

## ДИСКУССИИ И ОБСУЖДЕНИЯ

### К ВОПРОСУ О ПОНЯТИЯХ “ОХРАНА” И “ЗАЩИТА” В РОССИЙСКОМ ПРАВЕ

© 2008 г. А. С. Никитин<sup>1</sup>

В журнале “Государство и право” опубликована статья В.И. Абрамова, посвященная таким важным и спорным понятиям, как “охрана” и “защита”<sup>2</sup>. Следует отметить, что уяснение этих понятий актуально не только для семейного права, но и для других отраслей права, о чем свидетельствуют многочисленные публикации. К сожалению, аргументы в отношении “охраны” и “защиты”, приведенные автором статьи, для нас показались не убедительными, поэтому и возникла данная статья.

Нерешенность этой проблемы в теории права привела к тому, что российское законодательство в этой части противоречиво, состоит из общих и расплывчатых фраз, а также двусмысленно. Рассматривая эти понятия, необходимо отметить, что их целесообразно одновременно решать с позиции как частного, так и публичного права. Такой подход позволит, на наш взгляд, расставить все по своим местам, исходя из содержания понятий “охрана” и “защита”. И тогда возникнет объективная реальность для каждой из указанных дефиниций в правовой плоскости, а споры о том, что уже, а что шире, канут в “Лету”. Представим на суд многоуважаемых читателей некоторые свои соображения по высказанным положениям.

Общеизвестно, что понятия “охраны” и “защиты” активно используются в институтах права, связанных с различными видами юридической ответственности, особенно это касается, как правило, уголовной, гражданской и административной. Так, например, согласно ст. 1.2. КоАП РФ “задачами законодательства об административных правонарушениях являются защита личности, охрана прав и свобод человека и гражданина, охрана здоровья граждан, санитарно-эпидемиологического благополучия населения, защита общественной нравственности, охрана окружающей среды, установленного порядка осуществления государственной власти, общественного порядка и общественной безопасности, собственности, защита законных экономических интере-

сов физических и юридических лиц, общества и государства от административных правонарушений ...”.

Таким образом, из текста статьи вытекает, что **защите** подлежат следующие объекты: 1) личность; 2) общественная нравственность; 3) законные экономические интересы физических и юридических лиц, общества и государства. **Охрана** же включает все остальные объекты посягательства, а именно: 1) права и свободы человека и гражданина; 2) здоровье граждан; 3) санитарно-эпидемиологическое благополучие населения; 4) окружающую среду; 5) установленный порядок осуществления государственной власти; 6) общественный порядок; 7) общественную безопасность; 8) собственность.

Из данной конструкции статьи КоАП РФ напрашиваются два совершенно противоположных вывода: законодатели либо не понимали разницу в терминах “охрана” и “защита”, либо, наоборот, все хорошо продумали и предвидели их в реальной действительности, поскольку “защищаемые” объекты представлены больше в теоретическом плане, чем в правоприменительном аспекте. К сожалению, по-нашему мнению, они не работают в реальном правоприменительном процессе.

Любой из этих выводов не делает жизнь правоприменителя легкой, а создает условия для глобальной ревизии всего постатейного материала КоАП РФ, поскольку одни объекты посягательства административных правонарушений охраняемы, а другие только защищаемы. Иначе говоря, охраняемые объекты не подлежат защите, а защищаемые не могут быть охраняемы. Заметим, мягко говоря, что данный непродуманный момент закона воспринимается в буквальном смысле именно так.

Обратимся к примеру, который наиболее часто встречается на практике. Совершено мелкое хулиганство (ст. 20.1. КоАП РФ), сопровождавшееся нецензурной бранью в общественном месте, с оскорбительным приставанием к гражданину, а также повреждением его имущества (оторваны пуговицы пиджака). По данному противоправному факту имеется на лицо правонарушитель и потерпевший. Возникает вопрос: кого из них административное законодательство “охраняет”, а кого “защищает”, или может быть

<sup>1</sup> Профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Московского гуманитарно-экономического института, кандидат юридических наук.

<sup>2</sup> См.: Абрамов В.И. Соотношение понятий “охрана”, “защита”, “гарантированность”, “обеспечение” прав ребенка // Гос. и право. 2006. № 6. С. 68–74.

оно их и “охраняет”, и “защищает”? Остановимся для начала пока на конкретных правах, имеющих у потерпевшего и правонарушителя, которые непосредственно влияют на то, что они защищаемы или не только защищаемы, но и охраняемы.

Если начать рассмотрение с потерпевшего, то реально видны его нарушенные такие права как: право на неприкосновенность, на здоровье, на человеческое достоинство, на честь и пр. До этого эксцесса у потерпевшего как у носителя указанных прав был полный порядок в данной сфере, а правонарушитель нарушил своими действиями это нормальное его состояние. В КоАП РФ (ст. 20.1.) предусмотрены административные наказания за совершение вышеуказанных правонарушений в виде административного штрафа или административного ареста. Таким образом, в этом случае были нарушены соответствующие материальные нормы права.

**Во-первых**, мы уже сказали о нарушенных материальных правах потерпевшего, носителем которых он являлся на момент совершения против него мелкого хулиганства. В итоге нарушена материально-правовая норма, предоставившая эти субъективные права потерпевшему. Более того, у него с этого момента возникают определенные и административно-процессуальные права, которых мы не будем касаться.

**Во-вторых**, к материальному праву следует также отнести норму административной ответственности, закрепляющую в ст. 20.1 КоАП РФ само правонарушение в виде “мелкого хулиганства”, которое выражено в конкретной диспозиции и санкции. Следовательно, нарушена также материально-правовая норма объективного права.

**В-третьих**, некоторые статьи Общей части КоАП РФ, где закреплены соответствующие правила материального права, например, об административном штрафе, административном аресте, о сроке давности и прочие важные материально-правовые положения административной ответственности, тоже следует отнести к нормам объективного права.

Устанавливая такие материальные нормы, законодатель осуществляет при помощи КоАП РФ охрану законопослушных физических, должностных и юридических лиц от противоправных деяний. Такая охрана выступает дополнительной гарантией и преимуществом со стороны общества и государства, которые тем самым показывают, на чьей стороне они находятся. Данные предпочтения и преимущества охраны представляются субъектам права в дополнение к общей, без исключений, защищенности их всех со стороны закона.

Теперь вернемся к правонарушителю, который, если рассматривать дело, как в большинстве случаев, т. е. без наличия провокационных дей-

ствий со стороны потерпевшего и злоупотреблений милиции при задержании и других мерах, то материальные права правонарушителя в рамках совершенного противоправного деяния, как правило, не нарушаются. Он сам выступает в роли активного противоправного начала, ибо нарушает права потерпевшего. Более того, в ходе разбирательства правонарушитель, наоборот, приобретает дополнительные права как участник производства по делу об административном правонарушении, но они относятся уже к административно-процессуальным правам.

Следовательно, закон в рамках административного процесса ст. 25.1 КоАП РФ предоставляет правонарушителю дополнительные процессуальные средства для его защиты. На практике подобная **защита** закона, как правило, адресована для ограждения правонарушителя от правонарушений со стороны должностных лиц правоохранительных органов, заинтересованных родственников и друзей потерпевшей стороны.

Возьмем тот же самый пример, но только рассмотрим его с иных позиций. С одной стороны, это будет должностное лицо правоохранительного органа, производящее разбирательство по данному делу, а с другой – позиция адвоката правонарушителя. Кто из них защищает, а кто охраняет права и свободы человека и гражданина в рамках конкретного производства по делам об административных правонарушениях?

Несомненно, что должностные лица правоохранительного органа осуществляют охранительные полномочия с момента составления процессуальных документов по факту правонарушения и вынесения правонарушителю своего решения о назначении конкретного административного наказания и т.д.

Причем это касается не только того должностного лица, которое оформляло протокол об административном правонарушении и другие необходимые документы, выносило решение о назначении правонарушителю административного наказания в виде штрафа либо предупреждения, но и тех должностных лиц, которые осуществляли только лишь отдельные полномочия в данном деле: доставляли нарушителя, производили какой-либо досмотр, изымали документы и т.д.

Однако на этом их полномочия в рассматриваемом деле не заканчиваются. Они осуществляют также защиту прав и свобод правонарушителя от посягательств со стороны иных участников производства по делу об административном правонарушении. Это означает, что они устраняют все противоречия между конфликтующими сторонами, обеспечивают неприкосновенность всех участников, в том числе правонарушителя, потерпевшего, свидетелей и пр.

Причем эта защита является с их стороны не только правовой, но и физической: они обеспечивают неприкосновенность лиц, их имущества, чести и достоинства. Такая обязанность по защите не является специальной (эксклюзивной), т.е. предусмотренной только для какого-то особого лица или конкретного дела об административном правонарушении. Она производится в общем порядке, основываясь на КоАП РФ и иных нормативно-правовых источниках, например, ст. 10 и 11 Закона РФ “О милиции”.

Рассматривая же правовой статус адвоката в рамках конкретного производства по делу об административном правонарушении, мы отмечаем, что он не обладает полномочиями правовой охраны, не наделен по закону в буквальном смысле и правомочиями во всех аспектах по защите своего подзащитного, поскольку данное понятие многоплановое. Адвокат обладает правомочием защиты только в одном варианте, а именно в границах правовой защиты.

Физическая или иная какая-либо защита не есть его правомочие как адвоката по этому делу об административном правонарушении. Если адвокат, к примеру, примет участие в драке для якобы защиты своего клиента, то ответственность его будет такой же, как и у всех физических лиц. Данное правовое положение отмежевывает статус адвоката от должностных лиц правоохранительных органов, которые имеют право на применение физической силы на основании ст. 12 и 13 Закона РФ “О милиции”.

Вернемся опять же к исходной ситуации с мелким хулиганством, где нас заинтересовал в рассматриваемой плоскости правовой статус адвоката. В соответствии со ст. 11 Кодекса профессиональной этики адвоката он “не вправе быть советником, защитником или представителем нескольких сторон в одном деле, чьи интересы противоречат друг другу, а может лишь способствовать примирению сторон”<sup>3</sup>. Поэтому предположим, что в деле два адвоката. Один из них был нанят потерпевшим по делу об административном правонарушении, а другой – правонарушителем, совершившим указанный административный проступок.

Несмотря на то что адвокат потерпевшего лица и нанят для обеспечения его прав и свобод в рамках правоохранительной деятельности, он не правомочен заниматься “охраной” прав и свобод потерпевшего. Адвокат может только осуществлять “защиту” его нарушенных материальных и процессуальных прав и свобод. Иначе говоря, он осуществляет свои полномочия для того, чтобы

соблюсти интересы потерпевшего в правоохранительной деятельности и не позволять ограничивать его процессуально-правовое положение.

Адвокат правонарушителя также отстаивает интересы своего клиента в рамках правоохранительной деятельности, пытаясь свести негативные последствия от совершенного правонарушения для клиента к минимуму. Это тоже не может означать “охрану” прав и свобод правонарушителя, а следует отнести к “защите”. К этому же должна быть сведена вся адвокатская деятельность и в рамках административного процесса.

Таким образом, рассмотренные примеры позволяют нам сделать вывод, что должностные лица правоохранительных органов вправе “охранять” и “защищать” права и свободы субъектов права. Адвокаты же в рамках административной ответственности имеют право осуществлять только “защиту”. Причем в данном случае будет неважно, чьи права они “защищают” при рассмотрении административного правонарушения (потерпевшего или правонарушителя).

И, наконец, последний вариант, на наш взгляд, развития ситуации с мелким хулиганством. Он возможен тогда, когда ни потерпевший, ни правонарушитель не обращаются за помощью к адвокату, а пытаются отстоять свои права и свободы самостоятельно. Такое часто случается на практике. Если ситуация с административным правонарушением будет развиваться по указанному сценарию, то мы можем смело заявить, что ни потерпевший, ни правонарушитель не занимаются в рамках рассматриваемого административного правонарушения охраной своих прав и свобод. Они могут совершать только самозащиту, что допускается законодательством, например, по аналогии со ст. 14 ГК РФ, где закреплено, что “допускается самозащита гражданских прав. Способы самозащиты должны быть соразмерны нарушению и не выходить за пределы действий, необходимых для его пресечения”. Не помешало бы подобные положения закрепить и в КоАП РФ.

Итак, следует сделать еще один из промежуточных выводов, позволяющих начать разграничивать на уровне субъектов права такие понятия как “охранять” и “защищать”. Он заключается в том, что суд или иной юрисдикционный орган, а также уполномоченное его должностное лицо обладают правомочием не только защищать субъектов права, но и охранять их при помощи установленных законом мер административного воздействия. Все иные субъекты права, в том числе адвокаты, физические, должностные и юридические лица, не наделенные законом юрисдикционными полномочиями, не вправе заниматься “охраной”. Они могут осуществлять только правовую “защиту” либо (соответственно) “самозащиту”.

<sup>3</sup> Кодекс профессиональной этики адвоката, принятый Всероссийским съездом адвокатов 31 января 2003 г. (Ред. от 8 апреля 2005 г.) // Вестник адвокатской палаты г. Москвы. 2005. № 4–5.

Такова общая трактовка понятий “охрана” и “защита”, от которой возможно уже перейти к формулированию их отличительных черт между собой. Начнем с общих деталей.

1. “Охрану” и “защиту” в рамках административной ответственности следует определить как правовую деятельность, поскольку от начала и до конца она находится в постоянном, динамичном развитии в сфере права, возникая, изменяясь и прекращаясь. Событие административного правонарушения активно задает динамизм “охране” и “защите”, а это, соответственно, проявляется на всех этапах движения дела об административном правонарушении. Мы замечаем указанные изменения и при его материальной фиксации, правовой оценке противоправного деяния и возможных последствий, а также в ходе наложения на виновное лицо административного наказания, при процедуре обжалования и, наконец, в момент исполнения данного наказания.

Может сложиться впечатление, что они осуществляют одну и ту же работу. Более того, некоторые наши оппоненты могут предположить, что “охрана” и “защита” дублируют друг друга. Ничего подобного. Их правовая деятельность в корне различается между собой.

Основное отличие “охраны” как правовой деятельности заключается в том, что она носит не оборонительный, а обвинительный характер. В свою очередь, “защита”, наоборот, имеет оборонительный характер. Выражаясь образно, первые набирают фактуру для того, чтобы наказать виновного субъекта, вторые же, как правило, делают все, чтобы его оправдать. Эти тенденции преломляются в правовых статусах основных участников административного процесса, проявляясь в их правомочиях и должностованиях. Тем самым они формируют содержание “охраны” и “защиты”. Это и является, на наш взгляд, первым существенным разделительным признаком рассматриваемых понятий.

2. Различие между ними состоит в предметах “защиты” и “охраны”. Предметом последней является “нарушенное” право и обязанности, а предмет “защиты” – это “нарушенные или оспоренные” права субъекта согласно ст. 11 ГК РФ. В данном случае речь идет о субъективных правах субъектов, независимо от того, в каком качестве они выступают. И правонарушитель, и потерпевший нацелены своими действиями на обеспечение своих субъективных прав и интересов, которые они пытаются обосновать нормами объективного права и тем самым доказать правомерность своих деяний в рамках рассматриваемого административного правонарушения. Следует различать права и обязанности нарушенные, с одной стороны, и оспариваемые, – с другой.

*Нарушенное право* означает, что рассматриваемое конкретное право уже подверглось негативному действию (либо бездействию) со стороны правонарушителя. Вместе с тем оно же свидетельствует о том, кому оно принадлежит, что четко обозначено в нормах объективного права. Без констатации подобного положения не может быть разговора о нарушении права конкретного потерпевшего.

Правонарушитель не может нарушить то, чего нет или не было. Закон в буквальном смысле не охраняет право, которое возможно будет в будущем. В качестве носителя нарушенного права выступает потерпевший от административного правонарушения. Более того, по данному факту уже может быть оформлено публичной властью дело об административном правонарушении на соответствующее виновное лицо. Однако действия потерпевшего по восстановлению своих нарушенных интересов нельзя назвать правовой охраной, ибо они имеют со стороны потерпевшего оборонительный характер.

*Оспариваемое право* означает, что в отношении его возник конфликт различных правовых интересов, в ходе которого каждая из участвующих в споре сторон убеждена в своей правоте. На основании указанных правовых притязаний появились какие-то деяния сторон, которые восприняты окружающими либо заинтересованными в них лицами, неоднозначно с возражениями и жалобами (протестами). Однако следует отметить, что законодатель не имеет возможности охранять весь круг притязаний по одному и тому же вопросу, поэтому он только гарантирует правовую защиту законным интересам в судебных либо в административных органах Российского государства.

Задачей противоборствующих сторон в данном случае является представление компетентной юрисдикционной инстанции убедительных аргументов (доказательств) в пользу своих интересов. В рамках разбирательства оспариваемого права нет конкретных правонарушителей или потерпевших. Они могут появиться только в конце разбирательства после вынесения компетентным органом своего официального решения.

3. Различие между “охраной” и “защитой” заключается в различных способах их осуществления. “Охрана” производится преимущественно одним способом – путем наложения административного наказания в соответствии с гл. 4 КоАП РФ. “Защита” имеет для своей реализации гораздо больше возможностей. Так, ст. 12 ГК РФ предусматривает следующие способы защиты: “признания права; восстановления положения, существовавшего до нарушения права, и пресечения действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения; признания оспоримой

сделки недействительной и применения последствий ее недействительности, применения последствий недействительности ничтожной сделки; признания недействительным акта государственного органа или органа местного самоуправления; самозащиты права; присуждения к исполнению обязанности в натуре; возмещения убытков; взыскания неустойки; компенсации морального вреда; прекращения или изменения правоотношения; неприменения судом акта государственного органа или органа местного самоуправления, противоречащего закону; иными способами, предусмотренными законом”.

4. Различие между рассматриваемыми понятиями заключается также в совокупности средств, которые они используют для своей реализации. Средствами “охраны” являются меры обеспечения производства по делам об административных правонарушениях, которые могут осуществлять в соответствии с гл. 27 КоАП РФ только уполномоченные на то должностные лица публичной власти. “Защита” вправе использовать для своей реализации все иные средства, незапрещенные законом и не относящиеся к вышеуказанным мерам обеспечения производства по делам об административных правонарушениях.

5. Отсюда вытекает следующее различие между “охраной” и “защитой”. Оно проходит по кругу лиц, которые вправе осуществлять эти виды правовой деятельности. “Охрану” могут реализовать только суд, органы исполнительной власти и их должностные лица, на которых законом возложены административно-юрисдикционные полномочия. Их перечень установлен ст. 23.1–23.67 КоАП РФ. Они же правомочны осуществлять и “защиту”. Помимо указанных субъектов “правовую защиту” вправе осуществлять физические, должностные и юридические лица, в том числе органов публичной власти, которые не наделены законом административно-юрисдикционными полномочиями.

Часто случается так, что отдельные лица самоуправно присваивают себе правомочия по наложению тех или иных штрафных санкций. Самое распространенное и типичное – это объявление типа: “Автомшины у ворот не ставить. Штраф 100 рублей”. Иногда подобные решения приобретают форму актов управления. Так, например, 6 июля 2005 г. в г. Серпухове Московской области генеральный директор ООО “Спецавтоцентр “Москвич” К. издал приказ, которым установил “материальное наказание” в виде штрафа в размере 100 руб. “за опоздание и нарушение внутреннего распорядка дня” его работниками.

6. Различие между ними происходит и в вопросе о санкциях за установленное нарушение чьих-либо прав и обязанностей. В частности, в рамках “охраны” используются в качестве санкций меры

административного наказания, которые предусмотрены ст. 3.1–3.12 КоАП РФ. Для отдельных специальных субъектов административной ответственности вместо мер административного наказания за отдельные виды административных правонарушений назначаются меры дисциплинарной ответственности. Так, например, в ст. 2.5 КоАП РФ закреплено, что “военнослужащие и призванные на военные сборы граждане несут ответственность за административные правонарушения в соответствии с дисциплинарными уставами. Сотрудники органов внутренних дел, органов уголовно-исполнительной системы, Государственной противопожарной службы, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ и таможенных органов несут ответственность за административные правонарушения в соответствии с нормативными правовыми актами, регламентирующими порядок прохождения службы в указанных органах”.

В отличие от этого, “защита” не имеет конкретных санкций в виде административного или иного наказания за нарушенное право или неисполненную обязанность. Компетентный орган либо его должностное лицо принимает решение в пользу пострадавшей стороны и тем самым восстанавливает ее нарушенное или оспариваемое правовое положение. Аналогично решается вопрос, когда стороны данного правового спора осуществляют правовую защиту в виде самозащиты.

7. И, наконец, последнее, на наш взгляд, отличие между рассматриваемыми понятиями заключается в том, что при “охране” происходит наложение отдельных административных наказаний на виновных лиц. Эти наказания, зачастую, связаны с определенными материальными выгодами в виде штрафов и конфискации. Все полученные таким образом материальные средства поступают только на банковские счета соответствующего государственного или муниципального бюджета. Это достаточно большие денежные суммы для государственной казны. Так, в ч. 5 ст. 3.5 КоАП РФ “сумма административного штрафа подлежит зачислению в бюджет в полном объеме в соответствии с законодательством Российской Федерации”.

В некоторых законодательных актах эти правовые положения изложены более подробно. Так, ст. 12 Федерального закона “О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг” от 5 марта 1999 г. устанавливает: “...суммы штрафов, уплаченных за нарушения законодательства о защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг, распределяются следующим образом: 20 процентов – в федеральный бюджет; 40 процентов – в бюджет субъекта Российской Федерации по месту нахождения регионального отделения федерального органа

исполнительной власти по рынку ценных бумаг, принявшего решение о наложении штрафа либо составившего протокол об административном правонарушении в случае, если решение о наложении штрафа принято судом; 40 процентов – в бюджет субъекта Российской Федерации по месту совершения правонарушения”. Следовательно, потерпевшему при “правовой охране” ничего от этого не причитается. В лучшем случае, ему разъяснят, что он имеет право на защиту своего имущественного интереса в соответствии со ст. 4.7 КоАП РФ.

“Защита” же, наоборот, все решения реализует только в пользу одной из спорящих сторон. Государство в данном случае себе ничего кроме государственной пошлины не вправе требовать. Имеются отдельные законодательные акты, на основании которых судебная защита осуществляется беспоглавно<sup>4</sup>. Так, например, в ч. 3 ст. 17 этого Закона

закреплено, что “потребители по искам, связанным с нарушением их прав... освобождаются от уплаты государственной пошлины в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах”.

Подводя итог сравнительному анализу, следует сказать, что, по нашему мнению, мы привели достаточно доводов, чтобы разграничить эти понятия и определить их место в праве. Несомненно и то, что наша правовая позиция, если она будет принята во внимание, подтолкнет к пересмотру некоторые отдельные положения законодательства.

Что касается ст. 1.2. КоАП РФ, то заметим, что задачами законодательства об административных правонарушениях являются и его “охрана”, и “защита”. Далее по тексту закона должны быть выстроены все указанные в правовой норме объекты посягательства административного правонарушения, потому что не может быть объектов только охраняемых либо только защищаемых.

<sup>4</sup> См.: Закон РФ “О защите прав потребителей” от 7 февраля 1992 г. (в ред. от 25 ноября 2006 г.) // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 15. Ст. 766.