащиты является правомерным¹. Тем самым всю ответственность за наступившие последствия предлагается возложить на нападавшего, в том числе и те, что непосредственно связаны с его жизнью и здоровьем как закономерным результатом его действий. При данных обстоятельствах значительно сужаются возможности злоупотребления при соблюдении соответствующих пределов допустимости, что, в свою очередь, полностью нивелируется опасностью и последствиями провокации другого лица с целью причинения вреда в процессе самозащиты.

Таким образом, необходимая оборона, являясь одним из важнейших институтов российского права, одновременно выступает площадкой для наиболее опасных вариантов злоупотребления любым из прав.

¹ См.: Герасимова Е.В. К вопросу об условиях правомерности необходимой обороны // Актуальные вопросы борьбы с преступлениями. 2015. № 2. С. 11.

*Иваньшина А.Э.,
адъюнкт адъюнктуры Нижегородской
академии МВД России*

**Противодействие злоупотреблению правом
органов предварительного расследования
на свободную тактику стимулирования обвиняемого
к признанию своей вины в ходе проведения допроса
и иных следственных действий**

Признательные показания обвиняемого, несмотря на многие законодательные оговорки, по-прежнему занимают центральные позиции в системе доказывания¹. Наше погружение в названную проблематику подтвердило справедливость этого тезиса. С другой стороны, проведенное нами исследование показало, что в исторической ретроспективе получение признания редко обходится без различных стимулирующих технологий, которые далеко не всегда укладываются в законные рамки. Таким образом, вокруг признательных показаний обвиняемого всегда присутствует ореол позитивных (законных) и негативных (противозаконных) средств стимулирования к признанию. Проблема негативного стимулирования обвиняемого к признанию вины тесно сопрягается с проблемой злоупотребления правом сотрудников органов расследования на свободу тактики следственных действий.

Злоупотребление правом в формальном контексте получения признательных показаний можно рассмотреть в двух аспектах. Первый аспект касается злоупотребления правами, представленными органам расследования для активизации процесса познания по уголовному делу, слишком широкое понимание этих прав. Второй аспект, напротив, связан с прямым игнорированием ос-

¹ См.: *Барабаш А.С.* Доказательственная ценность признания обвиняемым своей вины вчера, сегодня // Вестник Волгоградского государственного университета. 2015. № 1. С. 19; *Андросенко Н.* Признание обвиняемым своей вины как доказательство по уголовному делу // Мировой судья. 2008. № 2. С. 15–18.

новых прав обвиняемого, а также нормативных положений, которые косвенно уточняют пределы стимулирующего воздействия на обвиняемого со стороны органов расследования.

В указанной ситуации вполне законное предписание может превратиться в источник импровизаций, сомнительных с точки зрения закона. В этой связи наше внимание привлекла ч. 2 ст. 189 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ), запрещающая на допросе задавать наводящие вопросы и позволяющая свободную тактику допроса. Исходя из этой нормы, при получении признания от обвиняемого у стороны обвинения появляется право самостоятельно выбирать тактику допроса. Этим законодатель привносит в процесс допроса творческое начало, которое стимулирует и допрашиваемого, и того, кто производит допрос. Данное право, при должном его исполнении, способствует расположению обвиняемого к плодотворному сотрудничеству на добровольных началах.

Однако подобная свобода порождает значительные проблемы. Главная проблема рассматриваемого вопроса выражается в том, что, являясь субъектами власти, сотрудники органов расследования нередко превышают свои служебные полномочия, используя право самостоятельного выбора тактики допроса как право на самый широкий набор средств получения признательных показаний. Имеют место случаи, когда под видом специфической тактики допроса к обвиняемому применяется физическое и психическое принуждение, зарекомендовавшее себя эффективным средством стимулирования обвиняемого к «сотрудничеству» с органами расследования.

К сожалению, криминализация и общественное осуждение негативных средств стимулирования обвиняемого к признанию вины полностью не изжили этого отрицательного феномена. Данный факт подтверждает следственная и судебная практика. Так, например, Третьяковский районный суд в 2018 году вынес обвинительный приговор в отношении сотрудников полиции, занимавших должности заместителя отделения отдела полиции и оперуполномоченного. Указанные лица применили негативные средства стимулирования в отношении трех граждан, задержанных по подозрению в совершении преступления, предусмотренного п. «б» ч. 2 ст. 158 Уголовного кодекса Российской Федера-

ции (далее – УК РФ): насилие, выраженное в причинении физических страданий, унижении человеческого достоинства, а также психологическое воздействие.

При получении признания сотрудники не остановились на достигнутом, а продолжили негативное воздействие на подозреваемых с целью получения дополнительных сведений. К тому же они неоднократно применяли такие специальные средства, как противогаз, наручные браслеты и электрошоковое устройство. Не трудно догадаться, что сотрудникам не понадобилось большого количества времени для получения такого признания¹. Этот пример далеко не единственный.

Конечно же, кто-то может упрекнуть нас в том, что само право выбора тактики допроса здесь не имеет значения. Эти сотрудники не злоупотребляли этим правом, а совершали преступление. И, тем не менее, мы считаем, что ч. 2 ст. 189 УПК РФ все-таки содержит в себе предпосылки для злоупотребления правом на процессуальную свободу и трансформирует это право в произвол выбора средств допроса.

Представляется, что законодатель этот подвох в законе чувствует. Не напрасно в перечень общих условий предварительного расследования включены напоминания, которые фактически корректируют свободу тактики допроса и других следственных действий. Согласно ч. 4 ст. 164 УПК РФ при производстве допроса, как и другого следственного действия, нельзя применять насилие или угрозы его применения в отношении любого участника уголовного судопроизводства. Подобное право закреплено и в ст. 21 Конституции Российской Федерации, согласно которой «никто не должен подвергаться пыткам, насилию, другому жестокому или унижающему человеческое достоинство обращению или наказанию» и т. д. Однако эти законодательные условия также игнорируются. Примером может служить указанный выше приговор Третьяковского районного суда.

Таким образом, можно утверждать, что случаи злоупотребления правом сотрудниками органов расследования в самых раз-

¹ Приговор Третьяковского районного суда (Алтайский край) № 1-1/2018 1-2/20171-79/2016 от 23 июля 2018 года по делу № 1-1/2018. URL: <https://www.sudact.ru> (дата обращения: 26.03.2019).

ных вариациях при производстве допроса являются реальной проблемой для уголовного процесса. Полностью исключить подобные случаи невозможно, однако минимизировать их «можно и должно».

В рамках противодействия злоупотреблению органов расследования своими правами в первую очередь необходимо повысить моральные и нравственные качества сотрудников правоохранительных органов, а также их отношение к профессиональной деятельности. Именно внутренние качества и отношение человека к его обязанностям позволяют совершать или воздерживаться от совершения тех или иные поступков.

Помимо этого, необходимо отметить, что не только от самого человека всецело зависит процесс минимизации злоупотребления правом. Законодатель предусмотрел уголовную ответственность за подобные нарушения, к ним относятся ст. 285 УК РФ «Злоупотребление полномочиями», ст. 286 УК РФ «Превышение должностных полномочий» или иные статьи в зависимости от совершаемых действий (ст. 105, 111, 115, 131 УК РФ и т. д.). Предложенные направления являются наиболее эффективными при противодействии злоупотреблению правом сотрудниками полиции.

Кроме уголовно-правовых средств, существует масса других. УПК РФ пытается соблюсти баланс между потребностью в эффективности расследования уголовного дела и обязанностью соблюдать права личности. С одной стороны, УПК РФ «развязал руки» органа расследования в выборе тактики следственных действий, но с другой – установил ряд норм, противодействующих злоупотреблениям в этом вопросе. Та же часть ст. 164 УПК РФ ограничивает объем действий сотрудника при выборе тактики допроса, а также при желании использования негативного стимулирования. Она оставляет лишь те действия, которые не нарушают права и свободы человека и гражданина и не противоречат действующему законодательству.

Несмотря на то, что противоборство злоупотреблению правом выражено не так ярко, как в уголовном законодательстве, однако так или иначе законодатель имеет рычаг, с помощью которого можно ограничить неправомерные действия сотрудников правоохранительных органов.

Однако вышеуказанных направлений противодействия злоупотреблениям в уголовном, уголовно-процессуальном законодательстве, по мнению автора, недостаточно для минимизации совершаемых злоупотреблений. На наш взгляд, необходимо не просто иметь общие положения относительно тактики допроса. Для этого видится целесообразным прописать в ч. 2 ст. 189 УПК РФ положение, согласно которому следователь не просто имеет право самостоятельно выбирать тактику допроса, но также указать, что такая тактика не должна нарушать законные права и свободы допрашиваемого.

Подобную формулировку неоднократно можно встретить в положениях УПК РФ, таких, например, как принципы уголовного судопроизводства. Несмотря на это автор считает, что подобный шаг сделает акцент на основах законности и добровольности при производстве следственных действий (в частности допроса) и способствует снижению злоупотребления сотрудниками органов расследования.

По вопросу, относящемуся к преодолению игнорирования прав обвиняемого, необходимо говорить об усилении контроля за организацией работы с последним и производством следственных действий. Кроме этого, следует учесть, что в настоящее время имеется огромный спектр информационных технологий, использование которых позволит решить имеющуюся проблему. В качестве примера можно привести средства видеофиксации. Их использование позволит не просто минимизировать случаи злоупотребления правом на свободу тактики допроса, но также и исключить случаи применения негативных средств стимулирования обвиняемого к признанию своей вины. Указанные меры позволят обеспечить защиту от внешнего воздействия и предоставят возможность достоверно зафиксировать дачу признательных показаний.

В части 4 ст. 189 УПК РФ сказано, что при осуществлении допроса «по инициативе следователя или по ходатайству допрашиваемого лица в ходе допроса могут быть проведены фотографирование, аудио- и (или) видеозапись»¹, однако в данном случае

¹ Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 года № 174-ФЗ (в ред. от 01.04.2019). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 22.05.2019).

это является правом следователя, который может как использовать его и применять технические средства при производстве допроса, так и отказаться от него. Было бы целесообразным изменить ч. 4.1 ст. 189 УПК РФ и добавить в нее положение, согласно которому «при производстве допроса подозреваемого и обвиняемого обязательна видеофиксация».

В этой связи автор предлагает производить обязательную видеофиксацию получения признательных показаний обвиняемого, вне зависимости от решения самого следователя. Подобное положение позволит: 1) обезопасить обвиняемого от применения негативного стимулирования; 2) минимизировать случаи злоупотребления сотрудниками органов расследования своими полномочиями и правами обвиняемого; 3) исключить возможность конфликтной ситуации по факту производства допроса, так как все будет зафиксировано.

Исходя из вышесказанного автор отмечает, что проблема злоупотребления правом на свободную тактику допроса и других следственных действий остро стоит в уголовном процессе и приводит к фактам негативного стимулирования обвиняемого.

Для решения указанной проблемы и исключения случаев злоупотребления правом автор предлагает следующие варианты решений.

1. Необходимо осуществлять тщательную работу с сотрудниками органов расследования по вопросам повышения их моральных и нравственных качеств, а также отношения к своей служебной деятельности.

2. В части 2 ст. 189 УПК РФ нормативно закрепить положение о тактике допроса в следующей редакции: «следователь вправе самостоятельно выбирать тактику допроса, которая не будет нарушать законных прав и свобод допрашиваемого».

3. Усилить контроль за деятельностью органов расследования при осуществлении взаимодействия с подозреваемыми и обвиняемыми. Для этого дополнить ст. 189 УПК РФ предписанием, раскрывающим особенности допроса подозреваемого и обвиняемого, в следующей редакции: «при производстве допроса подозреваемого и обвиняемого обязательна видеофиксация».

Ивенин В.О.,

адъюнкт адъюнктуры Нижегородской
академии МВД России

Злоупотребление правом как явление, дестабилизирующее оперативно-разыскные отношения

Разрабатывая тематику злоупотребления правом, мы в первую очередь вспоминаем вопросы злоупотребления полномочиями со стороны должностных лиц правоохранительных органов. Часто нам приходится слышать о злоупотреблениях со стороны сотрудников оперативных подразделений органов внутренних дел, *aditum nocendi perfido praestat fides*¹. Тем не менее, понимая фундаментальное отличие оперативно-разыскной деятельности (далее – ОРД) от предварительного расследования по объему тактического функционала и причинам обособленного существования данных двух институтов, мы вспоминаем, что *abusus non tollit usum*² и *de duobus malis minimum*³, когда приходит осознание значимости ОРД, находящейся на тонкой грани правомерности, для принципа неотвратимости наказания.

Вместе с тем, в научном сообществе не предпринимаются попытки по исследованию вопросов противодействия злоупотреблениям правом, дестабилизирующим оперативно-разыскные правоотношения и совершаемым не самими субъектами ОРД, а лицами, уполномоченными в связи с занимаемым ими положением влиять на функционирование данного направления правоохранительной деятельности.

В то же время такие лица могут быть как общим субъектом, так и специальным, наделенным дополнительным квалифицированным признаком, например, служебным положением, не даю-

¹ Доверие, оказываемое вероломному, дает ему возможность вредить (лат.).

² Злоупотребление не отменяет употребления (лат.).

³ Из двух зол надо выбирать меньшее (лат.).

щим потенциальному виновному права на проведение оперативно-разыскных мероприятий (далее – ОРМ), но предоставляющим ему возможность влиять на оперативную работу путем совершения определенных действий или бездействием. Такими лицами, в частности, могут быть: прокурор, уполномоченный на надзор за ОРД; судья, санкционирующий проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан; следователь, принимающий на основании проверочных мероприятий те или иные процессуальные решения.

Любой из перечисленных субъектов, в случае личной заинтересованности в исходе и результативности ОРД (например, в благополучии виновного ввиду сложившихся с ним межличностных отношений), может повлиять на оперативно-разыскное производство.

В уголовном законе существуют нормативные «зачатки» охранительного направления¹ уголовно-правового обеспечения ОРД (см. таблицу).

В современных правовых реалиях актуален вопрос о том, *следует ли планировать криминализацию общественно опасного злоупотребления, направленного на причинение вреда оперативно-разыскным отношениям и дестабилизацию соответствующего вида правоохранительной деятельности, но совершаемого не субъектами ОРД, а иными должностными лицами?* На наш взгляд, подобная нормотворческая перспектива более чем оправдана.

Аргументировать это возможно социологическим методом. Нами был проведен опрос сотрудников и руководителей оперативных подразделений ОВД (72 респондента) методом анкетирования с постановкой поливариантных вопросов. Средний стаж службы в оперативных подразделениях у респондентов составляет 5,05 лет (совокупно: 353,3 года на 72 сотрудника). Опрошенным был представлен перечень вопросов, напрямую связанных с тематикой нашего исследования.

¹ См.: Ивенин В.О. О направлениях уголовно-правового обеспечения оперативно-разыскной деятельности: перспективы криминализации // Оперативник (сыщик). 2018. № 2 (55). С. 37–40.

**Примеры обеспечительного воздействия норм
действующей редакции Особенной части Уголовного кодекса
Российской Федерации (далее – УК РФ) на ОРД**

<i>Норма Особенной части уголовного закона</i>	<i>Обеспечиваемое положение оперативно-разыскного законодательства</i>
ч. 2 ст. 137 УК РФ ст. 138 УК РФ ст. 139 УК РФ	п. 3 ч. 8 ст. 5, ст. 9 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» (далее – Федерального закона об ОРД)
ст. 138.1 УК РФ	ч. 7, 8, 9 ст. 6 Федерального закона об ОРД
ст. 283, 283.1, 284, 311, 320 УК РФ	ч. 10. ст. 8 Федерального закона об ОРД ст. 12 Федерального закона об ОРД п. 5 ч. 1 ст. 14 Федерального закона об ОРД
ст. 285 УК РФ ст. 286 УК РФ ч. 4 ст. 303 УК РФ ст. 304 УК РФ	ст. 5 (п. 4 ч. 8 ст. 5, в частности), 6, 7 Федерального закона об ОРД

В частности, первый вопрос посвящен регулятивному направлению уголовно-правового обеспечения ОРД. Современное оперативно-разыскное законодательство содержит в себе ряд положений уголовно-правовой природы, предусматривающих возможность правомерного причинения вреда общественным отношениям в рамках решения задач ОРД (ч. 4 ст. 16 и ч. 4 ст. 18 Федерального закона об ОРД), однако, рассматривая соответствующие положения с позитивистской позиции и учитывая, что согласно ст. 1 и 3 УК РФ единственным источником отечественного уголовного права является УК РФ, соответствующие положения оперативно-разыскного законодательства, имеющие уголовно-правовую природу, являются юридически несостоятельными до того момента, пока они не будут отражены в уголовном законе. Таким образом, из изложенного следует, что *если субъект ОРД, реализуя свои права, предусмотренные оперативно-разыск-*

ным законодательством, действуя в целях решения задач данного направления правоохранительной деятельности, причиняет общественным отношениям существенный вред, то применение им оперативно-разыскного права образует уголовно наказуемое злоупотребление в силу того, что сам УК РФ не предусмотрел иной альтернативы из-за своей несогласованности с Федеральным законом об ОРД.

Подобное положение породило неоднородную следственно-судебную практику и произвольное толкование уголовного закона, за которыми последовало расхождение теории и практики (что для публично-правовой отрасли недопустимо). Указанных осложнений можно было бы избежать путем внедрения в главу 8 УК РФ специального обстоятельства, исключающего преступность деяния, как это, например, предусмотрено в ст. 35 и п. 9 ч. 1 ст. 53 УК Республики Казахстан, ст. 43 и п. 9 ч. 1 ст. 66 УК Украины, ст. 38 и п. 9 ст. 63 УК Республики Беларусь.

Различные исследователи в разное время предлагали к включению в УК РФ разработанные ими варианты специальных обстоятельств, исключающих преступность деяния, которые могли бы разрешить приведенную выше проблему. Так, А.В. Савинский предлагает ст. 42.1 «Выполнение специального задания органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность (мнимое соучастие)»¹, К.И. Попов – ст. 42.1 «Правомерное причинение вреда при осуществлении оперативно-розыскной деятельности»², Г.С. Шкабин – ст. 39.1 «Причинение вреда при проведении оперативно-розыскного мероприятия»³, Е.В. Немчинов – ст. 42.1 «Причинение вреда при выполнении специального задания»⁴,

¹ См.: Савинский А.В. Мнимое соучастие как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Законность. Москва, 2005. № 10. С. 32–33.

² См.: Попов К.И. Правомерное причинение вреда при осуществлении оперативно-розыскной деятельности // Оперативник (сыщик). Москва, 2013. № 1 (34). С. 31–34.

³ См.: Шкабин Г.С. Уголовно-правовое обеспечение оперативно-розыскной деятельности: теоретико-прикладные и законодательные аспекты: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2018. С. 15.

⁴ См.: Немчинов Е.В. Причинение вреда при выполнении специального задания как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Достижения и перспективы правовой науки: сборник статей III Международной научно-практической конференции (10 октября 2014 года, г. Уфа). Уфа, 2014. С. 25–27.

Ю.Г. Железняков – ст. 39.1 «Выполнение специального задания в составе организованной группы или преступного сообщества»¹, А.С. Рабаданов – ст. 42.2 «Выполнение специального задания»², А.П. Дмитренко – «Осуществление принадлежащего лицу права»³, В.И. Михайлов – «Выполнение профессиональных функций»⁴, Д.В. Доманов – «Имитация преступного поведения»⁵, С.В. Пархоменко⁶, В.И. Михайлов⁷, Ю.В. Куликова – «Исполнение закона»⁸, Е.А. Русскевич – ст. 42.1 «Причинение вреда при проведении оперативного внедрения»⁹, С.Ф. Милюков¹⁰,

¹ Железняков Ю.Г. Уголовная ответственность субъектов оперативно-розыскной деятельности, совершивших преступления при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий: дис. ... канд. юрид. наук. Елец, 2009. С. 13.

² См.: Рабаданов А.С. Выполнение специального задания как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Правовая культура. 2011. № 1. С. 97–104.

³ См.: Дмитренко А.П. Институт обстоятельств, исключающих преступность деяния, в уголовном праве России: основы теории, законодательной регламентации и правоприменения: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2011. С. 16.

⁴ См.: Михайлов В.И. Выполнение профессиональных функций как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Уголовное право. 2002. № 2. С. 51–54.

⁵ См.: Доманов Д.В. Имитация преступного поведения // Вестник Восточно-Сибирского института МВД России. 2012. № 1 (60). С. 47–53.

⁶ См.: Пархоменко С.В. Исполнение закона как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: материалы международной научно-практической конференции (29–30 января 2004 года). Москва, 2004. С. 195–197.

⁷ См.: Михайлов В. Исполнение закона как обстоятельство, исключающее преступность деяния // Уголовное право. 2007. № 1. С. 40–44.

⁸ См.: Куликова Ю.В. Исполнение закона как обстоятельство, исключающее преступность деяния: Юридические дисциплины // Всероссийская научно-практическая конференция курсантов, слушателей, студентов, адъюнктов и соискателей «Состояние и перспективы борьбы с преступностью в России»: сборник материалов. Воронеж, 2007. Ч. 1. С. 215–216.

⁹ См.: Дмитренко А.П., Русскевич Е.А. Социально-правовая обусловленность регламентации правомерного причинения вреда при проведении оперативного внедрения // Проблемы применения уголовного законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности: материалы межведомственного круглого стола. Рязань, 2016. С. 50–57.

¹⁰ См.: Милюков С.Ф., Никуленко А.В. Неиспользованные возможности уголовного кодекса России в противодействии коррупции // Проблемы применения уголовного законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности: материалы межведомственного круглого стола. Рязань, 2016. С. 121–129.

А.В. Никуленко – ст. 39.1 «Правомерная провокация»¹, П.В. Агапов – ст. 42.1 «Выполнение специального задания по пресечению либо раскрытию деятельности организованной группы или преступного сообщества»².

Вместе с тем, до тех пор, пока ни одно из указанных авторских предложений не включено в закон, опасная для публичной отрасли права интерпретационная и правоприменительная неоднородность сохраняется, что наиболее полно репрезентует первый поливариантный вопрос нашего социологического исследования: *«Какое решение следует принять правоприменителю в случае причинения вреда охраняемым законом интересам лицом, оказывающим содействие на конфиденциальной основе (например, конфиденнт участвует в банде или в совершаемых ею нападениях в рамках оперативного внедрения)?»*.

Согласно систематизированным данным, полученным в результате анкетирования:

- вариант, предполагающий, что такое лицо следует «привлечь к уголовной ответственности за фактически совершенное преступление», был выбран в 7,22% случаев (6 раз);

- такое же количество ответов было дано в пользу варианта «рассматривать содеянное как обстоятельство, смягчающее уголовное наказание»;

- ответ «не привлекать к уголовной ответственности на основании ч. 4 ст. 18 Федерального закона об ОРД» выбран в 31,3% случаев (26 раз);

- ответ «не привлекать к уголовной ответственности на основании ч. 4 ст. 16 Федерального закона об ОРД» выбран в 28,9% случаев (24 раза);

- ответ «не привлекать к уголовной ответственности в связи с обстоятельством, исключаяющим преступность деяния» выбран в 6,02% случаев (5 раз), при этом в абсолютном большинстве

¹ См.: Никуленко А.В. Возможные перспективы уголовного законодательства России в противодействии взяточничеству и иным коррупционным преступлениям // Уголовная политика, уголовное законодательство: правоприменительная практика: сборник научных статей. Санкт-Петербург, 2016. С. 65–70.

² См.: Агапов П.В. Основы теории регламентации ответственности и противодействия организованной преступной деятельности: монография / под науч. ред. Н.А. Лопашенко. Санкт-Петербург, 2011. С. 202.

случаев выбиралось обстоятельство, предусмотренное ст. 39 УК РФ (крайняя необходимость);

– ответ «решить вопрос по согласованию с ведомственным руководством, прокуратурой, судом» выбран в 19,3% случаев (16 раз).

Следует отметить, что в соответствии с действующим уголовным законом юридически верен именно первый вариант ответа, тем не менее, 92,78% ответов свидетельствуют об устойчивости мнения, что в соответствии с оперативно-разыскным законодательством допускается возможность не привлекать к уголовной ответственности лиц, имитирующих преступную модель поведения в рамках ОРД. Вероятно, представленные показатели обуславливаются распространенностью именно подобной практики в деятельности ОВД, что также свидетельствует о номинальном, выборочном, отношении к нормативному содержанию УК РФ ввиду несовершенства последнего.

Ряд вопросов анкеты был посвящен формированию репрезентативной статистики частоты столкновения сотрудников с поведением, непосредственно направленным на дестабилизацию оперативно-разыскных правоотношений.

На вопрос: «Известны ли Вам случаи воспрепятствования кем-либо осуществлению оперативно-разыскной деятельности?» 65,27% респондентов (47 респондентов) ответили утвердительно. Из них:

– о фактах воспрепятствования ОРД со стороны сотрудников органов прокуратуры известно 46,8% опрошенных (22 респондента), что составляет 30,5% от общей совокупности опрошенных;

– о фактах воспрепятствования ОРД со стороны сотрудников органов предварительного расследования известно 23,4% опрошенных (19 респондентов), что составляет 15,2% от общей совокупности опрошенных;

– о фактах воспрепятствования ОРД со стороны судей известно 12,76% опрошенных (6 респондентов), что составляет 8,3% от общей совокупности опрошенных;

– о фактах воспрепятствования ОРД со стороны должностных лиц оперативных подразделений известно 38,29% опрошенных (18 респондентов), что составляет 25% от общей совокупности опрошенных;

– о фактах воспрепятствования ОРД со стороны лиц, в отношении которых осуществляются оперативно-разыскные меро-

приятия, известно 44,68% опрошенных (21 респондент), что составляет 29,16% от общей совокупности опрошенных;

– о фактах воспрепятствования ОРД со стороны иных лиц, в отношении которых осуществляются оперативно-разыскные мероприятия, известно 8,5% опрошенных (4 респондента), что составляет 5,5% от общей совокупности опрошенных.

Респондентам также было предложено самостоятельно изложить, в каком поведении было выражено такое воспрепятствование. В данных анкетирования встречаются, например, следующие формулировки:

- требования прекратить ОРД и уголовное преследование;
- неправомерные действия адвоката;
- устный запрет на заведение дела оперативного учета, иное воспрепятствование в заведении дела оперативного учета;
- лишение возможности осуществлять ОРД в отношении фигурантов, категорический запрет на оперативную разработку фигуранта;
- отказ в сборе информации;
- отказ в согласовании ОРМ без достаточных к тому оснований;
- требование не предоставлять материалы ОРД для доказывания в орган предварительного расследования;
- требование убрать из дела некоторые доказательства, свидетельствующие о преступной деятельности гражданина;
- огласка о проводимых тайно ОРМ;
- проведение дополнительных проверок прокурорскими работниками;
- привлечение защитника, делающее невозможным использование всего комплекса средств и методов ОРД;
- агрессия со стороны граждан;
- неправомерная переквалификация на менее тяжкое преступление, противодействие в использовании данных ОРД для возбуждения уголовного дела.

Кроме того, в ходе данного социологического исследования было установлено, что 69,4% опрошенных сотрудников известны случаи «утечки оперативно-значимой информации».

Из них:

- 56% (28 респондентам) известно о случаях утечки данных дел оперативных учетов, что составляет 38,9% от общей совокупности опрошенных;

– 38% (19 респондентам) известно о случаях утечки данных о лицах, оказывающих конфиденциальное содействие (или сотрудничающих), что составляет 26,38% от общей совокупности опрошенных;

– 10% (5 респондентам) известно о случаях утечки данных накопительно-наблюдательного производства, что составляет 6,9% от общей совокупности опрошенных. Такое же количество ответило, что им известны случаи утечки «иных данных».

Из этой же группы опрошенных 56% (28 респондентов) указали, что такая утечка негативно повлияла на качество доказательственной базы.

В процессе анкетирования перед оперативными работниками также был поставлен вопрос: «Известны ли Вам случаи поступления угроз в отношении оперативных работников или лиц, оказывающих им конфиденциальное содействие, в связи с осуществлением оперативно-разыскной деятельности?», на который 45,8% сотрудников (33 респондента) ответили утвердительно.

Из них:

– об угрозах убийством известно 18,2% опрошенных (6 респондентам), что составляет 8,3% от общей совокупности опрошенных;

– об угрозах причинения вреда здоровью известно 60,6% опрошенных (20 респондентам), что составляет 27,77% от общей совокупности опрошенных;

– об угрозах уничтожением или повреждением имущества известно 57,6% опрошенных (19 респондентам), что составляет 26,39% от общей совокупности опрошенных;

– об иных угрозах (в частности, увольнения или уголовного преследования) известно 18,2% опрошенных (6 респондентам), что составляет 8,3% от общей совокупности опрошенных.

На вопрос: «Известны ли Вам случаи клеветы в отношении сотрудников оперативных подразделений?» утвердительно ответили 86,1% сотрудников (62 респондента).

При этом, в данной группе опрошенных ответы на вопрос: «Среди каких лиц были распространены сведения клеветнического характера?» были распределены следующим образом:

– сотрудников органов прокуратуры – 6,4% (4 респондента), или 5,5% от общей совокупности опрошенных;

- сотрудников органов предварительного расследования – также 6,4% (4 респондента);
- судей – 0% опрошенных;
- должностных лиц оперативных подразделений – 9,67% (6 респондентов), или 8,3% от общей совокупности опрошенных;
- лиц, в отношении которых осуществляются оперативно-разыскные мероприятия – 87,09% (54 респондента), или 75% от общей совокупности опрошенных;
- иных лиц – 8,06% (5 респондентов), или 6,9% от общей совокупности опрошенных.

В отдельном вопросе мы попросили сотрудников, которым известны случаи клеветы в отношении субъектов ОРД, указать содержание сведений клеветнического характера:

- клевету о совершении оперативным сотрудником преступления отметили 69,3% (43 респондента), или 59,7% от общей совокупности опрошенных;
- клевету о совершении оперативным сотрудником административного правонарушения отметили 19,3% (12 респондентов), или 16,6% от общей совокупности опрошенных;
- клевету о личных качествах и бытовом поведении оперативного сотрудника отметили 38,7% (24 респондента), или 33,3% от общей совокупности опрошенных.

Изложенные результаты социологического исследования, на наш взгляд, достаточно репрезентативны и подтверждают актуальность разработки механизма уголовно-правового обеспечения ОРД. Соответственно, при разработке средств совершенствования обозначенного механизма следует ориентироваться на конструирование уголовно-правовых норм с целью устранения пробелов в реализации охранительного направления уголовно-правового обеспечения ОРД.

Из всего изложенного в данной статье логично вытекают следующие выводы. Во-первых, применение ряда специальных положений оперативно-разыскного законодательства о правомерном причинении вреда общественным отношениям образует злоупотребление правом до тех пор, пока их состоятельность не будет подкреплена путем их отражения в уголовном законе. Во-вторых, существует необходимость разработки нормативных средств реализации охранительного направления уголовно-право-

вого обеспечения ОРД с целью предупреждения и своевременного правоприменительного реагирования на дестабилизирующие оперативно-разыскные правоотношения факты злоупотребления правом со стороны должностных лиц, уполномоченных оказывать влияние на порядок осуществления ОРД в силу занимаемого ими служебного положения. Вместе с тем, необходимость разработки охранительного механизма в структуре именно уголовного закона обуславливается тесной связью ОРД с интересами правосудия и корреляцией со многими другими общественными отношениями, охраняемыми отдельными разделами и главами УК РФ. Таким образом, злоупотребление правом в целях дестабилизации оперативно-разыскных отношений является общественно опасным, следовательно, должно быть подвергнуто криминализации.

Кипарисов Ф.Г.,
*магистр Института законодательства
и сравнительного правоведения при Пра-
вительстве Российской Федерации*

Пределы бланкетного регулирования в контексте злоупотребления правом

Вопросы бланкетного регулирования представляют существенный интерес. Он объясняется расширением практики использования бланкетных норм в действующем законодательстве, в нормативных правовых актах различной юридической силы, возникающими при этом сложностями, а также юридическими ошибками. Вместе с тем, специальные исследования в области теории права по данной проблематике практически отсутствуют. Перед общетеоретической наукой стоит ряд вопросов, ответов на которые ожидает юридическая практика как в сфере правотворчества, так и правоприменения.

Когда речь идет о бланкетном регулировании, то важно ограничить злоупотребления его использования субъектами правотворчества. В этой связи одним из таких важных вопросов бланкетного регулирования выступает определение его пределов. От его разрешения зависит как законность, так и эффективность нормативного правового регулирования. Особое звучание названная проблематика приобретает в свете построения в Российской Федерации правового государства.

Обращение к научной литературе позволяет констатировать, что проблематика пределов в праве является объектом пристального внимания. Об этом свидетельствует рассмотрение пределов деятельности государственной власти¹, пределов правопримени-

¹ См.: *Еришов Н.Н.* Правовые пределы вмешательства российского государства в сферу экономики: дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 1999; *Филлипова И.С.* Концепции ограничения государственной власти: теоретико-правовое исследование: дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2006.

тельной деятельности¹, пределов реализации субъективных прав². Важно отметить, что анализируются вопросы пределов применения государственного принуждения³, а также пределов государственного контроля⁴. Именно применение принудительных инструментов, необоснованное ограничение прав и свобод граждан в ходе контрольных мероприятий в настоящее время представляют повышенный интерес в свете проводимой реформы законодательства о государственном контроле.

Обращение к справочной литературе позволяет констатировать, что термин «предел» используется при характеристике раз-

¹ См.: *Березин А.А.* Пределы правоприменительного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2007; *Берг Л.Н.* Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008; *Ермакова К.П.* Пределы судебного усмотрения: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2010.

² См.: *Малиновский А.А.* Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен: дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 2009; *Матюшенко А.А.* Теоретико-правовой аспект проблемы установления пределов деятельности субъектов права: на примере сферы предпринимательства: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2003; *Толстик В.А., Куманеев В.В.* К вопросу о злоупотреблении правом // Государственная власть и местное самоуправление. 2001. № 3. С. 45–48.

³ См.: *Макарейко Н.В.* Пределы государственного принуждения // Юридическая наука и практика: Вестник Нижегородской академии МВД России. 2014. № 1 (25). С. 35–39; *Его же.* Пределы государственного принуждения в сфере обеспечения экономической безопасности (общетеоретический аспект) // Союз криминалистов и кримиологов. 2014. № 2 (2). С. 66–74; *Его же.* Пределы административной ответственности в сфере экономической безопасности // Юридическая техника: Ежегодник. 2018. № 12: Ограничения в праве: теория, практика, техника. С. 228–233; *Рогов А.П.* Особенности государственного принуждения в правовом государстве: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2013. С. 89–178; *Струков А.В.* Правовые пределы принуждения в досудебных стадиях уголовного судопроизводства России: дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2009.

⁴ См.: *Макарейко Н.В.* Пределы общественного контроля за административной деятельностью полиции // Актуальные вопросы контроля и надзора в социально значимых сферах деятельности общества и государства: материалы III Всероссийской научно-практической конференции (Россия, Нижний Новгород, 29–30 июня 2017 года) / отв. ред. А.В. Мартынов. Нижний Новгород, 2017. С. 392–401; *Макарейко Н.В.* Пределы административного принуждения при осуществлении государственного контроля // Актуальные вопросы контроля и надзора в социально значимых сферах деятельности общества и государства: материалы II Всероссийской научно-практической конференции (Россия, Нижний Новгород, 9–10 июня 2016 года) / отв. ред. А.В. Мартынов. Нижний Новгород, 2016. С. 310–320.

личных процессов и явлений и рассматривается в качестве соответствующих границ, крайних степеней, граней явлений (процессов), мер, норм, критических точек проявлений свойств и определенных качеств¹.

Убеждены, что предел является тем рубежом, за которым соответствующее явление или процесс прекращает свое существование, переходит в новое состояние, в том числе и противоположное предыдущему. Так, А.А. Березин, рассматривая проблематику пределов при осуществлении применения права (правоприменительное усмотрение), относит его к одному из важных правовых инструментариев, имеющих конкретные границы, которые позволяют субъектам правоприменения, учитывая индивидуальное юридическое дело, его фактические обстоятельства, принять решение, которое отвечает в комплексе требованиям законности, справедливости и целесообразности².

Встречаются публикации, когда авторы дискутируют на предмет обоснованности использования понятий «предел» и «граница», конкуренции между ними³. Мы полагаем, что данная проблематика находится на периферии научного знания по причине своей надуманности, «искусственного» характера и уводит от сущностной характеристики пределов при характеристике того или иного явления (процесса) в области права.

При исследовании пределов бланкетного правового регулирования следует последовательно дать ответы на ряд взаимосвязанных вопросов. Прежде всего, о необходимости бланкетного регулирования. Казалось, что ответ на этот вопрос является очевидным и существующая правотворческая практика убедительно свидетельствует об этом. Вместе с тем, в научной литературе встречаются публикации, авторы которых критикуют использование названного инструментария. По мнению В.В. Черникова, необходимо ограничить использование бланкетных конструкций. Такое решение позволит предупредить

¹ См.: *Ефремова Т.Ф.* Толково-словообразовательный словарь русского языка: в 2 т. Москва, 2001. Т. 2. С. 187.

² См.: *Берг Л.Н.* Судебное усмотрение и его пределы: общетеоретический аспект: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2008. С. 95.

³ См. там же. С. 107.

принятие непригодных актов и правовых норм. Продолжая развивать свою позицию, указанный автор отмечает, что «идеальный вариант – когда реализация правовой нормы не требует дополнительного правового обеспечения, то есть является нормой прямого действия»¹.

Необходимо признать, что бланкетное регулирование «утяжеляет» текст нормативного правового акта и в конечном счете усложняет его применение, что может быть катализатором юридических ошибок. В этой связи необходимо взвешенно подходить к использованию бланкетного регулирования, прибегать к его потенциалу в тех ситуациях, когда отсутствуют альтернативы, но при этом задействовать соответствующие правовые ограничения.

Необходимо присоединиться к позиции А.В. Малько, по его мнению, правовое ограничение необходимо воспринимать в качестве правового сдерживания противозаконного деяния, создающего условия, удовлетворяющие интересы контрсубъекта, а также общественные интересы с позиции охраны и защиты, которые установлены в праве и являются границами, в пределах которых лица (субъекты) должны действовать, но исключая определенные возможности для деятельности других лиц².

Использование потенциала бланкетного правового регулирования сегодня востребовано отечественными субъектами правотворчества, что позволяет детализировать соответствующие правила поведения. Такое положение, по мнению В.В. Лазарева, дает возможность обеспечить экономию средств выражения воли субъекта правотворчества³. А.В. Демин аргументирует необходимость использования бланкетного регулирования в целях обеспечения определенности налогообложения, что детализирует

¹ Черников В.В. Нормотворческие ошибки: виды, предупреждение и выявление (из опыта МВД России) // Правотворческие ошибки: понятие, виды, практика и техника устранения в постсоветских государствах: материалы Международного научно-практического круглого стола (29–30 мая 2008 года) / под ред. В.М. Баранова, И.М. Мацкевича. Москва, 2009. С. 53.

² См.: Малько А.В. Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд., перераб. и доп. Москва, 2005. С. 91.

³ См.: Общая теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева. 4-е изд., перераб. и доп. Москва, 2005. С. 189–194.

требования субъектов фискального контроля, делает их понятными и прогнозируемыми для налогоплательщиков¹.

В этой связи можно констатировать востребованность бланкетного регулирования. При этом во главу угла здесь должно быть положено требование законности. Обозначенная точка зрения нашла свою поддержку в уголовно-правовой литературе. По мнению Б.В. Яценко, при осуществлении конструирования бланкетных норм уголовного права следует неукоснительно и последовательно, учитывая принцип законности, ограничивать (минимизировать) пределы уголовной противоправности, задействуя при этом исключительно инструментарий федерального закона, оставив за границами уголовно-правовой регламентации меньшие по своей юридической силе нормативные правовые акты². Развивая свою позицию, указанный автор отмечает, что оформление бланкетных элементов уголовного закона в нарушение требований, составляющих принцип законности, явилось результатом отправления отечественным законодателем делегированного нормотворчества. В настоящее время она (практика) имеет место как в открытой, так и завуалированной форме. Данную точку зрения он последовательно отстаивает и в других своих публикациях³.

Необходимо обратить внимание, что некоторые авторы отмечают, что при использовании бланкетных конструкций в уголовном праве не следует ограничиваться отсылками исключительно к федеральным законам. В этой связи Н.И. Пикуров пишет, что при использовании бланкетных конструкций в Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации «невозможна и детализация бланкетных признаков лишь с помощью федеральных законов»⁴.

¹ См.: *Демин А.В.* Принцип определенности налогообложения: монография. Москва, 2015.

² См.: *Яценко Б.В.* Проблемы соблюдения принципа законности в контексте совершенствования уголовного законодательства России // *Уголовное право*. 2017. № 4. С. 129.

³ См.: *Яценко Б.В.* Противоречия уголовно-правового регулирования: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Москва, 1997.

⁴ *Пикуров Н.И.* Квалификация преступлений с бланкетными признаками состава: монография. Москва, 2009. С. 26–27.

Задействование бланкетных конструкций не только напрямую может приводить к нарушению законодательства, но и создавать условия для совершения коррупционных правонарушений в будущем. Н.И. Хлуденева, проведя анализ ряда нормативных правовых актов в области обеспечения экологической безопасности, приходит к выводу, что наличие значительного числа юридических неопределенностей, отсылочных и бланкетных конструкций (норм), в том числе необоснованно расширяющих границы усмотрения субъектов правоприменения, способствует развитию коррупционных отношений в данной области¹. С таким утверждением следует согласиться, но такое положение не исключает использование бланкетного нормативного правового регулирования, а предъявляет повышенные требования при его отправлении.

Было бы ошибочным утверждение, что практика использования бланкетного регулирования получила широкое распространение исключительно в Российской Федерации. В литературе на примере нормативного правового регулирования рекламных отношений в нашей стране и Испании убедительно доказывается обратное². Следует учитывать специфику рекламных отношений, где пересекаются вопросы упорядочения экономических, прежде всего предпринимательских отношений, а также отношений в других областях общественной жизни, в связи с чем использование бланкетных конструкций является необходимым инструментом конкретизации нормативных правовых требований.

Исключить бланкетное регулирование при всех возникающих при этом сложностях не представляется возможным, однако необходимо усилить контроль за ее использованием с позиции законности. Мы полагаем, что имеется потребность в ограничении отсылок к актам меньшей юридической силы только на одну ступень. Вместе с тем, имеют место ситуации, когда в законах присутствуют отсылки сразу на несколько ступеней. Так, одним

¹ Хлуденева Н.И. Коррупциогенные факторы в экологическом законодательстве // Журнал российского права. 2015. № 6. С. 98.

² См.: Кузина Н.Н., Страунинг Э.Л. Правовое регулирование рекламных отношений в России и Испании (сравнительно-правовое исследование). Москва, 2014.

из препятствий при поступлении на государственную гражданскую службу является наличие определенных заболеваний. Перечень подобных заболеваний, в том числе процедуру прохождения диспансеризации, а также форму медицинского заключения устанавливает соответствующее федеральное ведомство исполнительной власти¹. Для конкретизации названного требования необходимо обратиться к приказу Минздравсоцразвития Российской Федерации². Мы убеждены, что следовало бы принять соответствующее постановление Правительства Российской Федерации по названному вопросу. Другими словами, необходимо на уровне формирования бланкетных норм в обязательном порядке учитывать иерархию источников права при использовании бланкетных норм³.

Субъект правотворчества, который должен окончательно оформить бланкетную конструкцию, имеет реальные шансы сформировать правило поведения, которое по своему духу принципиально отличается от того, что изначально предусмотрено в бланкетной норме. Здесь кроется существенная опасность в нарушении законности.

Выходом из создавшегося положения могла бы стать детализация требований к бланкетному нормативному правовому регулированию в федеральном законе о нормативных правовых актах, проект которого давно обсуждается в научном сообществе и ожидается субъектами правотворчества.

¹ О государственной гражданской службе Российской Федерации: федеральный закон от 27 июля 2004 года № 79-ФЗ (ст. 16) // Собрание законодательства Российской Федерации. 2004. № 31, ст. 3215.

² Об утверждении Порядка прохождения диспансеризации государственными гражданскими служащими Российской Федерации и муниципальными служащими, перечня заболеваний, препятствующих поступлению на государственную гражданскую службу Российской Федерации и муниципальную службу или ее прохождению, а также формы заключения медицинского учреждения: приказ Минздравсоцразвития Российской Федерации от 14 декабря 2009 года № 984н // Российская газета. 2010. 22 января.

³ См.: Жильцов М.А. Проблемы формулирования отсылочных и бланкетных норм в трудовом праве // Российский юридический журнал. 2012. № 5. С. 170–175.

Кочнева А.А.,
*адъюнкт адъюнктуры Нижегородской
академии МВД России*

Некоторые вопросы противодействия злоупотреблению абсолютными интеллектуальными правами

Рассматривая юридическую природу современных отношений, возникающих на базе интеллектуальной собственности, можно сделать вывод об их конституционной направленности. Это обусловлено тем, что Конституция Российской Федерации гарантирует свободу литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. Интеллектуальная собственность охраняется законом. Следовательно, интеллектуальные права на законодательном уровне призваны быть неотъемлемыми и абсолютными, а в объективной реальности – монопольными и бесконкурентными¹, однако данные признаки иногда раскрывают негативную сторону, возникающую при реализации указанных прав в действительности.

Рождаются объективные ситуации, при которых абсолютизм перевоплощается в доминирование прав одних субъектов над правами других посредством наиболее расширенного и выходящего за определенные законом рамки процесса реализации этих прав. Данная картина нарушает нормальное функционирование качества равновесности права в целом, так как правовое равенство участников системы связей дестабилизируется.

Таким образом, возникающее злоупотребление правом с определенной стороны субъектов характеризуется несправедливостью, неэквивалентностью, непропорциональностью реализованных прав, а также предзнаменует нарушение принципов свободы усмотрения, свободы договора, принципа неприкосновенности. Благодаря таким негативным изменениям выстраивается

¹ См.: Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 2 / под общ. ред. М.В. Карпычева, А.М. Хужина. Москва, 2019.

структура взаимодействия субъектов с иерархией их социально-правового статуса, что, в свою очередь, напрямую противоречит юридически-правовому началу равенства всех субъектов правовой среды.

Злоупотребление правами может возникнуть абсолютно в любой из сфер общественной жизни, интеллектуальная собственность и права не являются каким-либо исключением, а наоборот, предзнаменуют собой более высокую степень риска нарушения абсолютных субъективных прав. Это обусловлено тем, что сфера интеллектуальной собственности характеризуется большей свободой в реализации этих прав, большей свободой усмотрения субъектов-участников, большей направленностью на правообладателя, на его структуру мысли и волеизъявление.

Еще одной особенностью интеллектуальной сферы, способствующей частому злоупотреблению правами, выступает ее связь с инновационной деятельностью. Указанный вид деятельности определяется как некоторая трансформация или перевоплощение интеллектуальных проектов, мыслей и идей в реальные продукты и услуги, процессы и модели более совершенного и эффективного качества. Необходимо отметить, что интеллектуальная собственность в данном случае выступает непосредственным проводником, с помощью которого осуществляются указанное социально-экономическое развитие, распространение абсолютно новых материальных благ и услуг, образование новых рабочих мест¹. Соответственно, интеллектуальная собственность должна отвечать национальным интересам, а также обеспечивать высокий уровень развития общества в целом.

Таким образом, при возникновении ситуаций, связанных с нарушением или злоупотреблением интеллектуальных прав, дестабилизируется весь процесс указанного выше прогресса, подрываются социально-экономические связи на всех уровнях взаимодействия государства, общества и отдельных его представителей.

Говоря о государственной защите интеллектуальной собственности и прав, возникающих на ее основе, нужно отметить необходимость совершенствования и приведения национального

¹ См.: *Алейников Б.Н.* Интеллектуальные права: понятие, соотношение с вещными правами // *Адвокат.* 2016. № 7. С. 15–19.

законодательства в рассматриваемой сфере в соответствии с международными стандартами. Так, по оценке Бюро технической оценки проектов при конгрессе США, «когда Соединенные Штаты были все еще относительно молодой и развивающейся страной, они отказывались соблюдать международные права на интеллектуальную собственность на том основании, что свободный доступ к произведениям иностранных авторов способствовал их социально-экономическому развитию»¹. Современный уровень жизнедеятельности общества не позволит произвести такого рода отказ, а также игнорирование требований мирового рынка и законодательства, так как это подорвет международный авторитет государства и снизит эффективность международного взаимодействия и сотрудничества.

Таким образом, говоря о противодействии различного рода злоупотреблениям интеллектуальными правами на глобальном уровне, необходимо использовать более совершенные и практические инструменты правотворческой деятельности, разрабатывать систему законодательной защиты с четко выстроенной иерархией правовых источников и закрепленных в них соблюдаемых всеми субъектами правоотношений норм, однако следует обеспечить при этом гибкость устанавливаемых правил и позиций, снизить степень ужесточения применяемой защиты, так как такой более лояльный и компромиссный подход способствует лучшей трансформации и распространению интеллектуальных инноваций.

Природа противодействия злоупотреблению интеллектуальными правами носит двойственный и противоречивый характер. С одной стороны, сам процесс императивен и предполагает наступление определенного рода санкций, с другой стороны, должен быть компромиссным, уравновешенным, иметь цель не только восстановить нарушенные права и привлечь к ответственности виновных лиц, но также обеспечить функциональность и эффективность дальнейшего взаимодействия субъектов-участников. Противодействие в вопросах интеллектуальной собствен-

¹ Основные тенденции развития права интеллектуальной собственности в современном мире, в том числе новые объекты интеллектуальных прав и глобальная защита. По заказу Акционерного общества «Российская венчурная компания» / Г.А. Ахмедов [и др.]. Москва, 2017. С. 45.

сти не должно превращаться в жесткое вмешательство со стороны уполномоченных на то институтов, а лишь должно координировать процесс и удалять возникающие неправомерные моменты и ситуации.

Раскрыть природу противодействия явлению невозможно без непосредственной интерпретации и понимания конкретного явления. Законодатель дает нам дефиницию злоупотребления правом в рамках гражданского законодательства. Рассматриваемый феномен в законе представлен достаточно декларативно, сама норма-дефиниция носит прикладной характер. Праксеологическое значение данной нормы заключено в восстановлении принципов справедливости и разумности в рамках правового взаимодействия между субъектами в объективной действительности.

Явлению злоупотребления законодателем также присвоен субъективный признак исключительности намерения причинения вреда иному лицу. Это усложняет идентификацию самого злоупотребления, так как возникает необходимость доказывания указанного намерения.

Злоупотребление правами в сфере интеллектуальной собственности также обусловлено негативной целью причинения вреда иному лицу. Интеллектуальная собственность предполагает в себе объект (результаты интеллектуальной деятельности), который нематериален и неосязаем¹. Данный объект может быть материализован на определенном носителе, однако сложность в том, что сам объект может принадлежать одному субъекту, а носитель – другому лицу. Между данными субъектами также возможен конфликт и злоупотребление правами. Более того, интеллектуальная собственность является абсолютной, отношения в этой сфере порождают неотъемлемые права у субъектов. Сложность защиты этих прав в том, что в процессе противодействия злоупотреблению нельзя нарушать или чрезмерно ограничивать данные абсолютные права.

Разберем некоторые конкретные ситуации со злоупотреблением правами в сфере интеллектуальной собственности и возможные эффективные варианты противодействия им.

¹ См.: *Рассолов И.М.* Право и Интернет: теоретические проблемы. Москва, 2013. С. 204–205.

Первый тип злоупотребления связан с таким видом осуществления абсолютных интеллектуальных прав, как их приобретение с исключительной целью причинить вред иному лицу. К примеру, приобретение билетов на определенное мероприятие в целях изменить, копировать или использовать иным образом изображенные на нем обозначения или логотипы, а также иные результаты интеллектуальной деятельности¹. Данный вид злоупотребления порождает следующий, а именно: действия по государственной регистрации товарного знака, использование фирменного наименования или коммерческого обозначения с целью запрещения применения их иными лицами.

При таких способах злоупотребления абсолютными интеллектуальными правами противодействие должно исходить из соблюдения принципа добросовестности реализации исключительных прав субъектами возникающих правоотношений. Для более эффективного противодействия необходимо законодательное закрепление четких позиций добросовестного осуществления указанных прав, так как в случае применения правообладателем гражданско-правового метода защиты и противодействия возникшему злоупотреблению, а именно обращения с соответствующим иском о прекращении использования и возмещении убытков в суд, будет решаться вопрос о моменте прекращения правовой охраны на указанный товарный знак. Таким образом, установление факта добросовестного использования исключительных интеллектуальных прав обусловит отсутствие самого злоупотребления, а следовательно, отказ в защите и противодействии со стороны суда.

Продолжая говорить о временных границах использования товарного знака, можно также выделить злоупотребление абсолютным интеллектуальным правом на предъявление иска с требованием возместить ущерб, нанесенный реализацией товарного знака, не используемого самим правообладателем в течение длительного периода времени. В данной ситуации противодействие со стороны судебной системы досрочно прекращает правовую охрану объекта интеллектуального творчества (товарного знака), тем самым исключительность данного абсолютного права прекращается.

¹ См.: Гурко А. 3D-печать и право интеллектуальной собственности: взгляд в будущее // Авторское право и смежные права. 2016. № 5. С. 29–42.

Исследуя вышеназванный гражданско-правовой метод противодействия злоупотреблению абсолютными интеллектуальными правами, необходимо отметить некоторые отрицательные его черты. Судебные процессы зачастую характеризуются медлительностью и большими затратами временных ресурсов, ограниченными объемами предоставленных доказательств, что делает данное противодействие неэффективным с экономической точки зрения. Отметим, что на сегодняшний день недобросовестная конкуренция часто представлена на рынке мелкими организациями, которые за долгосрочный период перестают существовать, а также изменяют свои наименования. Таким образом, противодействие становится предпосылкой для нарастания латентной преступности, что всегда негативно влияет на социально-экономическое развитие в целом.

Тема, связанная с нарушениями прав на товарные знаки, очень широкая и острая, в рамках которой также можно выделить такой яркий и интересный пример злоупотребления, как использование товарного знака путем его изготовления с помощью технологии 3D-печати. В данном случае возрастает степень риска введения потребителя в заблуждение при реализации товарного знака с нарушениями. Противодействие такого рода злоупотреблению должно исходить из понимания сущности возникшего заблуждения, которое первоначально носит количественный, но не качественный характер. Сама суть правонарушения не изменится, меняется только способ совершения неправомерных действий, однако здесь возникает острая необходимость в реформировании и совершенствовании существующего законодательства, так как оно должно быть адаптировано под развивающееся аддитивное производство.

Следующим примером злоупотребления абсолютными интеллектуальными правами может послужить неоднократное обращение правообладателя с требованием компенсировать ущерб за одно и то же нарушение его исключительных прав. При противодействии такого рода злоупотреблению судебные органы исходят из правильного соотнесения самого факта неоднократности. Когда речь идет о неоднократности совершения противоправных действий виновной стороной, зафиксированных в актах государственных органов и институтов, то суд признает этот критерий как один из квалифицирующих и может назначить высокую компенсационную выплату истцу, однако если мы имеем в виду неоднократ-

ность совершения противоправных действий в отношении одного и того же правообладателя и в отношении одного и того же вида интеллектуальной собственности, то срабатывает принцип невозможности повторного привлечения к ответственности.

Такого рода ситуации происходят в основном в процессе производства и реализации больших партий товаров, когда соответствующий процесс характеризуется длительностью и имеет протяженные временные рамки. Здесь суды самостоятельны в установлении компенсационных выплат правообладателю, однако не могут злоупотреблять правом на снижение предельно допустимой законодательством выплаты. При противодействии злоупотреблениям по требованию компенсаций судам необходимо учитывать разумную оценку сил, материальных затрат и национальной значимости продукта интеллектуального труда. В противном случае деятельность по противодействию снизит эффективность экономической отдачи от реализации интеллектуальной собственности, а также спровоцирует рост процента нарушений и снижение процента легального пути приобретения объектов интеллектуального творчества.

К многообразию злоупотреблений абсолютными интеллектуальными правами можно также отнести предъявление исковых требований к отсутствию регистрации лицензионного договора, а также отсутствию предпринятых мер по данной регистрации; предъявление несоразмерных исковых требований по понесенным убыткам или размерам активов ответчика. Указанный перечень злоупотреблений не является исчерпывающим. В большинстве своем противодействие носит гражданско-правовой характер¹. Возможны также ситуации административно-правового и уголовно-правового противодействия в зависимости от степени тяжести самого злоупотребления и выбора правообладателя.

На сегодняшний день большее внимание привлекает противодействие злоупотреблению абсолютными интеллектуальными правами в киберпространстве и цифровой среде. Интернет – это самый популярный и доступный источник объектов интеллектуального творчества, характеризующийся отсутствием простран-

¹ См.: *Карпычев М.В., Хужин А.М.* Правовые проблемы использования объектов интеллектуальной собственности в рекламе // *Реклама и право.* 2005. № 2.

ственно-временных рамок, а также неограниченным числом субъектов-участников. Основными предпосылками возникновения разного рода нарушений и злоупотреблений прав в таком пространстве являются сложности в идентификации всех пользователей, их юрисдикционная разобщенность, а также высокие скорости распространения и обмена информацией.

Эффективное противодействие в киберпространстве возможно только при разработанной системе правовой регламентации правоотношений, возникающих в данной среде, продвижении новых способов коммерциализации интеллектуальной собственности. Необходимо внедрение современных технологий для вычисления всех неправомερных пользователей результатами интеллектуального творчества, а также внедрение программных и аппаратных средств для затруднения процесса создания копий объектов авторского права.

Сфера интеллектуальной собственности требует значительной правовой охраны не только в рамках национального регулирования и воздействия¹. Большое число правообладателей на сегодняшний день изъявляют желание выхода на международный уровень для реализации своих интеллектуальных прав на зарубежных рынках². Соответственно, для поддержания рентабельного процесса распространения продуктов и технологий, а также во избежание увеличения количества нарушений и злоупотреблений интеллектуальными правами необходима их межнациональная законодательная защита, повышенный рост инвестирования для организации одновременно правомερных и эффективных интернациональных финансовых потоков.

Противодействие злоупотреблению абсолютными интеллектуальными правами по своему существу универсально тем, что, обеспечивая сохранность и неотъемлемость абсолютных прав правообладателей, оно не должно нарушать или ущемлять процесс прогресса интеллектуальной среды, а также снижать уровень национального социально-экономического развития.

¹ См.: *Калинин А.В.* Возникновение и основные этапы развития авторского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2000. С. 37.

² См.: *Орлов Ю.Е.* К вопросу об ответственности провайдеров за нарушение авторских и смежных прав на их ресурсах // *Право и экономика*. 2013. № 6. С. 58–61.

Момотова Е.П.,
*адъюнкт адъюнктуры Нижегородской
академии МВД России*

Злоупотребление правом в период правления императора Павла I

Проблема злоупотребления правом имеет долгую историю. Еще в Древней Руси предпринимались первые попытки борьбы с этим явлением, однако методы противодействия злоупотреблению правами не представляли целостной системы¹.

С приходом к власти Павла I первоочередно поддались переменам вопросы государственного управления. Взяточничество среди должностных лиц не могло быть устранено одномоментно, но постепенной ликвидации способствовал введенный новым императором спектр репрессивных мер. Чувства тревоги и страха стали основной причиной недопущения нарушений в части своих должностных полномочий. Это объяснялось, в первую очередь, рядом тех самых репрессивных мер, применяемых по отношению к нарушителям, таких как ссылка, заключение под стражу, понижение в чине, увольнение с должности и другие². Говоря о злоупотреблении правом в эпоху Павла I, стоит вести речь о мерах государственной политики, направленных на урегулирование отдельно взятого вопроса. Лишь через призму предпринятых мер можно понять масштабность проблем злоупотребления правом во всех сферах общественной жизни. Из этого вытекает логичный вывод, что данная проблематика являлась актуальной и тенденциозной во многих направлениях.

¹ См.: *Бондарева Е.О.* История становления категории злоупотребление процессуальными правами в отечественном законодательстве // *Юридические науки: проблемы и перспективы: материалы V Международной научной конференции* (г. Казань, октябрь 2016 года). Казань, 2016. С. 7–9.

² См.: *Волкова Е.А.* Борьба с должностными преступлениями и злоупотреблениями в период правления Павла I // *Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки.* 2009. С. 293–295.

Если обратиться к статье профессора А.А. Демичева, то позитивность образа Павла в глазах рассказчика анекдота № 1 проявляется в том, что он пытается тщательно разобраться в финансовых делах государства и негодует по поводу воровства и так называемого злоупотребления правом человека, находящегося на высокой государственной должности, – казначея¹.

В статье хотелось бы рассмотреть возможные случаи злоупотребления правом, обращая внимание на сословную принадлежность и должностные функции лиц.

Анализ злоупотреблений правом полагаем возможным начать с организации системы надзора и контроля муниципальной власти. В 1799 году императором были введены ревизии губерний. Они подразумевали под собой проверку сенаторами всей Империи по гражданскому направлению. Несомненно, круг ревизионной проверки ограничивался тремя основными вопросами: внутренняя полиция, правосудие в присутственных местах и незаконные поборы. В целях полного искоренения злоупотребления на местах подобные ревизии были запланированы каждые три года².

Вследствие одной из ряда ревизий было выявлено огромное число злоупотреблений правом со стороны должностных лиц сразу в нескольких губерниях. В выявленных случаях речь шла о нарушениях в финансовой части, где сумма недоимок доходила до 600 тыс. рублей. При этом среди причин таких затрат упоминалась малая штатная численность канцелярских служащих³, соответственно злоупотребления были выявлены среди должностных лиц, имеющих широкий спектр полномочий при недостатке кадров. Также сенаторами был установлен факт, что высшими органами на местах собирались излишние денежные средства для себя лично, а полиция на это не обращала должного внимания. Предписания работы в судах не соблюдались, рас-

¹ См.: Демичев А.А. Образ Павла I как «идеального» монарха в российском общественном сознании XVIII – нач. XIX века (по материалам исторических анекдотов) // Историко-правовые проблемы: новый ракурс. 2017. № 2. С. 27–36.

² См.: Волкова Е.А. Борьба с должностными преступлениями и злоупотреблениями в период правления Павла I // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2009. С. 293–295.

³ См. там же.

сматривалось максимум по два дела в месяц. Застой неразрешенных дел в судах был с 1792 года. По итогам ревизий было отстранено 11 высших должностных лиц, об остальных было доложено в столицу. В докладных указывалось о необходимости увеличения штатной численности учреждений. По оценкам итогов ревизии отмечалось, что она явилась положительной практикой по искоренению злоупотреблений в целом¹.

Что касалось судебной системы, император также отменил дальнейшую деятельность судов первых инстанций, оставив при этом в действии один уездный суд, функционирующий при постоянно действующем судье. Реформы, которые позволили бы исключить произвол власти в правоохранительной сфере, предполагали создание единого органа, сосредоточивающего в себе сразу три ряда функций: полиции, суда и органа исполнения наказаний. На местах была сделана попытка искоренить злоупотребления с помощью милитаризации. Вводились должности военных губернаторов во всех губерниях, в чьи обязанности входила функция – надзор, включая судебный.

Если рассматривать область злоупотреблений, в зависимости от выполняемых иных государственных функций и сословной принадлежности, то можно обратить внимание на реформирование в части борьбы с коррупцией, которую частично мы затрагивали выше.

Изученный нами материал позволяет осветить имеющиеся проблемы злоупотребления правом в военной сфере, организации государственной власти и правового положения дворянства². В целях борьбы со злоупотреблениями в дворянском сословии Павлом I был принят манифест о трехдневной барщине. Из содержания данного нормативного правового акта следовало то, что принят он был как более желательная мера ведения помещичьего хозяйства. Любой акт, исходивший от императора, был обязателен для исполнения и соблюдения, учитывая специфику абсолютной монархии в России. Даже если условно он был вы-

¹ См.: Волкова Е.А. Борьба с должностными преступлениями и злоупотреблениями в период правления Павла I // Известия Тульского государственного университета. Экономические и юридические науки. 2009. С. 293–295.

² См. там же.

сказан императором в устной форме и ему давался статус государственной рекомендации.

Как известно, кардинально трансформируя политику своей матери Екатерины II, Павел Петрович, еще до прихода к власти, менял к лучшему положение крестьян у себя в Гатчине и Павловске. Для крестьянского сословия был предпринят ряд снисходительных реформ: это двухдневная барщина в имениях, действующая на протяжении нескольких лет, возможность иметь дополнительный заработок на иных промыслах в свободное от барщинных работ время, открывались больницы, училища и школы, в том числе для детей-инвалидов, строились дороги в селах, новые церкви. Следовательно, император Павел I был приверженцем ограничения крепостного права, а также абсолютного искоренения злоупотреблений, и сам являлся образцом жесткого отношения к преобладающему сословию Российской империи. Вместе с тем, Павел Петрович предпринимал попытки ликвидации распушенности и самовольства дворянства, разврата и самовольства. Это являлось сложнейшей задачей, учитывая, что зародилась данная социальная несправедливость, неравенство сословий еще в XVIII веке.

Во времена реформ его матери дворянское сословие преобладало и активно пользовалось своим свободным положением, теперь их привилегии стали неприемлемыми для императора и в корне менялись. Как говорил закон, право выбора дворянина служить или нет, очень задевало самолюбие Павла I и лишь только подтверждало его презрение к правлению своей матери. Несмотря на мнения о неадекватности императора Павла I, его мысли о прямой зависимости дозволений и обязанностей были весьма актуальными и разумными. Он считал, что, пользуясь привилегиями, дворянин безукоризненно должен исполнять предполагаемые обязанности, а при малейшем злоупотреблении правами должен быть наказан. Именно такой строгий порядок и контроль подтверждал мнение о том, что Павел Петрович являлся настоящим рыцарем, руководящим Российской империей. Привилегии заслуживали лишь те, кто верно несли службу своему Отечеству.

К 1799 году император Павел I полностью пересмотрел положение дворянского сословия, их свободы и права в гражданском обществе, это явилось полной противоположностью прав-

лению Екатерины II. Своими реформаторскими шагами он полностью ликвидировал учрежденную ей сословную программу преобразований. Император лишил дворян свободы выбора профессии, ввел заново телесные наказания, убрал органы дворянского самоуправления, упразднил губернские дворянские собрания.

Целью императора по-прежнему было сильное войско с неоспоримой возможностью победы над Францией. В этом направлении Павел Петрович переработал устав, военное снаряжение, вещевое снабжение. Солдаты получили право жаловаться на злоупотребления со стороны лиц высших чинов¹.

Реформаторская политика Павла I была целенаправленная. Попытка решения социально значимых проблем позволила бы уменьшить количество произвола со стороны представителей различных служб и ведомств государственной власти, а это, в свою очередь, повлекло бы улучшение жизни и положения нижних чинов и сословий гражданского общества в сравнении с предшествующим правлением.

¹ См.: Павел I – император России: сближение с Наполеоном. URL: http://istoriarusi.ru/imper/pavel_1_imperator_i_napoleon.html (дата обращения: 20.04.2019).

*Нефедова К.А.,
адъюнкт адъюнктуры Нижегородской
академии МВД России*

Заведомо ложный донос как форма злоупотребления правом

Злоупотребить правом может только тот, кто таким правом обладает. На сегодняшний день Федеральным законом «Об участии граждан в охране общественного порядка»¹ установлено право граждан Российской Федерации принимать непосредственное активное участие в обеспечении законности и правопорядка в стране. Одной из форм такого коммуникативного общения, направленного на обеспечение личной и общественной безопасности, выступает донесение информации о нарушениях закона до уполномоченных органов и должностных лиц с целью принятия по ней соответствующих мер.

Наряду с этим, такая информация согласно Федеральному закону «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»² может поступать в виде разного рода заявлений, обращений, жалоб. При этом логично рассуждать о том, что адресаты информирования о правонарушениях, как правило, получая от субъектов информирования такие сведения, рассчитывают на их достоверность. Несмотря на то, что добросовестность граждан предполагается, никто не имеет стопроцентных гарантий того, что он не столкнется со злоупотреблением правом в повседневной жизни.

Актуальная и достаточно спорная проблема злоупотребления правом имеет исторические корни.

Еще древнеримские юристы указывали на то, что нередкими являлись случаи, когда уполномоченные органы или должностные лица

¹ Об участии граждан в охране общественного порядка: федеральный закон от 2 апреля 2014 года № 44-ФЗ // Российская газета. 2014. 4 апреля.

² О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации: федеральный закон от 2 мая 2006 года № 59-ФЗ. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.05.2019).

недобросовестно использовали предоставленные им права, причиняя тем самым ущерб другим лицам. Однако идея о злоупотреблении правом изначально не имела поддержки у римлян. Ими была высказана мысль о том, что *nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur*¹.

Злоупотребление правом является одной из наиболее спорных категорий юридической науки. На современном этапе развития правового государства весьма интересны позиции ученых, высказавшихся по данному вопросу. Особое мнение о том, что злоупотребление правом является правонарушением, высказали В.П. Грибанов, Т.В. Дерюгина. Они определили его как разновидность особого типа поведения, нарушающего конкретные запреты². Эта позиция заняла центральное место в правовой науке. Вместе с этим О.Н. Садиков указывает на девиационность такого поведения, понимая под злоупотреблением правом правонарушение, особенность которого состоит в том, что оно связано с осуществлением принадлежащих лицу прав, за рамки которого оно выходит³.

Между тем исследование института злоупотребления правом требует объяснения механизма, который превращает легальную возможность в негативное поведение.

На практике достаточно часто для достижения поставленных целей субъектами права широко используется «заведомо ложный донос». Это недобросовестное поведение может преследовать разные цели. К примеру, мотивом может служить личное отношение к субъекту, против которого направляется информация с обвинением в чем-либо, желание устранить конкурента, запутать уполномоченные органы и должностных лиц и отвести подозрения от себя или другого виновного, месть, финансовая заинтересованность, а иногда и просто хулиганские мотивы. При этом сам информирующий осознает смысл своего поступка.

Общественная опасность совершения такого рода деяния, предусмотренного ст. 306 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ), заключается в двух моментах. Во-первых, такое сооб-

¹ Никто не может быть обвинен в злоумышленном поступке, если он воспользовался своим правом (лат.).

² См.: *Грибанов В.П.* Осуществление и защита гражданских прав. Москва, 1972. С. 68.

³ См.: *Садиков О.Н.* Злоупотребление правом в Гражданском кодексе России // *Хозяйство и право*. 2002. С. 40; *Дерюгина Т.В.* Правовая сущность злоупотреблений субъективным гражданским правом // *Безопасность бизнеса*. 2013. № 2. С. 22.

шение может негативно повлиять на авторитет, деловую репутацию и в целом на дальнейшую жизнь индивида. Во-вторых, это мешает нормальной работе уполномоченных органов и должностных лиц.

Суть злоупотребления заключается в том, что субъект, используя принадлежащее ему право с недозволенной целью, наносит ущерб другим лицам. Именно поэтому Конституционный Суд Российской Федерации указывает, что запрет на злоупотребление правом в любых формах и правовые последствия злоупотребления направлены на реализацию принципа, закрепленного в ст. 17 Конституции Российской Федерации о том, что осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц.

Ярким примером злоупотребления правом является жалоба, написанная от имени частного предпринимателя в правоохранительные органы с информацией о том, что на территории городского рынка в магазине «N» осуществляется продажа контрафактной продукции. Отреагировав на поступившую информацию о правонарушении, в целях необходимости проведения соответствующих мероприятий уполномоченные должностные лица были вынуждены приостановить работу магазина на определенный срок. В ходе проверки выяснилось, что продукция сертифицирована и соответствует всем требованиям, а информация, предоставленная лицом, – заведомо ложная. Вместе с этим, действия информирующего были обоснованы наличием у него корыстных мотивов – желанием «переманить» покупателей на свою сторону, убрать конкурента с целью получения наибольшей материальной выручки от продажи своей продукции и др.

Законом запрещено действовать недобросовестно и тем более получать прибыль таким способом. В связи с этим, по нашему мнению, выявленное лицо должно нести ответственность в виде наказания, определенного законом. При этом следует указать на пробел, существующий в российском законодательстве. Ответственность за заведомо ложный донос предусмотрена лишь за сообщения о совершении преступлений, но не правонарушений административной или иной направленности. Возможно, в связи с этим граждане и пользуются указанным нами пробелом, существующим в отечественном праве, однако на практике не исключена вероятность привлечения субъекта по ст. 128.1 УК РФ «Клевета», но установить порочащий характер информации на сегодняшний день достаточно сложно.

Наряду с этим уголовный закон России не в полном объеме защищает лицо, сообщившее о правонарушении, от исков о клевете и ложном доносе. Так, в соответствии со ст. 19 УК РФ «уголовной ответственности подлежит только вменяемое физическое лицо, достигшее возраста, установленного настоящим Кодексом». Соответственно, за клевету по ст. 128.1 УК РФ в России можно привлечь лишь физическое лицо, хотя нередкими являются случаи, когда ложные сведения, порочащие честь, достоинство и деловую репутацию информатора, распространяются, например в Интернете, от имени юридического лица.

Сложившаяся ситуация обусловлена тем, что юридическое лицо, несмотря на то, что может нести ответственность в виде штрафа, во-первых, являясь формальной юридической конструкцией, не имея материального тела, не может нести ответственность в виде обязательных работ, предусмотренную как альтернативное наказание в ст. 128.1 УК РФ¹; во-вторых, не являясь человеком, не имеет аппарата мышления и воли, то есть психики и, следовательно, психического отношения к деянию – вины – в виде прямого умысла, необходимого элемента субъективной стороны состава преступления, предусмотренного ст. 128.1 УК РФ.

В отечественной истории вряд ли когда-нибудь удастся дать оценку той общей массе мирового зла, произошедшего по причине заведомо ложных доносов. Исследуемым феноменом пользуются представители всех слоев общества: от маргиналов, духовных наставников, ученых, писателей, театральных деятелей с целью достижения личных целей.

К сожалению, на сегодняшний день не существует страховки от ситуации, при которой против законопослушного человека может быть составлен заведомо ложный донос, однако для снижения уровня таких правонарушений в стране и в мире в целом, по нашему мнению, необходимо повышать уровень правосознания граждан, а также на законодательном уровне усиливать меры ответственности, удерживающие субъектов от злоупотреблений правом при сообщении о совершении правонарушений.

¹ Уголовный кодекс Российской Федерации: федеральный закон от 13 июня 1996 года № 63-ФЗ (ред. от 23.04.2019). Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 23.05.2019).

Одинокова А.В.,

заместитель начальника учебного отдела – начальник отделения (отделения планирования и контроля качества учебного процесса и практики) Нижегородской академии МВД России

К вопросу о статусе специального субъекта при злоупотреблении полномочиями

Повышение ответственности для лиц, злоупотребляющих полномочиями и обладающих специальным статусом, обусловлено тем, что предоставленные соответствующим субъектом возможности способствуют облегчению совершения посягательств на особые охраняемые объекты, которые недоступны субъектам неспециальным (общим субъектам). Иными словами, лицо, обладающее специальным статусом, характеризуется повышенной степенью общественной опасности по сравнению с общими субъектами, так как у неспециальных субъектов возможность покушаться на отдельные виды общественных отношений отсутствует. Кроме того, совершение посягательств становится возможным за счет криминальной эксплуатации ожиданий социума (экспектаций) определенной позитивной модели поведения от субъекта, которая соответствует его статусу или роли в общественной жизни¹.

Мы предполагаем, что признаки специальных субъектов, способных нести повышенную юридическую ответственность, можно систематизировать следующим образом:

- признаки, отражающие статус и роль, связанные со служебной деятельностью (особое служебное положение);
- признаки, отражающие статус и роль, связанные с особым родом деятельности субъекта или его профессиональной сферой.

¹ См.: *Караваева Ю.С.* Специальный субъект преступления: криминологический подход: автореф. ... дис. канд. юрид. наук. Омск, 2017. С. 13.

Обратимся к ст. 202 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее – УК РФ), предусматривающей ответственность за злоупотребление полномочиями частными нотариусами и аудиторами. В данном случае объективная сторона представлена нарушением правил совершения нотариальных действий (действия, которые запрещено совершать законом, или же действия, для совершения которых законом не предусмотрено соответствующих оснований) или же нарушением порядка осуществления аудиторской деятельности, то есть, иными словами, объективная сторона выражается в использовании частными нотариусами и аудиторами полномочий вопреки задачам своей деятельности. Объектом являются отношения в сфере экономической деятельности. Субъективная сторона характеризуется прямым умыслом, при этом обязательным элементом состава указанного преступления считается цель, под которой понимается извлечение определенной выгоды для себя или иных лиц или же причинение вреда (имущественного или неимущественного) другим лицам. Важно обратить внимание на то, что для состава преступления, закрепленного указанной нормой УК РФ, предусмотрен специальный субъект – частный нотариус либо частный аудитор. Исходя из этого, можно говорить о том, что в данном случае статус соответствующего субъекта, совершившего противоправное деяние, имеет первостепенное значение, выступает в качестве обязательного юридического основания (в материальном аспекте), позволяющего применить в отношении правонарушителя конкретные меры уголовно-правовой ответственности. В основе детерминированных признаков указанного субъекта является определенная сфера деятельности – нотариальная или аудиторская, специфика которой выступает первостепенным фактором отнесения субъекта к категории специальных.

Противоправное деяние, предусмотренное указанной статьей, посягает на интересы службы в коммерческих и иных организациях, нарушает их нормальное функционирование, осуществление управленческой и иной деятельности, причиняет либо создает непосредственную угрозу причинения вреда правам и законным интересам граждан, общества в целом, государству. Преступление выступает против правильной, в соответствии с целями осуществляемой профессиональной деятельности (професси-

ональным долгом), реализации полномочий частным нотариусом или аудитором.

Следует подчеркнуть, что субъектом данного преступления может выступать исключительно служащий коммерческих или иных организаций, а совершенное деяние всегда связано с использованием имеющихся у лица служебных полномочий. Из этого следует, что субъект является специальным, или же его можно именовать специально-конкретным¹.

Применение предусмотренной меры уголовной ответственности в отношении частного нотариуса обусловлено причинением им существенного вреда, который выражается в имущественном ущербе, утрате доказательств совершения каких-либо нотариальных действий, утрате имущественных прав, создании препятствий для осуществления государственными органами или общественными организациями экономических, социальных и иных функций. Существенный вред, нанесенный частным аудитором, может быть выражен в причинении материального или морального ущерба, подрыве деловой репутации организации и в других неблагоприятных последствиях.

В качестве наказания (меры уголовной ответственности) за противоправное деяние, предусмотренное указанной статьей, могут применяться: штраф, принудительные работы с лишением права занимать определенные должности или возможности заниматься деятельностью определенного вида, арест, лишение свободы с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

Таким образом, основными факторами усиления ответственности в отношении отдельных категорий субъектов является служебное или должностное положение лица, исполнение им профессиональных обязанностей, предусмотренных соответствующим родом деятельности, особо значимая сфера общественной жизни, в которой такое лицо реализует какие-либо функции, предусмотренные его социальным статусом или ролью.

¹ См.: *Обухов А.А.* Злоупотребление полномочиями частными нотариусами и аудиторами: основания криминализации, проблемы квалификации и дифференциации ответственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Нижний Новгород, 2004. С. 11.

Иными словами, правовое положение специального субъекта определяется и конкретизируется непосредственно той структурой общественных отношений, в которой он задействован.

Предлагается обозначить это в качестве основного определяющего критерия, повышающего ответственность, и назвать его «критерием профессионального функционала». Общественно опасные деяния, совершенные специальным субъектом, можно охарактеризовать как нарушение предусмотренных законом функциональных обязанностей и полномочий, возложенных на конкретное лицо. При этом никто другой не может совершить такое посягательство, поскольку не включен в такого рода отношения. Данный критерий позволяет выделить преступления, совершенные с использованием субъектом своих служебных и должностных полномочий, он также отражает признание на законодательном уровне чрезвычайно высокую степень общественной опасности таких преступлений, что требует установления более строгих мер уголовной ответственности.

Представляется, что критерий профессионального функционала будет способствовать правильной квалификации совершенных деяний и, соответственно, давать возможность применять меры повышенной уголовной ответственности в отношении специальных субъектов.

Очевидно, что содержательную основу критерия профессионального функционала составляют те профессиональные функции, обязанности и полномочия, которые возлагаются на специальный субъект. Видится, что именно указанные компоненты формируют особый (специальный) статус и позволяют выделять то или иное лицо среди общих субъектов уголовных правоотношений. Именно выполняемые лицом функции дают возможность совершать общественно опасные деяния, способные нанести существенный урон обществу и государству. Вполне обоснованным кажется логическая цепочка: наделение лица особыми функциями обуславливает повышение требований на законодательном уровне и усиление ответственности определенной категории субъектов в виде применения более строгих мер ответственности.

Однако необходимо отметить, что в настоящее время по различным причинам меры, назначаемые судом в отношении лиц,

обладающих особым служебным или должностным положением и совершивших противоправные деяния, отличаются излишней мягкостью и либеральным характером¹. На наш взгляд, это является очевидной проблемой, требующей конструктивного решения, поскольку повышенная юридическая ответственность специальных субъектов (к коим относятся лица, наделенные особыми служебными и должностными полномочиями) предполагает применение усиленных мер ответственности.

Обладание особым статусом предполагает усиление ответственности, что вызвано необходимостью защитить определенные «уязвимые» группы общественных отношений². Возложение конкретных полномочий и обязанностей на специальный субъект означает принятие им своего статуса со всеми особенностями, включая возможность применения более сурового наказания за совершение противоправного деяния. В связи с этим недопустимым является умаление значения применения в отношении лиц, имеющих специальный статус, усиленных мер юридической ответственности.

Видится необходимым определить содержание понятия «критерия» профессионального функционала, какие конкретные функции, выполняемые лицом, которое можно назвать функциональным работником, позволяют однозначно говорить об обладании им специальным статусом и, соответственно, в случае совершения таким лицом противоправного деяния в дальнейшем обуславливает применение мер повышенной уголовной ответственности.

Так, примеч. 1 к ст. 201 УК РФ содержит разъяснение, касающееся лиц, выполняющих управленческие функции. На наш взгляд, перечисленные функциональные признаки позволяют относить данных субъектов к категории должностных лиц с соот-

¹ См.: *Виноградова А.Д.* Достоверность статистической отчетности как необходимое условие эффективного противодействия преступности // Криминологический журнал Байкальского государственного университета экономики и права. 2014. № 1. С. 172–176; *Нечепуренко А.А.* Уголовная ответственность: эволюция понятия и перспективы законодательного регулирования: монография. Омск, 2014. С. 67–91.

² См.: *Хужин А.М.* Невиновное поведение в праве: методология, теория, практика: монография. Москва, 2012. С. 125.

ветствующим наделением их специальным статусом и возможностью применения мер повышенной ответственности.

М.Н. Хачатурян наряду с организационно-распорядительной и административно-хозяйственной функциями выделяет также контрольно-ревизионную функцию, расширив перечень признаков должностного лица. Обозначение контрольно-ревизионной функции в качестве характерной черты должностного лица позволит более детально и точно определять ответственность государственных должностных лиц, занимающихся осуществлением контрольных функций государства¹.

Поскольку сотрудник правоохранительных органов признается должностным лицом при исполнении служебных обязанностей, представляется обоснованным к существующему функционалу должностного лица также добавить правоохранительную функцию.

Сотрудник правоохранительных органов может выступать специальным субъектом преступления. Деятельность, осуществляемая сотрудниками правоохранительных органов, представляет собой не просто работу, но совершенно особый образ жизни, особую ментальность. Государство, оказав доверие и наделив человека статусом сотрудника правоохранительного органа, ожидает от него проявления высокого уровня правосознания, выступления в качестве примера для граждан при реализации своих служебных обязанностей. Вполне очевидно, что данная категория лиц, наделенная законом соответствующими правами, должна нести большую ответственность, нежели обычные граждане в случае совершения ими уголовно наказуемого деяния². Хотя некоторые ученые и не разделяют данную точку зрения, считая, что усиление уголовной ответственности сотрудников правоохранительных органов является своего рода признанием со стороны законодателя их повышенной опасности для общества, делается лишний акцент на потенциально криминальное поведение данной ка-

¹ См.: *Хачатурян М.Н.* Специальный субъект с признаками государственного должностного лица и государственного гражданского служащего: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2005. С. 10.

² См.: *Добродеев С.А.* Понятие сотрудника правоохранительного органа в российском уголовном законодательстве // *Бизнес в законе*. 2014. № 2. С. 184.

тегории лиц, что никоим образом не может способствовать повышению и без того крайне низкого уровня доверия к правоохранительным органам со стороны общества¹.

Необходимо также обратить внимание на п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ, который устанавливает, что совершение умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел является отягчающим обстоятельством. Данная норма, введенная законодателем в 2010 году для повышения эффективности деятельности органов внутренних дел, «упрочнения» их авторитета и доверительного отношения со стороны общества, особо выделяет категорию сотрудников МВД России среди личного состава правоохранительных органов. Очевидно, что сотрудник органов внутренних дел в случае совершения им преступления, даже не связанного с осуществлением служебных обязанностей, будет считаться лицом, совершившим противоправное деяние при отягчающих обстоятельствах.

Усиление ответственности как один из факторов совершенствования механизма защиты конституционно значимых прав и законных интересов граждан, общества в целом, возведения на новый уровень деятельности по противодействию преступности и охране общественной безопасности представляет собой верный и обоснованный путь, избранный законодателем ради достижения благополучия государства, однако не вполне понятно, почему именно данный круг лиц (а не все сотрудники правоохранительных органов) был обозначен в качестве специальных субъектов. Некоторые авторы, ссылаясь на позицию, высказанную Конституционным Судом Российской Федерации², говорят о том, что в результате совершения сотрудником органа внутренних дел преступления, помимо отношений, которые характеризуют непосредственно основной объект, всегда претерпевают

¹ См.: *Гарипов Т.И.* Совершение умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел как отягчающее обстоятельство при назначении наказания // Пробелы в российском законодательстве. 2015. № 1. С. 171.

² См.: По запросу Лабытнангского городского суда Ямало-Ненецкого автономного округа о проверке конституционности пункта «о» части первой статьи 63 Уголовного кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда Российской Федерации от 8 декабря 2011 года № 1623-О-О. Доступ из СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.04.2019).

страдания, также отношения, являющиеся основой нормального функционирования данных органов и правоохранительной системы в целом. Отмечается, что особая профессиональная подготовка сотрудников правоохранительных органов, расширенный многообразный спектр властных полномочий дает им возможность использовать более изощренные способы совершения и сокрытия преступлений, что ведет к повышению как общественной опасности содеянного, так и общественной опасности личности виновного¹.

На наш взгляд, все сотрудники правоохранительных органов (а не только органов внутренних дел) как лица, принявшие на себя специальные обязательства, заключающиеся в выполнении государственных и общественно значимых функций, среди которых следует особо отметить соблюдение и исполнение действующего законодательства, обеспечение правопорядка, защиту граждан, должны нести повышенную уголовную ответственность как соответствующую «сверхнегативную» реакцию государства за содеянное противоправное деяние. В связи с этим видится рациональным расширение применения нормы, предусмотренной п. «о» ч. 1 ст. 63 УК РФ. Предлагается внести изменение в формулировку этого пункта и изложить ее следующим образом: «совершение умышленного преступления сотрудником правоохранительных органов».

Можно сделать вывод о том, что в современных условиях с постоянным усложнением общественных отношений возникает необходимость расширенного толкования понятия «должностного лица», добавления новых функциональных признаков, что позволит охватить больший круг лиц, подпадающих под обозначенную категорию в качестве специальных субъектов преступления, способных нести повышенную уголовную ответственность.

Важно также отметить, что даже в случае отсутствия письменного документа, наделяющего лицо особыми полномочиями (должностного лица), не является основанием, позволяющим не

¹ См.: *Ларин В.Ю.* Совершение преступления сотрудником органов внутренних дел как отягчающее наказание обстоятельство // Юридическая наука. 2013. № 4. С. 63.

признавать его субъектом преступления, в том случае, если фактически эти обязанности выполнялись¹.

С учетом изложенных факторов предлагается дополнить формулировку действующего понятия должностного лица в примечании к ст. 285 УК РФ и изложить ее следующим образом: «Должностными лицами в статьях настоящего Кодекса признаются лица, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющие функции представителя власти либо выполняющие управленческие функции, включающие организационно-распорядительные и административно-хозяйственные функции, а также контрольные и правоохранительные функции, в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных учреждениях, государственных корпорациях, государственных компаниях, государственных и муниципальных унитарных предприятиях, акционерных обществах, контрольный пакет акций которых принадлежит Российской Федерации, субъектам Российской Федерации или муниципальным образованиям, в негосударственных организациях, имеющих государственную аккредитацию, а также в Вооруженных силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации».

Мы также предполагаем, что для дальнейшего совершенствования уголовного законодательства рациональнее будет, если определение должностного лица будет распространять свое действие не только на гл. 30 УК РФ, но также на все статьи уголовного закона, в которых содержатся признаки данного понятия.

¹ См.: Яни П.С. Экономические и служебные преступления. Москва, 1997. С. 138.

*Сидоркин Ю.В.,
преподаватель кафедры теории и исто-
рии государства и права Нижегородской
академии МВД России*

**Злоупотребление правом местными властями
при реализации законоположений
о свободе вероисповедания в Российской империи**

В отечественной юридической науке сложилось особое представление о содержании понятия «злоупотребление правом». Указанная категория используется, прежде всего, в отрасли гражданского права и имеет закрепление в современном российском гражданском законодательстве. В цивилистике категория «злоупотребление правом» известна еще со времен формирования римского частного права. Оно определялось как осуществление субъективных прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу. С XIX века в западноевропейском гражданском праве оно получило специальное наименование – шикана¹.

Не стоит ограничиваться узостью цивилистического понимания указанного термина, поэтому предлагается рассмотреть проблему злоупотребления правом, которое предоставлялось органам местного управления для реализации императорских указов, касающихся вопросов вероисповедной политики государства, в историческом аспекте. Исходя из этого, рассмотрим нормы конституционного значения, которые предоставляли подданным право свободного исповедания различных религий, а также административно-правовые нормы, которыми руководствовались местные органы (чаще всего полиция), регламентирующие порядок реализации вышеуказанного права.

Важно отметить, что заявленная проблема рассматривается нами в рамках концепции о злоупотреблении правом как право-

¹ См.: Яценко Т.С. Категория шиканы в гражданском праве: история и современность. Москва, 2003. С. 16.

мерном деянии, то есть в нем будет отсутствовать такой признак, как «противоправность», а существенной чертой такого феномена являются недобросовестные, антисоциальные действия местных органов власти при реализации своих властных полномочий¹.

Российская империя была клерикальным государством, и соответственно религиозная политика формировалась исходя из принципа господства официальной государственной религии – православия над иными вероисповеданиями. На законодательном уровне ситуация круто поменялась в революционном 1905 году. 17 апреля вступил в силу Указ «Об укреплении начал веротерпимости». Нормы указа рушили все устоявшиеся консервативные порядки, которые складывались веками. Отныне представители других вероисповеданий уравнивались в правах наравне с православными, допускался переход из одной религии в другую, разрешалось производство обрядов и других религиозных церемоний².

Ранее одной из самых дискриминируемых общин иноверцев были старообрядцы. В официальных документах все представители данного вероисповедания именовались раскольниками и подвергались строгому надзору со стороны полицейских органов. Ситуация коренным образом не поменялась даже после вступления в силу нового религиозного законодательства, либерального по своей сути, однако даже предоставив подданным широкие права на исповедование других религий, государство создавало нормы, позволяющие местным органам злоупотреблять своими субъективными правами.

Такое положение иллюстрируют предписания, касающиеся вопросов, связанных с разрешением строительства и ремонта молитвенных домов старообрядцев. Устанавливалось, что указанные мероприятия необходимо производить по основаниям, применяемым к строительству и ремонту церковных сооружений других вероисповеданий.

Таким образом, в условиях объявленной свободы вероисповедания действовали правовые нормы законоположений, приня-

¹ См.: *Малиновский А.А.* Злоупотребление субъективным правом (теоретико-правовое исследование). Москва, 2007. С. 68.

² ПСЗРИ. Собр. 3-е. Т. XXV. Ч. 1. Ст. 26126.

тых до объявления соответствующих прав и свобод, что давало широкий простор для злоупотребления.

Данные нормы можно обнаружить в Уставе духовных дел иностранных исповеданий, которые регламентировали правила постройки и починки римско-католических церквей. В этом случае лицам или обществам, желающим построить церковь, необходимо было обратиться с просьбой к местному губернскому начальству. Губернское правление в свою очередь обязано было согласовать этот вопрос с надлежащим епархиальным начальством православного и римско-католического исповеданий и при отсутствии препятствий сообщить об этом в Министерство внутренних дел для окончательного принятия решения с учетом строительных требований¹.

Стоит заметить, что текст указа содержал в себе еще одно немаловажное положение, состоявшее в том, что по отношению к раскольникам будут применяться и другие нормы, регулирующие их статус, которые будут приняты позже. Данная норма также закладывала возможность для дальнейших злоупотреблений правом со стороны законодателя.

Спустя некоторое время был подготовлен и принят нормативный документ, подробно регламентирующий правовой статус общин старообрядцев и обязанности местных органов власти по надзору за соблюдением содержащихся в нем правил.

17 октября 1906 года подписан указ «О порядке образования и действия старообрядческих и сектантских общин и о правах и обязанностях входящих в составе общин последователей старообрядческих согласий и отделившихся от православия сектантов». Требования данного нормативного акта в какой-то степени усложняли процесс получения разрешений на строительство и ремонт религиозных сооружений старообрядцами. Для того чтобы получить соответствующее разрешение губернатора или градоначальника необходимо было предоставить постановление общего собрания членов общины с ходатайством относительно предложенной постройки с соблюдением в предоставляемом проекте технических требований Устава Строительного. Сложность

¹ Уставы духовных дел иностранных исповеданий // Свод законов Российской империи. Т. X. 1896, ст. 125.

заклучалась в образовании старообрядческой общины. Для этого первоначально следовало подать письменное заявление, подписанное не менее чем пятьюдесятью лицами в местное губернское правление, которое рассматривало бы его в течение одного месяца со дня подачи. Заявление должно было содержать следующие сведения: о наименовании согласия или толка старообрядческого учения; допускает ли это согласие или толк настоятелей или наставников; о границах участка местности, на котором будет распространяться учение; о местонахождении предполагаемого сооружения; и имени, отчества, фамилии, звания и места жительства лиц, подписавших заявление¹.

Для того чтобы оценить масштаб злоупотребления правом на практике, необходимо обратиться к архивным источникам, где сохранилась полицейская документация. Изучая переписку полицейских чиновников, можно сделать вывод о том, что после объявления свободы вероисповедания старообрядцы восприняли дарованную им свободу буквально, как это следовало из императорского указа. Было начато строительство новых молитвенных домов, в них проводились богослужения старообрядцами, которые формально числились православными, дабы не подвергаться лишним правовым ограничениям. Данные обстоятельства вызвали целый комплекс проблем, так как старообрядцам сначала предоставили свободу, а после приняли ряд законодательных актов, ставящих эту свободу в жесткие рамки. Кроме того, над старообрядческими общинами нависла массивная местная бюрократия, которой требовалось исполнять многочисленные предписания, касающиеся контроля за вероисповеданием.

Как можно догадаться, вышеуказанные проблемы разрешались не в пользу старообрядцев. Православные церковнослужители чаще всего обнаруживали молитвенные дома старообрядцев и обращались с заявлениями в полицию на предмет законности их постройки. После этого начиналась настоящая тяжба между местными чиновниками и старообрядческой общиной. Полиция предписывала им узаконить построенное церковное сооружение, но при этом требовалось первоначально в установленном порядке

¹ Устав благочиния и безопасности // Свод законов Российской империи. Т. XIV. Петербург, 1915. С. 1–2.

зарегистрировать общину с подробным указанием исповедуемых старообрядческих толков и согласий, личных данных членов общины. Зачастую полиция отказывала старообрядцам в регистрации общины, находя формальные основания, которые заключались в недостаточном количестве членов общины, малолетства отдельных представителей, неуплате гербового сбора и т. д. Это влекло за собой снос молитвенных домов или временный запрет на проведение духовных треб¹.

Таким образом, в условиях напряженной политической обстановки в начале XX века царское правительство было вынуждено идти на уступки перед различными группами населения. В вопросе вероисповедной политики это выразилось в предоставлении свободы вероисповедания, однако учитывая, что коренным образом система управления не подвергалась изменениям, формы организационно-правового воздействия на общество остались консервативными, поэтому законодателем создавались законодательные возможности для злоупотребления правом должностными лицами для того, чтобы препятствовать распространению других вероисповеданий среди подданных, так как это создавало угрозу для господствующего положения официальной государственной религии, которая являлась своеобразным инструментом для контроля над православным населением.

¹ ЦАНО. Ф. 342. Оп. 1. Д. 139. Л. 4–30.

Фомин В.Ю.,

*судья Нижегородского районного суда
г. Нижнего Новгорода*

**Нетипичные правовые последствия
в механизме противодействия злоупотреблению
субъективным юридическим правом
на установление рейтинговых систем**

Проблема, обусловившая обращение к теме противодействия злоупотреблениям субъективным юридическим правом на установление рейтинговых систем, заключается в наличии возможности руководителей организаций независимо от организационно-правовой формы и формы собственности злоупотреблять субъективным юридическим правом на введение различных рейтинговых систем, обуславливая возникновение для правовых статусов подвластных лиц различных типичных и нетипичных правовых последствий.

Объективная юридическая реальность знает ситуации, в которых адресаты правовых предписаний совершают юридически значимые деяния, однако их правовой статус не несет типичных правовых последствий в форме возникновения, изменения или прекращения субъективных юридических прав или обязанностей. Характерным примером этого может служить *занятие какого-либо места в различных рейтингах*. Отметим, что далеко не все рейтинговые системы влекут только нетипичные правовые последствия. Существуют такие рейтинги, занятие нормативно определенных мест в которых влечет типичные правовые последствия.

Нетипичными являются правовые последствия, которые возникают в форме законного интереса¹ или необязательной юридической предопределенности как субсидиарных компонентов имплицитно сконструированных юридических статусов косвенных адре-

¹ См.: *Малько А.В.* Стимулы и ограничения в праве. 2-е изд., перераб. и доп. Москва, 2004. С. 62.

сатов правовых предписаний. В связи с отсутствием в научной литературе какого-либо концептуализированного понимания необязательной юридической предопределенности дадим ей следующую дефиницию. Необязательная юридическая предопределенность – это основанная на интегративных системных свойствах правового регулирования форма отрицательных для правового статуса лица нетипичных правовых последствий, возникающих в виде юридического лишения возможности осуществлять правовое поведение, и не сопровождающаяся непосредственной динамикой в субъективных юридических правах или обязанностях косвенного адресата правового регулирования, а также соответствующих правоотношений.

Нетипичные правовые последствия широко распространены в различных рейтинговых отношениях наряду с типичными. Примером рейтинговой системы, удачно сочетающей как нетипичные правовые последствия, так и типичные в форме возникновения субъективного юридического права на участие в финальных испытаниях является Положение о Конкурсе управленцев «Лидеры России»¹. О популярности различных рейтинговых систем свидетельствует тот факт, что по запросу в поисковой системе «Яндекс», сделанному по слову «рейтинги», на 20 марта 2019 года нашлось 209 млн результатов. В связи с тем, что мы изучаем системы правового регулирования, обратим внимание на те рейтинговые системы, которые получили официальное закрепление в соответствующих правовых актах.

В качестве эмпирического материала изучены различные локальные правовые акты организаций, использующих рейтинговые системы. Таковые обнаружили у следующих организаций: Мининский университет г. Нижнего Новгорода²; Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА)³;

¹ Положение о Конкурсе управленцев «Лидеры России» // Официальный сайт Лидеры России – Конкурс управленцев. URL: <https://лидерыроссии.рф/rules> (дата обращения: 02.05.2019).

² URL: [https://www.mininuniver.ru/attachments/article/193/Положение о рейтинговой системе оценки качества подготовки студентов.doc](https://www.mininuniver.ru/attachments/article/193/Положение%20о%20рейтинговой%20системе%20оценки%20качества%20подготовки%20студентов.doc) (дата обращения: 20.03.2019).

³ Московский государственный юридический университет имени О.Е. Кутафина (МГЮА). URL: https://msal.ru/upload/medialibrary/729/polozhenie-o-ballno_reytingovoy-sisteme-izmereniya-otsenki-obrazovatelnoy-deyatelnosti-studentov-universiteta-imeni-o.e.-kutafina_prikaz_-537-ot-02.11.2015_.pdf (дата обращения: 20.03.2019).

Нижегородская академия МВД России¹; Ульяновский государственный технический университет² и некоторых других.

Сама рейтинговая система понимается как инструмент управления общественными отношениями, возникающими по поводу установления, функционирования, изменения и прекращения существования правовых последствий ранжирования косвенных адресатов по результатам их оцениваемой деятельности. Полагаем, уместно обозначить такие отношения термином «рейтинговые отношения».

На момент проведения исследования нам не удалось обнаружить ни одного закона, непосредственно регламентирующего функционирование рейтинговых систем. Несмотря на то, что с 1998 года в России существует Федеральный закон «Об оценочной деятельности в Российской Федерации»³, предмет его действия не включает в себя отношения, возникающие на основе рейтинговых систем, так как ограничивается установлением ликвидационной, рыночной, инвестиционной, кадастровой или иной предусмотренной законодательством оценки стоимости объектов гражданского оборота.

Отметим, что указанная выше фактическая распространенность рейтинговых систем на территории всей Российской Федерации никак не соответствует локальному уровню их правовой регламентации. Кроме того, в современной России функционирует система правового регулирования деятельности кредитных рейтинговых агентств.

Нормативной правовой основой ее являются Федеральный закон «О деятельности кредитных рейтинговых агентств в Российской Феде-

¹ Официальный сайт Нижегородской академии МВД России. URL: https://на.мвд.пф/Obrazovatel'naya_deyatelnost/Rejtingovaja_ocenka_deyatelnosti_professorsko-prepodavatelynskogo_sostava_za_2017-2018g.docx (дата обращения: 20.03.2019); Официальный сайт Нижегородской академии МВД России. URL: https://mvd.ru/upload/site128/folder_page/006/484/828/Reytin_peremennogo_sostava_2017-2018_uchebnyy_god.pdf (дата обращения: 20.03.2019).

² Ульяновский государственный технический университет. Документы по рейтингу научной активности сотрудника за 2018 год. URL: <http://www.ulstu.ru/main/view/article/20877> (дата обращения: 20.03.2019).

³ Об оценочной деятельности в Российской Федерации: федеральный закон от 29 июля 1998 года № 135-ФЗ // Российская газета. 1998. 6 августа.

рации...» и другие акты¹. Нормативные правовые предписания актов, регламентирующих функционирование кредитных рейтинговых организаций, также имеют свой узкоспециализированный предмет и не могут претендовать на всеобщность регулирования рейтинговых отношений.

Также специализированными, но пригодными для модернизации по направлению обеспечения всеобщности регулирования рейтинговых отношений являются нормы актов, регулирующих отношения в сфере образования. Например, ст. 95 Федерального закона от 29 декабря 2012 года № 273-ФЗ «Об образовании в Российской Федерации»², регламентирующая независимую оценку качества образования, в части 7 предусматривает диспозитивную норму, позволяющую формировать рейтинги образовательных организаций. Статья 96 указанного нормативного правового акта, регламентирующая отношения в сфере общественной аккредитации образовательных организаций, в ч. 5 также на основе диспозитивного регулирования устанавливает возможность формирования рейтингов аккредитованных образовательных программ.

¹ О деятельности кредитных рейтинговых агентств в Российской Федерации, о внесении изменения в статью 76.1 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации: федеральный закон от 13 июля 2015 года № 222-ФЗ // Российская газета. 2015. 17 июля; Положение о порядке ведения Банком России реестра кредитных рейтинговых агентств, реестра филиалов и представительств иностранных кредитных рейтинговых агентств, о требованиях к порядку и форме представления в Банк России уведомлений кредитными рейтинговыми агентствами: утв. Банком России 17 декабря 2015 года № 521-П. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; О содержании отчетности кредитного рейтингового агентства, форме, сроках и порядке ее составления и представления в Банк России: указание Банка России от 3 ноября 2016 года № 4177-У. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; О порядке представления кредитными рейтинговыми агентствами в Банк России документов, информации и данных, а также форме и сроках их представления: указание Банка России от 13 октября 2016 года № 4157-У. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; О порядке направления Банком России предписаний об устранении нарушений требований, указанных в частях 1, 6 статьи 6 Федерального закона от 13 июля 2015 года № 222-ФЗ «О деятельности кредитных рейтинговых агентств в Российской Федерации, о внесении изменения в статью 76.1 Федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» и признании утратившими силу отдельных положений законодательных актов Российской Федерации: указание Банка России от 13 октября 2016 года № 4156-У. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; и др.

² Об образовании в Российской Федерации: федеральный закон от 29 декабря 2012 года № 273-ФЗ // Российская газета. 2012. 31 декабря.

Рейтинговые отношения в сфере оценки качества образования получили отражение в научной литературе. Так, например, Г. Зайцевой, анализирующей виды независимой оценки образовательной деятельности, непосредственно отмечается тот факт, что «результаты независимой оценки не влекут за собой приостановление или аннулирование лицензии на осуществление образовательной деятельности, приостановление или лишение государственной аккредитации. На это указано в п. 6 ст. 95 Федерального закона «Об образовании в Российской Федерации»¹. Таким образом, автор, не называя обозначаемые им явления термином «нетипичные правовые последствия», фактически указывает основные признаки последних.

Считаем уместным отметить то, что целесообразность развития системы оценки качества образования отмечена Президентом Российской Федерации в Послании Федеральному Собранию от 4 декабря 2014 года, где глава государства указал на важность запуска механизма оценивания качества функционирования организаций социальной сферы и раскрытия информации о работе таких организаций². Этот аспект нашел свое отражение в работе Правительства Российской Федерации, уделяющего внимание внедрению независимой системы оценки качества работы организаций социальной сферы, введению публичных рейтингов, а также выявлению и распространению лучшей практики деятельности организаций в социальной сфере³.

¹ Зайцева Г. Независимая оценка качества образования: разбираемся в деталях // Учреждения образования: бухгалтерский учет и налогообложение. 2015. № 7. С. 39–47.

² Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 4 декабря 2014 года // Российская газета. 2014. 5 декабря.

³ Раздел III Основных направлений деятельности Правительства Российской Федерации на период до 2018 года (новая редакция), утвержденных Правительством Российской Федерации 14 мая 2015 года № 2914п-П13. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»; О Федеральной целевой программе развития образования на 2016–2020 годы: постановление Правительства Российской Федерации от 23 мая 2015 года № 497 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 22, ст. 3232; О реализации мероприятий федеральных целевых программ, интегрируемых в отдельные государственные программы Российской Федерации: постановление Правительства Российской Федерации от 12 октября 2017 года № 1243 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2017. № 43, ч. II, ст. 6324; О федеральной целевой программе «Русский язык» на 2016–2020 годы: постановление Правительства Российской Федерации от 20 мая 2015 года № 481 // Собрание законодательства Российской Федерации. 2015. № 21, ст. 3118; и др.

Если анализировать *правовое регулирование*¹ по определению места лица в рейтинге, то непосредственным адресатом правовых предписаний, регламентирующих сам процесс указанного регулирования, являются специально уполномоченные субъекты. В изученных нами правовых актах – это комиссии, формируемые для определения результатов рейтинга, а также руководитель, компетентный утверждать рейтинг. Непосредственным адресатом данные лица являются потому, что именно им адресованы те нормы, которые обуславливают возникновение правовых последствий в виде официального результата рейтинга. Обозначим лиц, деятельность которых непосредственно регулируется рейтинговыми системами в части определения итогов рейтинговых оценок термином «*непосредственный рейтинговый адресат*».

Однако каждая рейтинговая система обращена также к тем лицам, результаты деятельности которых подлежат оценке в ходе подведения итогов функционирования рейтинговых систем. Обозначим данных лиц термином «*косвенный рейтинговый адресат*». В результате указанного правового регулирования их статус меняется только тогда, когда официально объявляются итоги рейтингов. До этого момента функционирование рейтинговых систем в отношении них можно охарактеризовать лишь как информационное или ориентационное правовое воздействие², если, конечно, субъект управления, злоупотребляя своими правами, в нарушение принципа демократизма не устанавливает субъективную юридическую обязанность (типичное правовое последствие) подчиненных принять участие в рейтинге.

Если рассматривать правовое регулирование возникновения правовых последствий функционирования рейтинговых систем, то организационную стадию³ можно идентифицировать с моментом вступления в силу соответствующего правового акта и до начала работы непосредственных рейтинговых адресатов, то есть до начала подсчета результатов соответствующих рейтингов. На данной стадии относительно самостоятельным с юридической точки зрения является момент начала периода времени, за кото-

¹ См.: Радько Т.Н., Толстик В.А. Функции права. Нижний Новгород, 1995. С. 83–96.

² См. там же. С. 59–82.

³ См. там же. С. 85.

рый подсчитываются результаты рейтинга. Однако этот факт имеет исключительно формальный характер, так как косвенные адресаты часто начинают планировать свои рейтинговые показатели задолго до его начала. Иными словами, информационное и ориентационное правовое воздействие нормы рейтинговых систем осуществляют в отношении косвенных адресатов уже с момента вступления акта в силу или даже на стадии правообразования, предшествующей данному моменту. Это часто выражается в функционировании института лоббизма. Однако в данном случае не следует смешивать три самостоятельных проблемных аспекта. Первый касается правового регулирования лоббизма интересов, которые отражаются в рейтинговых системах, второй – деятельности косвенных адресатов по формированию фактической эмпирической основы занятия выгодного места в рейтинге, третий – деятельности косвенных адресатов по формированию соответствующих отчетов, если таковые предусмотрены рейтинговыми системами. Последний проблемный аспект предполагает также вопрос о целесообразности заполнения рейтинговых отчетов самими косвенными рейтинговыми адресатами. Дело в том, что с точки зрения оперирования критериями эффективности¹ данные процедуры малоэффективны, так как отнимают большое количество человеко-часов на формирование отчетов и на последующую их проверку. Полагаем, что при введении в действие той или иной рейтинговой системы должен решаться вопрос об автоматизации ее функционирования.

Трансформационная стадия указанного правового регулирования представлена периодом официального подведения итогов рейтингов. Изучаемое правовое регулирование переходит в указанную стадию с того момента, когда согласно правовым нормам непосредственные рейтинговые адресаты начинают осуществлять свои функции по установлению результатов рейтингов. В этот момент косвенные рейтинговые адресаты практически не осу-

¹ См.: *Васильев П.В.* О разработке юридических критериев для оценки эффекта ведомственных научно-представительских мероприятий в сфере юриспруденции // *Пенитенциарная система и общество: опыт взаимодействия: сборник материалов V Международной научно-практической конференции (4–6 апреля 2018 года) / сост. В.А. Овченков.* Пермь, 2018. С. 105–107.

ществляют в рамках изучаемого правового регулирования никаких функций, за исключением консультационных, поясняя заполненные ими отчеты, если таковые предусмотрены. Завершается изучаемая стадия фактом официального опубликования (доведения до сведения конкретных лиц) результатов рейтинга.

Корреляционная стадия представлена, как правило, бессрочным изменением правового статуса косвенных адресатов, которые считаются официально занявшими конкретные места в рейтинге. Характерен вопрос: какие правовые последствия для них возникают?

Как правило, типичные правовые последствия возникают в тех случаях, когда косвенные адресаты занимают призовые места. В этом случае у них возникают субъективные юридические права на получение определенных социальных благ. Достаточно интересными представляются типичные правовые последствия для косвенных адресатов, которые занимают последние места. Для них некоторыми рейтинговыми системами предусматриваются негативные морально-организационные автоматические санкции в виде необходимости предстать перед каким-либо советом и объяснить причины занятия последних мест¹.

Для всех тех косвенных адресатов, которые не занимают мест, обуславливающих возникновение типичных правовых последствий, возникают нетипичные правовые последствия в форме законного интереса на учет места в рейтинге при возникновении иных правовых отношений. Например, лицо, занявшее высокое место в рейтинге, может указывать данный факт в документах, которые могут быть (а могут и не быть) учтены в рамках иных правовых процедур (конкурс на должность, представление к поощрению и др.). Данные нетипичные правовые последствия являются законными интересами в силу того факта, что ни у одного лица не возникает субъективной юридической обязанности признавать и юридически обеспечивать данные претензии косвенного рейтингового адресата. Представленные нетипичные правовые последствия обозначим термином *«рейтинговые нетипичные правовые последствия»*.

¹ См.: Васильев П.В. Автоматические санкции в российском праве (теория, практика, техника): монография / под науч. ред. В.А. Толстика. Москва, 2016. С. 48–56.

Отметим, что факты ведения рейтинговых систем, заставляющих подчиненных лиц недобровольно принимать участие в рейтингах, представляется нам использованием субъективного юридического права субъектом власти во вред подчиненным и всему демократическому политико-правовому режиму современной России, возвращая ее в этом отношении во времена тоталитаризма и принудительных социалистических соревнований. Именно в таком смысле понимается нами злоупотребление субъективным юридическим правом на установление рейтинговых систем. В связи с этим целесообразным является разработка механизма противодействия такому поведению.

Важное прикладное значение изучения нетипичных правовых последствий заключается в выявлении и концептуализации закономерностей фактического гармоничного развития правовой системы общества. Одна из таких закономерностей сформулирована В.В. Субочевым следующим образом: «Интерес личности, соответствующий объективно существующему праву, может трансформироваться в гарантированное правомочие субъекта в результате не только своего «созревания», «оформления» в виде ярко выраженной потребности, но и сопутствующего соответственного развития законодательных технологий, новелл правотворчества. Каким бы рациональным ни был законный интерес субъекта, его трансформация в субъективное право должна обеспечиваться существующими возможностями юридической техники»¹. В этом усматривается важный прикладной аспект изучения нетипичных правовых последствий – обеспечение *развития правотворческой и правореализационной юридической техники, которая получает возможность оперировать адекватной терминологией.*

В целях иллюстрации прикладного значения изучения нетипичных правовых последствий полагаем возможным привести обоснование отдельных положений разрабатываемого нами проекта Федерального закона «О регулировании рейтинговых отношений в Российской Федерации» в той части, которая касается противодействия злоупотреблению субъективным юридическим правом на установление рейтинговых систем.

¹ Субочев В.В. Механизм трансформации законных интересов в субъективные права и субъективных прав в законные интересы // Современное право. 2007. № 3. С. 93.

После изложения целей в текст закона следует включить основные термины и их дефиниции. Формулировки последних полагаем уместным ориентировать не столько на удовлетворение нужд юридической науки, сколько на решение конкретных практических задач по регулированию рейтинговых отношений.

Среди относящихся к теме настоящей статьи основных дефиниций укажем следующие:

- рейтинг – сформированное на основе функционирования рейтинговой системы ранжирование косвенных рейтинговых адресатов согласно занятым местам;

- рейтинговые отношения – общественные отношения, возникающие по поводу установления, функционирования, изменения и прекращения существования правовых последствий ранжирования косвенных адресатов рейтинговых правовых предписаний по результатам их оцениваемой деятельности;

- участники рейтинговых отношений – лица, правовой статус которых содержит субъективные юридические права, субъективные юридические обязанности, законные интересы и необязательные юридические предопределенности, возникающие на основе специализированного рейтингового законодательства;

- правовые последствия ранжирования косвенных адресатов рейтинговых правовых предписаний по результатам их оцениваемой деятельности – предусмотренные рейтинговым законодательством субъективные юридические права, субъективные юридические обязанности, законные интересы, необязательные юридические предопределенности;

- рейтинговая система – введенная актом индивидуального регулирования и (или) локальным нормативным актом система рейтинговых отношений, возникающих по поводу установления, функционирования, изменения и прекращения существования правовых последствий ранжирования косвенных адресатов рейтинговых правовых предписаний по результатам их оцениваемой деятельности;

- рейтинговый адресат – лицо, чей рейтинговый правовой статус возникает, изменяется или прекращается в результате установления и (или) функционирования рейтинговой системы;

- косвенный рейтинговый адресат – рейтинговый адресат, результаты деятельности которого подлежат оценке в соответствующем рейтинге;

– непосредственный рейтинговый адресат – рейтинговый адресат, специально уполномоченный определять рейтинг;

– объект рейтинговых отношений – деятельность непосредственных рейтинговых адресатов по установлению, изменению и прекращению существования правовых последствий ранжирования косвенных адресатов рейтинговых правовых предписаний по результатам их оцениваемой деятельности.

Отдельного внимания заслуживает регулирование действия специализированного рейтингового законодательства. Полагаем целесообразным распространить специализированное рейтинговое законодательство на трудовые и связанные с ними отношения, брачно-семейные отношения, гражданско-правовые и иные отношения, возникающие на основе добровольного волеизъявления их участников. Это обусловлено тем, что далее мы считаем юридически невозможным в демократическом государстве легитимное принудительное установление рейтинговых систем.

Особо отметим, что специализированное рейтинговое законодательство не может иметь обратную силу. Обратим внимание на то, что рейтинговая система в смысле социального управления является инструментом воздействия на осознанное поведение косвенных рейтинговых адресатов, которые должны иметь реальную возможность осмысленно корректировать свою деятельность в соответствии с рейтинговой системой. Отсюда следует недопустимость установления рейтинговой системы по результатам окончания рейтингового периода. Последнее в настоящее время также оценивается нами как злоупотребление правом. Специально полагаем возможным обговорить, что действие специализированного рейтингового законодательства не распространяется на отношения, возникающие на основе законодательства о спорте, а также иного специализированного законодательства. Значение данной нормы состоит в том, чтобы исключить из действия специализированного рейтингового законодательства отношения в сфере спорта, существующего в соответствии со своими требованиями.

Также действие специализированного рейтингового законодательства не следует распространять на различные конкурсы, проводимые вне трудовых рамок, в том числе служебных отношений, иные мероприятия, предполагающие правовую оценку их

результатов, однако полагаем целесообразным снабдить данную норму оговоркой о том, что действие специализированного рейтингового законодательства не распространяется на указанные отношения, если это правомерно и специально оговорено организаторами конкурса или иного мероприятия и не вступает в противоречие с общим смыслом рейтингового законодательства. Данное нормативное правовое предписание необходимо для возможного телеологического толкования специализированного рейтингового законодательства и (или) соответствующего локального нормативного акта.

В качестве базового принципа рейтинговых отношений полагаем отметить добровольность участия в них косвенных рейтинговых адресатов. В связи с этим целесообразно особо регламентировать то, что специализированное рейтинговое законодательство основано на принципе добровольности участия лиц в рейтингах. Согласие на участие в рейтинге в качестве косвенного рейтингового адресата дается в письменной форме. Принуждение кого-либо к участию в рейтингах, обуславливающее возникновение у него правового статуса косвенного рейтингового адресата, влечет ответственность, установленную законодательством. Лицо, принуждаемое к участию в рейтингах в качестве косвенного рейтингового адресата, имеет возникающие в связи с этим субъективные юридические права и законные интересы, включая субъективное юридическое право на признание всех итогов рейтинга ничтожными.

В заключение отметим, что в настоящей работе представлены только основы использования нетипичных правовых последствий в механизме противодействия злоупотреблению субъективным юридическим правом на установление рейтинговых систем. Кроме того, развитие научных знаний о нетипичных правовых последствиях позволяет более адекватно использовать не только рейтинговые системы, но и иные нормативные правовые ресурсы для гармоничного регулирования общественных отношений в рамках базовых ценностей правовой системы общества.

Чунина М.С.,
аспирант кафедры «Правосудие» Пензен-
ского государственного университета

**Роль правоинтерпретационной практики
Верховного Суда Российской Федерации
в противодействии злоупотреблению
процессуальными правами**

Эффективность деятельности органов правосудия по восстановлению нарушенных или оспариваемых прав, свобод либо законных интересов граждан во многом зависит от того, как лица, участвующие в деле, распоряжаются принадлежащими им процессуальными правами. Действующее законодательство основополагающим в реализации прав граждан определяет принцип добросовестности и разумности их действий. Вместе с тем, анализ судебных актов позволяет выявить случаи злоупотребления принадлежащими им правами.

В судебной практике квалификация действий лица как злоупотребление процессуальными правами не всегда является корректной и однозначной. Зачастую действия лиц, участвующих в деле, направлены на затягивание судебного разбирательства и в большинстве случаев выдаются за способ обеспечения судебной защиты.

На сегодняшний день легальное определение злоупотребления правом закреплено лишь в ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) и трактуется в нем как осуществление прав исключительно с намерением причинить вред другому лицу в обход закона с противоправной целью, а также иное заведомо недобросовестное осуществление прав.

В процессуальном же законодательстве данное понятие определяется по-разному.

Так, например, в п. 1 ст. 35 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ) содержится

только указание на обязанность лиц, участвующих в деле, добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами. Далее же, в ст. 99 Кодекс предусматривает возможность возложения на сторону, недобросовестно заявившую неосновательный иск или спор относительно иска либо систематически противодействовавшую правильному и своевременному рассмотрению и разрешению дела, компенсацию за фактическую потерю времени в пользу другой стороны.

Пунктом 5 ст. 159 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) определено, что суд вправе отказать в удовлетворении заявления или ходатайства в случае, если они не были своевременно поданы лицом, участвующим в деле, вследствие злоупотребления своим процессуальным правом и явно направлены на срыв судебного заседания, затягивание судебного процесса, воспрепятствование рассмотрению дела и принятию законного и обоснованного судебного акта.

Наиболее совершенная законодательная конструкция содержится в Кодексе административного судопроизводства Российской Федерации. Законодателем в п. 7 ст. 45 предпринята попытка закрепления возможных форм злоупотреблений процессуальными правами, к которым отнесены, например, заявление лицом неосновательного иска, противодействие правильному и своевременному рассмотрению и разрешению дела, осуществляемое, в том числе систематически, и др. Перечень данных форм является открытым.

Таким образом, существование различных законодательных подходов к определению одного и того же понятия порождает проблемы разграничения судами добросовестной реализации своих прав участниками процессуальных отношений и злоупотребления таковыми, что в значительной степени осложняет противодействие данному явлению.

В этой связи особую значимость представляют правоинтерпретационные акты Верховного Суда Российской Федерации (и ранее – Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (далее – ВАС РФ)), позволяющие квалифицировать те или иные действия (бездействие) лиц как злоупотребление процессуальным правом, восполняющие тем самым пробел в законодательной базе.

Так, например, Пленум ВАС РФ в постановлении от 20 декабря 2006 года № 65 указал, что в качестве злоупотребления процессуальными правами судом может расцениваться непредставление или несвоевременное представление лицами, участвующими в деле, доказательств по неуважительным причинам, которое направлено на затягивание судебного разбирательства¹.

Получение судом при рассмотрении дела доказательств о явной необоснованности размера исковых требований, по мнению Пленума Верховного Суда Российской Федерации, также может быть признано судом злоупотреблением процессуальными правами².

В постановлении от 13 июня 2017 года № 21 Пленум Верховного Суда Российской Федерации дал уже более общую характеристику данной категории, определив злоупотребление процессуальными правами как неисполнение участниками судебного процесса и иными лицами, участвующими в деле, своих процессуальных обязанностей: например, добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им процессуальными правами, являться в судебное заседание, представлять доказательства и др.³

Злоупотреблением процессуальными правами, по мнению Пленума Верховного Суда Российской Федерации, может считаться также недобросовестное поведение стороны, которая предъявила несколько исковых заявлений в результате искусственно разделенного требования по одному договору⁴.

Анализ приведенных правоинтерпретационных актов Верховного Суда Российской Федерации говорит об отсутствии еди-

¹ О подготовке дела к судебному разбирательству: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 20 декабря 2006 года № 65 // Вестник ВАС РФ. 2007. № 4.

² О некоторых вопросах применения законодательства о возмещении издержек, связанных с рассмотрением дела: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 21 января 2016 года № 1 // Российская газета. 2016. 27 февраля.

³ О применении судами мер процессуального принуждения при рассмотрении административных дел: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 13 июня 2017 года № 21 // Российская газета. 2017. 20 июня.

⁴ О применении судами законодательства об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств: постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 26 декабря 2017 года № 58 // Российская газета. 2017. 29 декабря.

ной позиции в определении границ добросовестной реализации лицами, участвующими в деле, своих процессуальных прав, однако позволяет выявить общие черты злоупотребления таковыми.

Во-первых, злоупотреблять процессуальными правами могут только лица, участвующие в деле и реализующие их в предусмотренной законом форме. Во-вторых, лицо, прямо не нарушая нормы закона, реализует право при отсутствии у него законного интереса или в противоречии с ним. В-третьих, действия лица являются умышленными и осознанными и направлены, прежде всего, на затягивание судебного разбирательства либо получение имущественной выгоды. В-четвертых, осуществление прав ненадлежащим образом противоречит интересам общества, государства, иным участникам процесса, наносит или может нанести им вред.

Полагаем, что своевременному выявлению и пресечению фактов злоупотребления процессуальными правами способствовало бы формирование единообразного подхода к решению данной проблемы в действующем процессуальном законодательстве.

До внесения соответствующих изменений в законодательные акты судам следует обращаться к правоинтерпретационной практике Верховного Суда Российской Федерации. Вместе с тем, выработка Верховным Судом соответствующей правовой позиции по данному вопросу, позволяющей определить возможные признаки и формы злоупотребления процессуальными правами, позволит в первую очередь эффективно защищать интересы участников процесса, добросовестно реализующих свои права и законные интересы, а также достичь правовой определенности, единообразия в правоприменительной деятельности судов различных уровней и обеспечить единство судебной практики в целом.



Члены президиума доводят до участников регламент работы конференции



Помощник начальника Нижегородской академии МВД России по инновационному развитию научной деятельности д.ю.н., профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации
Баранов Владимир Михайлович сообщает о своем видении сущности обхода закона



Участники конференции, включая представителей иногородних образовательных организаций, в режиме видео-конференц-связи слушают выступление профессора В.М. Баранова



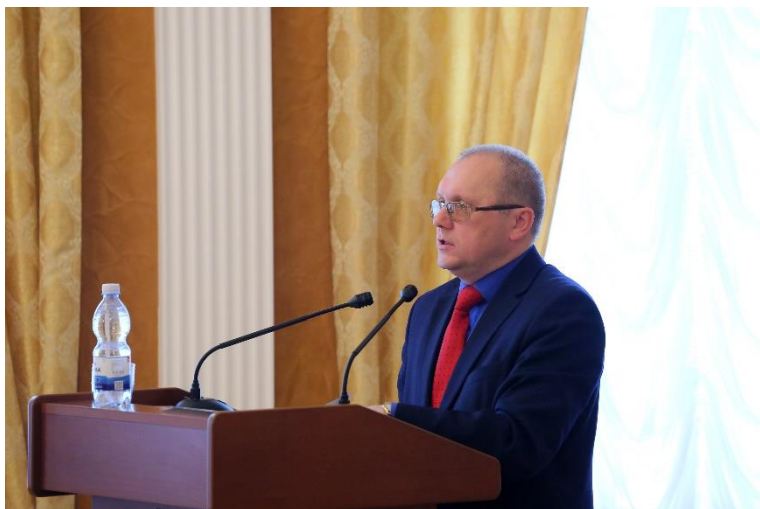
Президент МОО «Межрегиональная ассоциация теоретиков государства и права», научный руководитель Юридического института (г. Санкт-Петербург) д.ю.н., профессор *Комаров Сергей Александрович* рассуждает о злоупотреблении правом на международном и национальном уровнях



Доцент кафедры теории и истории права и государства Барнаульского юридического института МВД России к.ю.н. *Титова Елена Анатольевна* в режиме видео-конференц-связи выступает с докладом на тему «Юридический состав злоупотребления правом: общетеоретическая характеристика»



Судья Верховного Суда Российской Федерации (в отставке), профессор кафедры уголовно-правовых дисциплин Института социально-гуманитарного образования Московского педагогического государственного университета (МПГУ) д.ю.н., доцент *Колоколов Никита Александрович* рассуждает о проблемах организации противодействия правом в уголовном процессе



Профессор кафедры теории и истории государства и права Пермского государственного национального исследовательского университета д.ю.н., доцент *Поляков Сергей Борисович* представляет свое видение соотношения злоупотребления правом и принципа формальной определенности закона



Профессор Юридического института Владимирского государственного университета имени А.Г. и Н.Г. Столетовых д.ю.н., профессор *Головкин Роман Борисович* раскрывает некоторые аспекты противодействия злоупотреблениям цифровыми правами



Начальник кафедры теории и истории государства и права Нижегородской академии МВД России д.ю.н., профессор, почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации *Толстик Владимир Алексеевич* предлагает свой взгляд на технико-юридические способы противодействия злоупотреблению правом



Профессор кафедры криминологии Нижегородской академии МВД России д.ю.н., доцент *Кабанов Павел Александрович* сообщает о злоупотреблениях правом в сфере реализации государственной политики противодействия коррупции



Участники международной научно-практической конференции
«Противодействие злоупотреблению правом: теория, практика, техника»



Гости конференции посещают Вознесенский Печерский мужской монастырь



Каждый гость Нижнего Новгорода должен увидеть знаменитое место слияния рек Оки и Волги



Прогулка по улице Рождественской – обязательный элемент экскурсии



Прогулка по горьковским местам

Научное издание

ДЕСЯТЫЕ БАБАЕВСКИЕ ЧТЕНИЯ

ПРОТИВОДЕЙСТВИЕ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЮ ПРАВОМ:
ТЕОРИЯ, ПРАКТИКА, ТЕХНИКА

*Сборник статей по материалам
Международной научно-практической конференции
(Нижний Новгород, 23–24 мая 2019 года)*

Редакторы *Т.Ю. Булганина, Н.А. Далёкина, В.Н. Николаева, Н.Б. Помадина*
Компьютерная верстка *Г.А. Федуловой*
Дизайн обложки *К.А. Быкова*

Подписано в печать 15.11.2019. Формат 60х84/16.
Усл. печ. л. 30. Тираж 108 экз. Заказ № 409

Редакционно-издательский отдел Нижегородской академии МВД России

Отпечатано в отделении полиграфической и оперативной печати
Нижегородской академии МВД России
603144, Н. Новгород, Анкудиновское шоссе, 3