ЕВРАЗИЙСКАЯ № 1 (1) 2012
АДВОКАТУРА

Издается при содействии Ассоциации некоммерческих организаций – адвокатских образований «Гильдия Российских адвокатов» и НОУ ВПО «Российская академия адвокатуры и нотариата»

Журнал основан в 2012 году.
Издается один раз в два месяца.

Редакционный совет

Председатель

МИРЗОЕВ Гасан Борисович – доктор юридических наук, профессор, адвокат, Заслуженный юрист Российской Федерации, Президент Гильдии Российских адвокатов, ректор Российской академии адвокатуры и нотариата (г. Москва).

Заместитель председателя

ВОЛОДИНА Светлана Игоревна – кандидат юридических наук, доцент, адвокат, вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации (г. Москва).

Члены редакционного совета

АДИЛОВ Надир Адил оглы – доктор философии по юридическим наукам, Генеральный секретарь Конфедерации юристов Азербайджана (Азербайджанская Республика, г. Баку);
ВЛАСОВ Анатолий Александрович – доктор юридических наук, профессор, проректор Российской академии адвокатуры и нотариата по научной работе (г. Москва);
ВОРОНОВ Александр Алексеевич – доктор юридических наук, профессор, адвокат, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Воронежского филиала Российского нового университета (г. Воронеж);
ГАЙДУК Вадим Витальевич – доктор политических наук, кандидат юридических наук, руководитель центра политико-правовых исследований Евразийского научно-исследовательского института проблем права (г. Уфа);
ГРУДЦЫНА Людмила Юрьевна – доктор юридических наук, доцент, адвокат, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Финансового университета при Правительстве Российской Федерации (г. Москва);
ДЕХАНОВ Сергей Александрович – доктор юридических наук, доцент, адвокат, профессор кафедры авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин Российской государственной академии интеллектуальной собственности (г. Москва);
ЕГОРЫШЕВ Сергей Васильевич – доктор социологических наук, профессор, проректор по научной работе и практике Восточной экономико-юридической гуманитарной академии (г. Уфа);
КУДРЯВЦЕВ Владислав Леонидович – доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Научно-исследовательского центра Московской академии экономики и права (г. Москва);
РАГУЛИН Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент, адвокат, руководитель центра исследования проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права (г. Уфа);
РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса факультета государственного управления и права Восточно-Казахстанского государственного университета (Республика Казахстан, г. Усть-Каменогорск);
ПОПЕЛЮШКО Василий Александрович – доктор юридических наук, профессор, адвокат, директор Института права им. И. Малиновского Национального университета «Острожская академия» (Украина, г. Острог);
ХВАН Леонид Борисович – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного и финансового права Ташкентского государственного юридического института (Республика Узбекистан, г. Ташкент);
ЮРЬЕВ Сергей Сергеевич – доктор юридических наук, профессор, адвокат, профессор кафедры адвокатуры и правоохранительной деятельности Российской академии адвокатуры и нотариата (г. Москва).

Редакционная коллегия

Главный редактор

РАГУЛИН Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент.

Члены редакционной коллегии

КУЛАГИН Александр Владимирович – руководитель редакционно-издательского центра ЕврАзНИИПП;
ПЕТРОВ Дмитрий Вячеславович – руководитель отдела новостей;
РАЗДУМИНА Илона Валерьевна – литературный редактор;
ФАРХУТДИНОВ Динар Инсурович – руководитель IT-отдела ЕврАзНИИПП;
ШАЙХУЛЛИН Марат Селирович – кандидат юридических наук, доцент, руководитель отдела научных публикаций;
ШАЙХУЛЛИНА Наталья Викторовна – помощник главного редактора.

Учредитель

АНО «Евразийский научно-исследовательский институт проблем права».
Свидетельство о регистрации СМИ: ПИ № ФС77-50845 от 14 августа 2012 г.

Адреса редакции: 105120, г. Москва, пер. Малый Полуярославский, д. 3/5, стр. 1.; 450059, г. Уфа, ул. Рихарда Зорге, д. 20. оф. 7.
Отпечатано в типографии Евразийского научно-исследовательского института проблем права.
Сдано в печать 30.11.12. Формат 62x84 1/8. Усл. печ л. 16. Тираж 500 экз. Цена свободная.
Подписной индекс в Объединенном каталоге «Пресса России»: 41210
website: www.eurasian-advocacy.ru, e-mail: eurasian-advocacy@mail.ru

EURASIAN № 1 (1) 2012
ADVOCACY

Journal is published by support of Association of non-profit organizations – advocacy offices «Guild of Russian Advocates» and NOU VPO «Russian Academy of Advocacy and Notaries»

Journal is published since 2012.
Published once in two months.

Editorial Council

Chairman

MIRZOEV Gasan Borisovich – LLD, professor, Deserved Lawyer of the Russian Federation, advocate, President of the Guild of Russian Advocates, rector of the Russian Academy of Advocacy and Notaries (Moscow).

Vice-chairman

VOLODINA Svetlana Igorevna – PhD, associate professor, advocate, vice-president of the Federal Chamber of Advocates (Moscow).

Members of the Editorial Council

ADILOV Nadir Adil oglu – PhD, secretary general of the Confederation of Lawyers of Azerbaijan (Azerbaijan Republic, Baku);
DEKHANOV Sergey Aleksandrovich – LLD, associate professor, advocate, professor of chair of Copyright, Adjacent rights and Private law disciplines of the Russian State Academy of Intellectual Property (Moscow);
EGORYSHEV Sergey Vasilevich – LLD, professor, vice-rector of Eastern Law and Economy Humanitarian Academy (Ufa);
GAIDUK Vadim Vitalevich – LLD, head of the Center of Political and Legal researches of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law (Ufa);
GRUDTSYNA Lyudmila Yurievna – LLD, associate professor, advocate, professor of the chair of Civil law of the faculty of Law of the Financial University under the Government of the Russian Federation (Moscow);
HVAN Leonid Borisovich – PhD, associate professor, associate professor of the chair of Administrative and Financial Law of the Tashkent State Legal Institute (Republic of Uzbekistan, Tashkent);
JURIEV Sergey Sergeyevich – LLD, professor, advocate, professor of chair of advocacy and law-enforcement activity of the Russian Academy of Advocacy and Notaries (Moscow);
KUDRYAVTSEV Vladislav Leonidovich – LLD, leading research associate of the Scientific Research Center of the Moscow Academy of Economy and Law (Moscow);
POPELYUSHKO Vasily Aleksandrovich – LLD, professor, advocate, director of the Institute of Law of the National University «Ostrozhskaya Academy» (Ukraine, Ostrog);
RAGULIN Andrey Viktorovich – PhD, associate professor, advocate, head of the Center of Research of Problems of Organization and Activity of Advocacy of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law (Ufa);
RAKHIMBERDIN Kuat Hazhumukhanovich – PhD, associate professor, head of the chair of criminal law and criminal procedure of the faculty of Public administration and Law of the East Kazakhstan State University (Republic of Kazakhstan, Ust-Kamenogorsk);
VLASOV Anatoly Aleksandrovich – LLD, professor, vice-rector of the Russian Academy of Advocacy and Notaries (Moscow);
VORONOV Alexander Alekseevich – LLD, professor, advocate, professor of chair of State Legal disciplines of the Voronezh branch of Russian New University (Voronezh).

Editorial Board

Editor-in-Chief

RAGULIN Andrey Viktorovich – PhD, associate professor.

Members of the Editorial Board

KULAGIN Alexander Vladimirovich – head of the Publishing Center of EvrAzNIIPP;
PETROV Dmitry Vyacheslavovich –head of the News Department;
RAZDUMINA Ilona Valeryevna – copy editor;
FARKHUTDINOV Dinar Insurovich – head of the IT Department of EvrAzNIIPP;
SHAYKHULLIN Marat Selirovich – PhD, associate professor, head of the Department of Scientific Publications;
SHAYKHULLINA Natalia Viktorovna –assistant to the Editor-in-Chief.

Founder

ANO «Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law».
Certificate on registration of mass media: ПИ № ФС77-50845 of August 14, 2012.

Все права защищены и охраняются законодательством Российской Федерации об авторском праве. Ни одна из частей настоящего издания и весь журнал в целом не могут быть воспроизведены, переведены на другой язык, сохранены на печатных формах или любым другим способом обращены в иную форму хранения информации без предварительного согласования и письменного разрешения редакции. Ссылки на настоящее издание обязательны. За содержание опубликованной рекламы редакция ответственности не несет. Точка зрения авторов статей, иных материалов, опубликованных в журнале «Евразийская адвокатура», может не совпадать с точкой зрения редакции журнала.
© Евразийская адвокатура, 2012.

Содержание

КОЛОНКА РЕДАКТОРА 5
ПЕРСОНА
Евразийская адвокатура – путь к консолидации. Интервью с доктором юридических наук, профессором, президентом Гильдии российских адвокатов, ректором Российской академии адвокатуры и нотариата ***Гасаном Борисовичем Мирзоевым*** 6
СОБЫТИЯ
Сотрудничество министерств юстиции по вопросам адвокатуры в евразийском пространстве 8
Вынужденная забастовка 8
Обсуждение изменений в Кодекс профессиональной этики адвоката 8
Самые авторитетные юристы России – адвокаты 8
Нападения на адвокатов продолжаются 9
Нормы профессиональной этики и их разъяснение 9
Адвокаты Украины объединятся в Национальную ассоциацию 10
Обучение адвокатов защите от дискриминации 10
ИСТОРИЧЕСКИЙ ОПЫТ
Токмаков И.С.
Условие об оплате в соглашении об оказании юридической помощи сквозь призму исторического развития 11
Петров Д.В.
Законодательство, регламентирующее правовую охрану личности и профессиональной деятельности адвоката в период становления и утверждения Советской власти 16
ПРОБЛЕМЫ ОРГАНИЗАЦИИ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ АДВОКАТУРЫ
Шайхуллин М.С.
Принцип законности во взаимоотношениях адвокатуры и органов государственной власти 20
АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ АДВОКАТСКОЙ ПРАКТИКИ
Власов А.А.
Культура речи в профессиональной деятельности адвоката 24
Кудрявцев В.Л.
Некоторые проблемные вопросы допуска в качестве защитников адвоката и иных лиц в уголовном судопроизводстве Российской Федерации 27
Ващенко Ю.С.
Техника юридической речи и текста в судебной лингвистике (в помощь практикующему юристу) 36
Поздняков М.Л.
О возможности обжалования доказанности вины по приговорам, постановленным в особом порядке (глава 40 УПК РФ) 43
ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ЭТИКА И ДИСЦИПЛИНАРНАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ АДВОКАТА
Либанова С.Э.
Значение кодекса профессиональной этики в воспитании нравственного профессионализма и институционализации адвокатуры в России 50
Бусурина Е.О.
Принудительное обучение по повышению квалификации как мера дисциплинарной ответственности адвоката 58
ЗАЩИТА ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ПРАВ АДВОКАТА
Рагулин А.В.
Регламентация профессиональных прав адвоката-защитника, обеспечение их реализации и охраны по законодательству государств Восточной Европы ...61
ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ЕВРАЗИЙСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ
Соловьева Т.В.
Реализация актов ЕСПЧ национальными судами России 70
Рахимбердин К.Х.
Обзор выполнения рекомендаций Национального плана действий в области прав человека в Республике Казахстан за 2009–2012 годы. Права осужденных 77
ПРАВОСУДИЕ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В ЕВРАЗИЙСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ
Каменков В.С.
Важнейшие критерии оценки результативности деятельности судебной системы 84
Попелюшко В.А.
Штрихи к «портрету» нового уголовного процесса Украины 89
Мартышкин В.Н.
У российских судей не должно быть конвейерного производства: оптимизация нагрузки судей как средство правовой защиты участников судопроизводства и повышения качества правосудия 98
Абреков А.А.
Исполнение решений Конституционного суда в свете новой редакции Федерального конституционного закона «О Конституционном суде Российской Федерации» 106
Стрельников В.В.
Понятие, основное содержание и проблемы информационного обеспечения в органах прокуратуры Российской Федерации 110
АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ И ПРАКТИКИ
Тринева Я.О.
Понятие и перспективы легализации эйтаназии и ортаназии: мнение адвоката 119
Перевалов Д.В.
Структура и содержание правового статуса лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам по законодательству Республики Беларусь 129
Груздев В.В.
Установительные и преобразовательные охранительные правомочия в составе субъективного гражданского права 139
Шилова Н.П.
Об отдельных аспектах практической реализации норм главы V Федерального закона «О сельскохозяйственной кооперации» 149
ОБМЕН ОПЫТОМ
Рагулин А.В.
Приговор по уголовному делу отменен в связи с нарушениями профессиональных прав адвоката-защитника 155
ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ 158
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ 159

Contents

EDITOR`S COLUMN 5
PERSONA
The Euroasian advocacy – a way to consolidation. Interview with LLD, professor, President of Guild of Russian Advocates, rector of Russian Academy of Advocacy and Notaries ***Gasan Borisovich Mirzoev*** 6
EVENTS.
Cooperation of the Ministries of Justice concerning advocacy in the Euroasian space 8
The compelled strike 8
Discussion of changes in the Code of professional ethics of advocat 8
The most authoritative lawyers of Russia are advocates 8
Attacks on advocates proceed 9
Norms of professional ethics and their explanation 9
Advocates of Ukraine will unite in National association 10
Training of advocates to protection against discrimination 10
HISTORICAL EXPERIENCE
Tokmakov I.S.
Condition on payment in agreement on provision of legal services through the prism of historical development 11
Petrov D.V.
The legislation regulating legal protection of the personality and professional activity of the advocate in formation and the statement of the Soviet power 16
PROBLEMS OF ORGANIZATION AND ADVOCACY PROFESSION FUNCTIONING
Shaykhullin M.S.
Legality principle in relationship of legal profession and public authorities 20
ACTUAL PROBLEMS OF ADVOCACY PRACTICE
Vlasov A.A.
The culture of speech in professional activity of the advocate 24
Kudryavtsev V.L.
Some problem questions of the admission in quality defenders of the advocate and other persons in the criminal legal proceedings of the Russian Federation 27
Vashchenko Yu.S.
Equipment of legal speech and the text in judicial linguistics (for the aid to the practising lawyer) 36
Pozdnyakov M.L.
About possibility of the appeal of validity of fault on the sentences decided in a special order (ch. 40 of the Criminal Procedure Code of the Russian Federation) 43
PROFESSIONAL ETHICS AND DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF ADVOCATE
Libanova S.E.
Value of the code of professional ethics in education of moral professionalism and a legal profession institutionalization in Russia 50
Busurina E.O.
Compulsory training on improvement of qualification as a measure of disciplinary responsibility 58
PROTECTION OF THE PROFESSIONAL RIGHTS OF ADVOCATE
Ragulin A.V.
Regulation of the professional rights of the advocate defender, ensuring their realization and protection by the legislation of the states Eastern Europe 61
HUMAN RIGHTS IN THE EUROASIAN SPACE
Solovieva T.V.
Realization of acts of the ECHR by national courts of the Russia 70
Rakhimberdin K.Kh.
The review of implementation of recommendations of the National plan of action in the field of human rights in the Republic of Kazakhstan for 2009–2012. Rights of the condemned 77
JUSTICE AND LAW-ENFORCEMENT ACTIVITY IN THE EUROASIAN SPACE
Kamenkov V.S.
The most important criteria of the assessment of productivity activity of judicial system 84
Popelyushko V.A.
Strokes to «portrait» of new criminal procedural code of Ukraine 89
Martyshkin V.N.
Russian judges should not have conveyor production: optimization of load of judges as remedy of participants of legal proceedings and justice improvement of quality 98
Abrekov A.A.
Execution of decisions of the Constitutional Court in the light of new edition of the Federal Constitutional Law «About the Constitutional Court of the Russian Federation» 106
Strelnikov V.V.
Concept, the basic maintenance and information support problems in bodies of Office of Public Prosecutor of the Russian Federation 110
ACTUAL PROBLEMS OF LAW SCIENCE AND PRACTICE
Trineva Y.O.
Concept and prospects of legalization of eytanaziya and ortanazy: opinion of advocate 119
Perevalov D.V.
Structure and meaning of legal status of persons rendering confidential assistance to criminal investigation bodies by the legislation of Republic of Belarus 129
Gruzdev V.V.
Constating and converting guarding competences as a part of subjective Civil law 139
Shilova N.P.
About separate aspects of practical realization of norms of chapter of V Federal law «On farming cooperation» 149
EXCHANGE OF EXPERIENCE
Ragulin A.V.
The sentence on criminal case is cancelled in connection with violations of the professional rights of the advocate-defender 155
INFORMATION FOR AUTHORS 158
INFORMATION ABOUT THE AUTHORS 160

УВАЖАЕМЫЕ КОЛЛЕГИ!

От имени редакционного совета и редакционной коллегии международного научно-практического юридического журнала «Евразийская адвокатура» и, конечно же, от себя лично рад приветствовать Вас на страницах первого номера нашего издания!

Прежде всего, отмечу, что центральным элементом редакционной политики журнала является нацеленность на консолидацию представителей адвокатского сообщества всех государств, находящихся в евразийском правовом пространстве, путем создания единой площадки для обмена мнениями, научными знаниями и опытом практической деятельности. Кроме того, мы делаем ставку на максимально широкую читательскую аудиторию: журнал распространяется в печатном варианте по подписке, по рассылке среди ведущих юридических вузов государств евразийского пространства и организаций юридического профиля, а также среди ведущих специалистов по рассматриваемым в журнале научным проблемам. Помимо этого журнал размещается на собственном веб-сайте и на веб-сайте Научной электронной библиотеки в свободном доступе.

Отличительной особенностью содержания нашего издания является и то, что в рамках журнала «Евразийская адвокатура» мы объединяем все основные направления обычно публикуемых в научно-практических журналах материалов: интервью, новости, научные статьи, рецензии и материалы о результатах работы адвокатов по конкретным делам.

В рубрике «Персона» публикуются интервью с известными учеными-юристами и видными представителями юридического сообщества (адвокатами, судьями, руководителями и ведущими сотрудниками правоохранительных органов, министерств и ведомств, организаций юридического профиля).

В рамках новостного блока публикуются материалы о значимых событиях в адвокатуре, законопроектах, затрагивающих сферу адвокатской деятельности, анонсы и обзоры проведенных конференций и иных мероприятий.

Научные статьи, размещаемые в журнале, публикуются в таких рубриках как «Исторический опыт», «Проблемы организации и функционирования адвокатуры», «Актуальные вопросы адвокатской практики», «Профессиональная этика и дисциплинарная ответственность адвоката», «Защита профессиональных прав адвоката», «Правосудие в евразийском пространстве», «Права человека в евразийском пространстве» и других. Наряду с этим в журнале могут быть опубликованы и научные статьи, не имеющие прямого отношения к адвокатуре, но представляющие информационную и научно-практическую ценность для адвокатского сообщества евразийского пространства. Эти материалы размещаются в рубриках «Актуальные проблемы юридической науки и практики» и «Политика и экономика Евразии».

Кроме того, на страницах журнала публикуются рецензии на научные и учебно-методические работы и информация о новинках юридической литературы.

Более того, в журнале в рамках рубрики «Обмен опытом» публикуются материалы, освещающие положительный опыт деятельности адвокатов в различных видах юрисдикционных производств по конкретным делам. Основная цель рубрики – доведение до сведения широкой юридической общественности процессуальных и тактических аспектов работы отдельных адвокатов по конкретным делам и распространение среди коллег их положительного опыта. Материалы рубрики дополняются представленными в специальном разделе веб-сайта журнала документами из материалов дел, освященных на страницах журнала. Это документы, составляемые адвокатами, а также приговоры и решения судов и иных органов, принятые по результатам рассмотрения тех или иных дел или обращений.

Мы приглашаем Вас к сотрудничеству в качестве авторов материалов и научных статей! Также будем рады рассмотреть предложения о сотрудничестве с высшими учебными заведениями и государственными органами и организациями юридического профиля, средствами массовой информации по вопросам проведения рекламных кампаний, опубликования информационных сообщений и материалов и, конечно же, по совместным научно-практическим и редакционно-издательским проектам.

Надеемся на то, что наш журнал будет полезен Вам в научной и практической деятельности!

С наилучшими пожеланиями и надеждой на плодотворное сотрудничество,
кандидат юридических наук, доцент, главный редактор А.В. Рагулин

ЕВРАЗИЙСКАЯ АДВОКАТУРА – ПУТЬ К КОНСОЛИДАЦИИ

Интервью с доктором юридических наук, профессором, президентом Гильдии российских адвокатов, ректором Российской академии адвокатуры и нотариата ***Гасаном Борисовичем Мирзоевым***

THE EUROASIAN ADVOCACY – A WAY TO CONSOLIDATION

Interview with LLD, professor, President of Guild of Russian Advocates, rector of Russian Academy of Advocacy and Notaries ***Gasan Borisovich Mirzoev***

Визитная карточка:

Мирзоев Гасан Борисович – доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист РФ, Почетный работник юстиции РФ, Почетный адвокат России, президент Гильдии российских адвокатов, ректор и действительный член (академик) Российской академии адвокатуры и нотариата, председатель Президиума коллегии адвокатов «Московский юридический центр», первый вице-президент Федерального союза адвокатов России, сопредседатель комитета по награждению адвокатскими наградами им. Ф.Н. Плевако и знаком «Почетный адвокат России», руководитель Общероссийской общественной организации «Юристы за права и достойную жизнь человека», член Совета при Президенте РФ по вопросам совершенствования правосудия, член Президиума Союза писателей России, главный редактор журнала «Адвокатские вести России», автор более трехсот научных работ и публикаций, кавалер ряда государственных и высших адвокатских наград.

– Уважаемый Гасан Борисович! Прежде всего, позвольте поблагодарить Вас за то, что согласились возглавить редакционный совет нашего нового журнала, согласились на интервью и одновременно разрешите поздравить Вас с выпуском первого номера международного научно-практического журнала «Евразийская адвокатура»!

В чем, на Ваш взгляд, состоит востребованность издания журнала «Евразийская адвокатура»?

– Необходимость создания журнала и его концепция обусловлена тем, что в настоящее время в России и государствах СНГ практически отсутствуют подобные проекты: большинство издаваемых на сегодняшний день юридических журналов, в том числе и предназначенных в первую очередь для адвокатов, являются либо сугубо научными, либо практическими. Некоторые журналы по характеру публикуемых в них материалов можно назвать информационно-новостными изданиями.

В рамках журнала «Евразийская адвокатура» членами редакционного совета и редакционной коллегии планируется объединить все три вышеперечисленных направления публикуемых материалов: новости и информационные сообщения, научные статьи, материалы, освещающие практику работы адвокатов по различным направлениям их деятельности. Кроме того, надо признать, что число издаваемых ныне журналов, ориентированных в первую очередь на представителей адвокатского сообщества, все же не столь велико. Наряду с этим важным элементом концепции журнала является его нацеленность на консолидацию представителей адвокатского сообщества всех государств, находящихся в евразийском правовом пространстве, путем создания единой площадки для обмена мнениями, научными знаниями и опытом практической деятельности.

Работая в рамках Гильдии российских адвокатов, которая активно сотрудничает с другими общероссийскими и международными общественными объединениями адвокатов, начинаешь отчетливо понимать, что консолидация адвокатского сообщества как внутри одной страны – России, так и в международном масштабе является чрезвычайно значимой как для адвокатуры в целом, так и для каждого отдельно взятого адвокатского образования и адвоката.

Гильдия российских адвокатов имеет большое количество своих представителей за рубежом. Так, например, адвокат Алексей Белоконов представляет нашу организацию в Австрии, где получил гражданство и статус адвоката. Французский адвокат Фредерик Бело представляет Гильдию в Бельгии и Франции. Есть наши представители в Саудовской Аравии, в Ливане, в Арабских Эмиратах, в других странах дальнего и особенно ближнего зарубежья. Силами Гильдии российских адвокатов неоднократно проводились международные конференции по проблемам организации и деятельности адвокатуры, систематически организуется приглашение представителей адвокатского и вообще юридического сообщества из государств СНГ и дальнего зарубежья.

В связи со всем сказанным выше полагаю, что нам всем нужна и единая площадка для научно-практического обсуждения и осмысления

процессов, которые происходят в адвокатуре государств евразийского пространства, и наш журнал «Евразийская адвокатура» следует рассматривать как определенный информационный прорыв в этом направлении.

– В каких направлениях, на Ваш взгляд, следует развивать взаимодействие адвокатского сообщества в евразийском пространстве?

– С развитием Евразийского Союза и активизации взаимодействия всех его членов, вероятно, может возникнуть необходимость создания координирующего органа самоуправления адвокатуры субъектов РФ. На наш взгляд, для повышения эффективности работы в сфере международного сотрудничества в составе данного координирующего органа должен быть образован международный отдел, который будет отвечать за установление контактов с родственными адвокатскими образованиями за рубежом, организацию профессионального обмена, участия в международных проектах, конференциях, программах и т.д. Интеграция в международное юридическое пространство, бесспорно, послужит повышению авторитета российского адвокатского сообщества за рубежом.

– Адвокатское сообщество готовится к переменам, связанным со вступлением России в ВТО. Наш рынок откроется для зарубежных юристов, которые будут сопровождать сделки и проекты западных партнеров. Как Вы считаете, готовы ли к такой конкуренции российские адвокаты?

– Я считаю, что мы готовы, но требуется дальнейшее совершенствование профессиональных знаний в сфере международных торговых отношений российского и западного предпринимательского права. Необходимо провести колоссальную работу как внутри сообщества, с целью повышения его квалификации, так и лично каждому адвокату. В этом случае у нас появится реальная возможность конкурировать на равных с западными коллегами.

– Гасан Борисович, какие еще актуальные проблемы стоят сейчас перед адвокатским сообществом в современной России и каковы Ваши предложения по преодолению проблем, с которыми сталкивается адвокатура в целом и собственно сами адвокаты при осуществлении своей профессиональной деятельности?

– Я полагаю, что современная российская адвокатура нуждается в серьезной поддержке со стороны государства и его исполнительных органов, и в первую очередь в части бюджетного финансирования работы адвокатов по назначению на предварительном следствии в суде. Необходима дальнейшая работа над совершенствованием законодательства об адвокатуре с целью обеспечить максимальную эффективность адвокатского труда на благо каждого доверителя, обратившегося к адвокату. Чрезвычайно важно укреплять адвокатский иммунитет, с целью усиления независимости адвокатуры, предотвращая любые попытки огосударствления адвокатуры. Это, безусловно, должно быть в интересах государства. Существование и деятельность адвокатского сообщества невозможны без соблюдения корпоративной дисциплины и профессиональной этики, заботы адвокатов о своих чести и достоинстве, а также об авторитете адвокатуры.

– Большое Вам спасибо за интервью!

Беседовал главный редактор журнала «Евразийская адвокатура», кандидат юридических наук, доцент А.В. Рагулин

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ!

Мы рады представить Вашему вниманию

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Деятельность нашего института направлена на разработку актуальных проблем юридической науки в евразийском правовом пространстве. Институт проводит фундаментальные и прикладные исследования в области государственно-правовых наук, международного права, адвокатуры и нотариата, социологии права, политологии, интерэкоправа, изучает закономерности правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности, разрабатывает на этой основе практические рекомендации, принимает участие в разработке законопроектов, содействует повышению профессионального уровня юристов, организует и участвует в проведении научных мероприятий, оказывает консультационные услуги в области права, а также редакционно-издательские услуги.

Приглашаем Вас к сотрудничеству!

Контактная информация:

Website: http://www.eurasniipp.ru E-mail: info@eurasniipp.ru Телефон: +7-903-31-257-90

РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

Сотрудничество министерств юстиции по вопросам адвокатуры в евразийском пространстве

Председатель Правительства Российской Федерации Д. Медведев 24 сентября 2012 г. подписал Распоряжение о согласовании проведения переговоров о заключении соглашения о сотрудничестве министерств юстиции государств – членов Евразийского экономического сообщества в сфере адвокатуры и адвокатской деятельности. Ранее, 21 сентября 2012 г., в Беларуси в Несвижском замке прошли 7-е заседание Совета министров юстиции государств – участников Содружества Независимых Государств и 20-е заседание Совета министров юстиции государств – членов Евразийского экономического сообщества. По итогам заседания было подписано соглашение о сотрудничестве министерств юстиции государств – членов Евразийского экономического сообщества в сфере адвокатуры и адвокатской деятельности, а также протокол о сотрудничестве в области судебной экспертизы. Также подписано соглашение о сотрудничестве между министерствами юстиции Армении и Беларуси. Межведомственный договор подписан и между министерствами юстиции Беларуси и Таджикистана.

Вынужденная забастовка

После многократных обращений адвокатского сообщества 5 сентября 2012 г. Совместным Приказом № 174/122н Министерства юстиции РФ и Министерства финансов РФ утвержден Порядок расчетов вознаграждения адвоката, участвующего в качестве защитника в уголовном судопроизводстве по назначению органов дознания, органов предварительного следствия или суда, в котором предусматривается увеличение оплаты труда адвокатов, оказывающих помощь по назначению. Однако проблема по оплате услуг адвокатов, оказывающих помощь по назначению, не теряет своей остроты. В очередной раз адвокаты, не получив справедливого и заслуженного вознаграждения за оказанные услуги, вынуждены прибегать к крайним мерам. Так Совет Адвокатской палаты Ленинградской области в связи с неоплатой услуг адвокатов по участию в гражданских делах по назначению мировых судов Ленинградской области Правительством Ленинградской области с начала 2012 года был вынужден принять решение, в соответствии с которым с 1 октября 2012 года адвокаты палаты прекращают выполнение поручений мировых судов по участию в гражданских делах Ленинградской области в порядке ст. 50 ГПК РФ до момента погашения имеющейся задолженности. Подобные примеры свидетельствуют о том, что адвокатское сообщество и в дальнейшем должно добиваться предусмотренного вознаграждения выплат за оказание юридической помощи по назначению.

Обсуждение изменений в Кодекс профессиональной этики адвоката

Существующий Кодекс профессиональной этики адвоката действует без серьезных изменений практически 10 лет, и вполне резонно встает вопрос о необходимости внести в него изменения с учетом накопившейся практики его применения. Проект новой редакции Кодекса, размещенный на сайте ФПА РФ (fparf.ru.), сразу привлек к себе внимание всего адвокатского сообщества. Однако изменения, предложенные рабочей группой, находят поддержу далеко не у всех членов адвокатского сообщества. На официальном сайте Адвокатской палаты Свердловской области размещено обращение за подписью президентов адвокатских палат Удмуртской Республики, Свердловской области, Пермского края, Республики Алтай, а также вице-президента Федерального союза адвокатов в адрес всех членов адвокатского сообщества. Авторы обращения отмечают, что ряд положений проекта Кодекса являются принципиально неприемлемыми ввиду их несоответствия нормам действующего законодательства и интересам адвокатского сообщества. По мнению авторов обращения, предлагаемые изменения фактически направлены на создание системы вертикального административного подчинения региональных палат Министерству юстиции РФ и руководству Федеральной палаты адвокатов с отчетливыми признаками контроля над частной жизнью членов профессионального сообщества. В заключении обращения содержится призыв к активному обсуждению предлагаемых изменений Кодекса, в том числе на собраниях (конференциях) адвокатов субъектов Российской Федерации. Следует также отметить, что рабочая группа планирует согласовать с Советом ФПА РФ завершение обсуждения проекта не позднее 31 декабря 2012 г.

Самые авторитетные юристы России – адвокаты

Согласно рейтингу журнала «Русский репортер» (www.rusrep.ru), составленному совместно с ВЦИОМ, в десятку самых авторитетных российских юристов вошли шесть действующих адвокатов.

Возглавил рейтинг, причем уже второй раз за последние два года, мэтр современной российской адвокатуры – Генри Маркович Резник. Второе место в рейтинге занял Уполномоченный при Президенте РФ по правам ребенка Павел Астахов, также являющийся адвокатом, но с приостановленным статусом. Третье место досталось адвокату АП г. Москвы Алексею Навальному. В рейтинг также вошли такие известные адвокаты как Генрих Падва, Гасан Мирзоев, Анатолий Кучерена и Михаил Тер-Саркисов. Судейский корпус представляют председатель Высшего арбитражного суда РФ, в прошлом – член АП г. Санкт-Петербурга, Антон Иванов и председатель Верховного суда РФ Вячеслав Лебедев. В десятке самых авторитетных юристов нашлось место и представительнице прекрасной половины человечества – Цисане Шамликашвили – президенту «Национальной организации медиаторов».

Нападения на адвокатов продолжаются

На первый взгляд, профессия адвоката является наиболее безопасной из представителей «правоохранительных профессий» всей системы правоохранительных органов. Однако обзор последних новостей адвокатских палат субъектов РФ позволяет усомниться в справедливости этого утверждения. При этом угроза для адвокатов может исходить как от противоположной стороны по делу, так и от тех, от кого ее совсем не ждешь – от собственных доверителей.

Как следует из сообщения Адвокатской палаты Ставропольского края, 4 сентября 2012 года примерно в 10 часов утра, в Пятигорске на улице Дзержинского в помещении адвокатской конторы произошло вооруженное нападение на 51-летнюю женщину-адвоката и ее 58-летнего супруга, тоже адвоката. С полученными пулевыми ранениями адвокаты были доставлены в больницу для оказания медицинской помощи. Пятигорским межрайонным следственным отделом следственного управления Следственного комитета Российской Федерации по Ставропольскому краю было возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 111 УК РФ (умышленное причинение тяжкого вреда здоровью). По подозрению в совершении этого преступления задержан 76-летний пенсионер. Он ранее выступал истцом по гражданскому делу, где адвокат представляла интересы 87-летней ответчицы, которую «стрелок» хотел выселить из квартиры, подаренной ему этой женщиной.

Похожее преступление было совершено в г. Кемерово. По информации Адвокатской палаты Кемеровской области, 15 августа 2012 около 10 часов неустановленным лицом был застрелен адвокат Адвокатской палаты Дворников Сергей Юрьевич. Правоохранительными органами по факту преступления было возбуждено уголовное дело, предусмотренное п. «б» ч. 2 ст. 105 УК РФ («Убийство лица … в связи с осуществлением … служебной деятельности …»), так как у адвоката был похищен портфель с находящимися в нем документами, связанными с адвокатской деятельностью по гражданскому делу в суде, что свидетельствует о связи убийства с осуществлением им своей профессиональной деятельности.

В Приморском крае уже на протяжении полугода угрозам со стороны собственного клиента подвергается женщина-адвокат из Владивостока. Как сообщает пресс-служба Адвокатской палаты Приморского края, адвокат Наталья Кузнецова на протяжении последних четырех лет оказывала юридические услуги своему знакомому. В 2011 году он же обратился к адвокату Наталье Кузнецовой с просьбой оказать юридические услуги по оформлению в собственность квартиры в городе Владивостоке на третьих лиц. Весной 2012 года дело было завершено, квартира была оформлена согласно имеющимся договоренностям, но Дмитрий Т. не спешил отдавать вторую часть суммы. Вместо этого клиент в открытую стал угрожать адвокату по телефону расправой, а также объяснять ей, что ее услуги стоят слишком дорого и требовать с нее деньги в размере 300 тысяч рублей. Однако дело не ограничилось лишь устными угрозами, были подожжены квартира и автомобиль адвоката. Сегодня Адвокатская палата Приморского края решает вопрос о том, чтобы привлечь для охраны адвоката Кузнецовой сотрудников одного из охранных агентств Владивостока, которое специализируется на физической защите людей.

ГРУЗИЯ

Нормы профессиональной этики и их разъяснение

Комиссия по этике Грузинской Ассоциации адвокатов работает над новым Положением, связанным с предоставлением членам GBA рекомендаций в отношении профессиональных стандартов. Адвокат будет иметь право обратиться в Комиссию по этике с вопросом и получить рекомендации о нормах профессиональной этики. Адвокаты часто обращаются в Комиссию по этике и просят объяснений по поводу норм Кодекса этики. Кроме того, тренинги проведенные в рамках проекта подтвердили желание

корпуса юристов повысить свою квалификацию по вопросам, связанным с профессиональными стандартами, и желание иметь возможность получать консультации по некоторым вопросам. При поддержке проекта USAID – East-West Management Institute, Inc (EWMI) и проекта (JILEP), Комиссия по этике изучила опыт нескольких американских государств и обсудила их с экспертом – профессором Джеймсом Молитерно. Положения будут представлены Генеральной Ассамблее Грузинской Ассоциации адвокатов.

УКРАИНА

Адвокаты Украины объединятся в Национальную ассоциацию

Согласно новому Закону Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», украинские адвокаты должны создать органы адвокатского самоуправления. Высшим органом адвокатского самоуправления в государстве, согласно Закону Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», является Съезд адвокатов Украины, который, по решению Высшей квалификационной комиссии адвокатуры при Кабинете министров Украины, состоится 17 ноября 2012. Результатом работы съезда должно стать создание национальной ассоциации адвокатов Украины, избрания Совета адвокатов Украины и формирование других органов адвокатского самоуправления. Об этом в ходе пресс-конференции в Пресс-центре Информационного агентства ЛИГАБизнесИнформ рассказали представители общественных адвокатских объединений Украины. Профессиональные общественные адвокатские организации, а именно: Союз адвокатов Украины, Ассоциация адвокатов Украины, Ассоциация юристов Украины, Совет адвокатов Украины собрались, чтобы обсудить сложный процесс реализации вновь принятого адвокатского закона. «Сегодня адвокаты Украины как никогда проявили единство во взглядах на важнейшие проблемы реализации нового закона об адвокатуре и считают необходимым обратить особое внимание на подготовку предусмотренных законом учредительных документов Национальной ассоциации адвокатов Украины, положения об органах самоуправления адвокатуры на местах. Мы, представители общественных адвокатских организаций, предлагаем свою помощь в подготовке таких документов и заявляем о создании совместной рабочей группы, в которую приглашаем всех желающих адвокатов», – говорит президент Союза адвокатов Украины Лидия Изовитова. «Это эпохальное событие в жизни каждого адвоката, и я призываю коллег быть максимально активными в работе в регионах, при проведении региональных конференций и избрания кандидатов на всеукраинский съезд и в региональные органы самоуправления. В этот момент нельзя сидеть в стороне, так как в дальнейшем от принятых сегодня решений и избранных людей будет зависеть ситуация в регионах и работа самих адвокатов», – отметила президент Ассоциации адвокатов Украины Ольга Дмитриева. Кроме того, госпожа Дмитриева добавила, что проведение конференций вместо сборов адвокатов на местах не противоречит новому закону, а наоборот является демократическим способом формирования органов местного адвокатского самоуправления, особенно в больших областях, где адвокатов немало. В то же время президент Ассоциации юристов Украины Валентин Загария выразил надежду, что данный процесс положит начало объединению и упорядочению работы всех юристов Украины с приведением украинской юриспруденции к европейскому формату.

МОЛДОВА

Обучение адвокатов защите от дискриминации

Ассоциация «Юридический центр Ассоциации адвокатов Республики Молдова» объявила об официальном запуске проекта «Знания адвокатов о случаях дискриминации». Проект направлен на укрепление потенциала правовой помощи адвокатов в случаях дискриминации в Республике Молдова. Ожидается, что о правовой помощи в случаях дискриминации в ходе проекта будут проинформированы 240 юристов в шести регионах страны. Электронные издания журнала «Омбудсмен» также опубликуют работы и стратегию продвижения юридической помощи в случаях дискриминации на 2013–2015 годы. В рамках журнала будут созданы веб-страницы и правовые ресурсы для юристов и будет организована национальная конференция для юристов. Срок реализации проекта: 20 июня 2012 – 20 апреля 2013 года.

Материалы подготовлены Петровым Д.В. и Кантюковой И.Т.
на основе контент-анализа ресурсов сети Интернет и СМИ.

Токмаков И.С.

УСЛОВИЕ ОБ ОПЛАТЕ В СОГЛАШЕНИИ ОБ ОКАЗАНИИ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПОМОЩИ СКВОЗЬ ПРИЗМУ ИСТОРИЧЕСКОГО РАЗВИТИЯ

В статье рассматривается история становления адвокатского гонорара, а также существующие подходы к порядку определения вознаграждения адвоката.

Ключевые слова: соглашение об оказании юридической помощи, адвокат, оплата труда адвоката, историческое развитие вознаграждения адвоката.

Tokmakov I.S.

CONDITION ON PAYMENT IN AGREEMENT ON PROVISION OF LEGAL SERVICES THROUGH THE PRISM OF HISTORICAL DEVELOPMENT

The author considers a brief view of genesis of attorney's fee as well as modern ways of fixation condition on payment of attorney's fee in agreement on provision of legal services.

Keywords: agreement on provision of legal services, advocate, payment of advocate's fee, historical development of advocate's fee.

Оплата юридической помощи, оказываемой адвокатами, является одним из важнейших аспектов взаимоотношений адвоката и доверителя.

Необходимо отметить, что исторически проблема вознаграждения адвоката существовала всегда, и это неслучайно. Это обусловлено тем, что деятельность адвоката по своей сути является некоммерческой. Сущность адвокатуры заключается в том, что как институт гражданского общества она осуществляет отдельные полномочия по реализации публичной функции государства по защите прав, свобод и интересов физических и юридических лиц. С другой стороны, адвокат действует в интересах доверителя, его деятельность должна оплачиваться, как и любой труд; логично, что такую оплату вносит доверитель. Потому уже в незапамятные времена возникла дихотомия между публичной ролью адвоката и частным интересом, который он выражает. Данное противоречие особенно обостряется в вопросе оплаты услуг адвоката. Изучение данного вопроса представляется более интересным, если рассматривать историческое развитие регулирования вопроса оплаты труда адвокатов.

В Древнем Риме с развитием права вопросы вознаграждения решались по разному. Первоначально адвокаты получали преимущественно подарки. Однако с совершенствованием и профессионализацией их деятельности адвокаты стали требовать все больших подношений, а также не стеснялись торговать тайнами своих клиентов и даже переходить на сторону противников. В итоге это привело к принятию закона Цинция, которым было запрещено определять и получать вознаграждение до завершения дела в суде,[1] что логично для традиции римского права, поскольку подарок и должен являться подарком. Таким образом, до разбора дела адвокат не мог обусловливать себе определенного вознаграждения, но после окончания процесса ему было дозволено принимать предложенный гонорар. Из этого можно сделать вывод, что в то время подобный порядок выплаты вознаграждения, не обусловленного заранее и не обеспеченного судебной защитой, свидетельствовал о безвозмездности адвокатуры. Однако периодическое приостановление действия закона Цинция, неблагодарность клиентов, установление императорской власти и постепенный распад римского социума вновь вызвали непомерные поборы со стороны судебных представителей. Этому способствовало и усиление власти, которая требовала от адвокатов не только лояльности, но и обоснования для своих, нередко противозаконных, действий. В результате адвокаты стали пользоваться определенной безнаказанностью в отношении населения, при этом чувствуя гнет и принуждение со стороны власти. В такой ситуации, естественно, развилась коррупция, с которой были связаны и адвокаты. Императору Августу пришлось возобновить действие закона Цинция, а во времена Клавдия о нем снова вспомнили, при этом закон был усовершенствован: адвокатам дозволялось брать не более 10 тысяч сестерциев.

1 Е.В. Васьковский отмечает дискуссионность положений закона Цинция. В частности, он указывает: «трудно решить с достоверностью, в чем именно заключались постановления Цинциева закона. Некоторые думают, что он запрещал лицам, занимавшим публичные должности или действовавшим в публичном интересе, принимать за это подарки в качестве гонорара. Другие, наоборот, держатся того мнения, что этим законом предписывалось «рассматривать все полученное или обещанное за такого рода действия, как подарки, т.е. необязательные и добровольные приношения»». Тем не менее, он указывает, что закон Цинция содержал в себе положение относительно адвокатов, которое, по свидетельству Тацита, имело следующий вид: «чтобы никто не брал денег или подарков за предстоящее к защите дело». См.: Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – СПб.: типография П.П. Сойкина, 1893. – Т. 1. – С. 51.

В период правления Александра Севера положения о вознаграждении адвокатов были существенно пересмотрены. Несмотря на то, что условия о гонораре, заключенные до судебного заседания, были, как и раньше, ничтожны, но вместе с тем они имели полную силу, если были заключены после защиты дела, хотя бы до постановления решения, и адвокаты получили право иска о гонораре. Истребование гонорара осуществлялось в рамках экстраординарного процесса. Если между адвокатом и доверителем не было достигнуто соглашения относительно суммы гонорара, суд по требованию адвоката должен присудить ему вознаграждение, «в зависимости от предмета дела, таланта адвоката, обычаев адвокатуры и важности судебной инстанции, в количестве, тем не менее, не превышающем 10 000 сестерциев».[2] Таким образом, гонорар из дара превратился в услугу, принцип безвозмездности адвокатуры был нарушен, и законодательство признало ее возмездность.

Е.В. Васьковский выделял следующие принципы оплаты труда адвоката при эквивалентно-возмездной системе: по соглашению с клиентами; по определению суда; по определению совета адвокатского сословия; по установленной таксе (тарифу); по двум или нескольким из этих способов сразу (смешанные системы).[3]

Уплата вознаграждения по соглашению между адвокатом и клиентом представляется наиболее логичным и естественным способом оплаты услуг адвоката: адвокат знает, сколько труда и времени ему потребуется на подготовку и защиту дела в суде, и какой размер вознаграждения за его услуги будет разумным. Вместе с тем, по справедливому замечанию Е.В. Васьковского, данный способ оплаты является не лишенным недостатков.[4]

Зачастую, особенно это касается случаев, связанных с уголовным преследованием, клиент обращается к адвокату, находясь в состоянии сильного эмоционального потрясения, испытывая сильнейший стресс, готовым идти на все, чтобы добиться спасения своей (или близкого ему человека) жизни, свободы и доброго имени. В таком случае сложно говорить о возможности клиента трезво оценивать условия соглашения с доверителем, включая условие об оплате. К сожалению, адвокаты нередко пользуются этим, следуя принципу, используемому недобросовестными врачами: «договаривайся с пациентом об оплате в момент, когда он испытывает наиболее сильную боль». В такой ситуации, безусловно, не может идти никакой речи о «свободном определении адвокатом и доверителем условия о вознаграждении».

Кроме того, адвокат не всегда способен точно оценить размер предполагаемого вознаграждения, в особенности, если оно определяется до принятия адвокатом поручения и ознакомления с материалами дела.

Вместе с тем, данная система оплаты является весьма популярной и применяется во многих современных государствах. В большинстве государств существует ряд рекомендаций для определения вознаграждения адвоката в зависимости от сложности принимаемого поручения. В числе обстоятельств, которые адвокату следует принимать во внимание при определении гонорара, можно выделить следующие: значимость и сложность принимаемого поручения;[5] продолжительность и место судебного разбирательства;[6] количество времени, которое адвокату потребуется или потребовалось затратить на данное дело;[7] опыт, навыки адвоката в ведении дел подобного рода;[8] наличие сложившихся профессиональных взаимоотношений между адвокатом и клиентом;[9] репутация адвоката, оказывающего юридическую помощь.[10]

Что касается системы оплаты, при которой вознаграждение определяется судом, то, как отмечает Е.В. Васьковский, данный способ оплаты почти всегда соединялся с другими (с соглашением в Австрии, таксой в дореформенной Германии).[11] Главным достоинством данной системы можно назвать устранение произвола адвокатов при определении гонорара. Суд определяет размер вознаграждения исключительно по своему усмотрению в зависимости от обстоятельств конкретного дела. Вместе с тем у данной системы есть оборотная сторона, заключающаяся в том, что усмотрение судей при

2 По мнению Е.В. Васьковского, это место («in honorariis advocatorum ita versari judex debet, ut pro modo litis proque advocate facundia et fori consuetudine et judicii, in quo erat acturus, aestimatione adhibeat») дало повод к противоречивым толкованиям. Некоторые писатели, несмотря на явный смысл приведенного постановления, все-таки отрицали право иска, но новейшие исследователи пришли к обратному выводу (Massol: Des honoraries des avocats, 1879. – P. 17; LachapelleMontmoreau: Etudes sur la profession d''avocat, 1880. – I, 19). См.: Васьковский Е.В. Указ. соч. – С. 62.

3 Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – СПб.: типография П.П. Сойкина, 1893. – Т. 2. – С. 82.

4 Там же. – С. 89.

5 См.: п. 2 ст. 10 Кодекса профессионального поведения адвокатов Чешской республики от 31.10.1996; п. 12.1 Кодекса поведения барристеров Ирландии от 13.03.2006; п. 4.1.2. Кодекса профессионального поведения членов адвокатского сообщества Швеции от 29.08.2008; п. 2 ст. 28 Кодекса этики адвоката Албании от 12.11.2005.

6 См.: п. 12.1 Кодекса поведения барристеров Ирландии от 13 марта 2006 года.

7 Там же.

8 См.: п. 4.1.2. Кодекса профессионального поведения членов адвокатского сообщества Швеции от 29.08.2008; п. 2 ст. 28 Кодекса этики адвоката Албании от 12.11.2005.

9 См.: п. 2 ст. 28 Кодекса этики адвоката Албании от 12.11.2005.

10 Там же.

11 Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – СПб.: типография П.П. Сойкина, 1893. – Т. 2. – С. 92.

определении гонорара может легко обернуться произволом судей в отношении адвоката. Деятельность адвоката в судебном разбирательстве, на основании которой суд делает вывод о размере гонорара, является лишь небольшой частью того времени и труда, которые адвокат тратит на ведение поручения в целом. От оценки суда остается скрытой вся досудебная подготовка адвоката по делу, которая зачастую имеет не меньшее значение для конечного результата, нежели выступление адвоката непосредственно перед судом. Произвол судей при определении гонорара может также выражаться в симпатии или антипатии к конкретному адвокату вне зависимости от его профессиональных качеств.[12]

Определение вознаграждения советом сословия также не встречается в чистом виде. В настоящее время аналогом данной системы определения гонорара можно назвать определение вознаграждения, подлежащего уплате адвокату, органами адвокатского сообщества.

Главным достоинством системы определения гонорара по таксе является то, что данная система защищает клиента от чрезмерных требований адвоката об уплате гонорара, явно не соответствующего существу и сложности дела. Такса закрепляет фиксированный размер вознаграждения в зависимости от категории дела. Кроме того, с помощью таксы клиент еще до заключения соглашения с адвокатом может довольно точно определить сумму, которую ему нужно будет уплатить в качестве вознаграждения за ведение дела. Такса не только нивелирует возможные сложности относительно определения гонорара в процессе переговоров между адвокатом и клиентом, но и практически делает бессмысленными споры доверителя и защитника по поводу уплаты вознаграждения после завершения процесса, в особенности, если процесс был проигран.

Вместе с тем все вышеуказанные достоинства оплаты труда адвоката по таксе базировались, по справедливому замечанию Е.В. Васьковского, на довольно смелом допущении, что можно разработать таксу, которая была бы справедлива во всех возможных случаях.[13] Действительно, если гонорар является эквивалентом за выполненное поручение клиента, то он должен прежде всего соответствовать количеству и качеству труда, затрачиваемого адвокатом в каждом конкретном случае. Следовательно, задача таксы состоит в том, чтобы, приняв за критерий данный признак, распределить все дела на группы, в зависимости от количества и качества, требуемого каждой из них адвокатского труда. При первой же попытке смоделировать такую конструкцию таксы становится очевидно, что этого невозможно сделать, так как труд адвоката не поддается объективному измерению и изменяется в каждом конкретном случае. В дореволюционной России каждые три года министром юстиции, по представлениям судебных палат и Советов присяжных поверенных, устанавливался размер таксы. Кроме того, М.В. Кожевников отмечает, что «если обратиться к действовавшей в царской России таксе оплаты адвокатов по гражданским делам, то из нее видно, что в основу определения размера вознаграждения были положены: 1) сумма иска и 2) результат рассмотрения дела в суде».[14]

«Основным критерием при определении размера гонорара адвоката за ведение гражданского дела являлась цена иска: за участие по делу в двух инстанциях присяжный поверенный получал определенный процент от суммы иска; по делам, не подлежащим оценке, гонорар определялся судом, исходя из значения и важности дела для тяжущихся сторон, их материального положения, а также времени и труда, затраченного поверенным (эта сумма могла составлять от 50 до 1200 руб.); вознаграждение за ведение дела в порядке «охранительного судопроизводства» (используя современную терминологию – «по назначению суда») определялось судом, в зависимости от сложности дела в размере до 600 руб., а по делам ценою менее 500 руб., – по усмотрению суда в размере до 50 рублей; за ведение дела в первой инстанции присяжный поверенный получал 2/3 определенного таксой гонорара, за ходатайство во второй инстанции – 1/3, а в кассационном департаменте Сената – 1/4. В случае проигрыша процесса присяжный поверенный истца получал 1/4, а поверенный ответчика – 1/3 положенного ему гонорара».[15]

Такса является далеко не самым удачным способом определения справедливого гонорара, соответствующего количеству и качеству труда адвоката, который необходимо затратить на выполнение конкретного поручения. Установление таксы только в зависимости от объективных критериев, без учета обстоятельств конкретного дела всегда будет невыгодно либо адвокату, чьи труды и таланты не учитываются при определении вознаграждения, либо клиенту, чье имущественное положение не

12 Кратенко М.В. Договор об оказании юридической помощи в современном гражданском законодательстве. – М.: Статут, 2006. – С. 193.

13 Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – СПб.: типография П.П. Сойкина, 1893. – Т. 2. – С. 97.

14 Кожевников М.В. Советская адвокатура. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1939. – С. 15.

15 Грудцына Л.Ю. 140 лет российской адвокатуре. URL: htpp://www.ludmilagr.ru/ (дата обращения: 7.10.2012).

принимается в расчет. Как указывает Ю.И. Стецовский, оплата труда адвоката исключительно по таксе сопряжена с негативными явлениями: при необоснованно низких ставках оплаты юридической помощи адвокатам приходится увеличивать число проведенных дел, что, в свою очередь, отрицательно сказывается на качестве их работы, противоречит интересам населения и препятствует эффективности судопроизводства.[16] В качестве оплаты по таксе может рассматриваться оплата по заранее установленным тарифам на адвокатские услуги. Оплата услуг гонораром по минимальным тарифам (minimum fee) была довольно продолжительное время популярна в США. Окружные и городские ассоциации юристов самостоятельно устанавливали тарифы на отдельные виды адвокатских услуг (fee schedules). В течение долгого времени бытовало вполне оптимистичное мнение о том, что солидный опыт саморегулирования юридической профессии как «высокообразованной профессии» освобождает ее от ответственности, согласно федеральным антитрестовским законам, за соблюдение «этических» норм, призванных ограничить определенные виды конкуренции среди юристов. Это мнение было опровергнуто решением Верховного суда США по делу Goldfarb v. Virginia State Bar. По данному делу суд постановил, что обязательная для адвокатов штата тарифная сетка минимальных ставок гонораров, установленная ассоциацией юристов штата и определяющая размер минимального вознаграждения, нарушает положения антитрестовского законодательства о запрете на ценовой сговор.[17]

Относительно смешанной системы определения гонорара Е.В. Васьковский также отзывается не самым лучшим образом. Он отмечает, что всем способам определения вознаграждения труда адвоката при эквивалентно-возмездной системе (соглашение между адвокатом и доверителем; определение судом; определение советом сословия; определение по таксе) присущ один существенный недостаток – произвольность определения гонорара.[18] Основная разница между данными системами заключается в том, кто является субъектом установления произвола: адвокат, суд, совет сословия или такса. Вместе с тем, каждая из указных систем имеет отдельные достоинства, успешная комбинация которых может быть удобной и для адвоката, и для клиента. В частности, в мировой практике наибольшее распространение получила смешанная система определения гонорара по соглашению сторон и по таксе.

В заключение обзора систем определения вознаграждения адвоката за ведение дела необходимо остановиться на относительно безвозмездной теории определения гонорара, сторонником которой являлся Е.В. Васьковский. Он считал ошибочными все попытки свести отношение к гонорару как к точному эквиваленту за оказанные услуги.[19] Общественная функция адвокатуры, как института гражданского общества, состоит в защите прав и интересов граждан. Исходя из этого, Е.В. Васьковский предлагал выплачивать адвокатам определенное общественное жалованье, аналогичное государственному жалованью, которое получают судьи и прокуроры, выполняя государственные функции правосудия и поддержки государственного обвинения соответственно. Согласно данной системе, гонорар подобно пошлине уплачивался с учетом платежеспособности клиента и важности услуги, оказанной для него адвокатом.[20] Определение размеров гонорара зависело только от клиента, поскольку только ему известна его платежеспособность и субъективная важность оказанной ему услуги. При таком порядке гонорар принимает внешний вид подарка. Достоинством данного способа является то, что, не унижая личного достоинства адвоката в противоположность договорной схеме и не уравнивая труд всех адвокатов в отличие от таксовой системы, он обеспечивает имущественные интересы и адвоката, и клиента. Несмотря на возражения относительно того, что при данной системе также присутствует произвол в определении гонорара – произвол клиента, следует признать правильным довод Е.В. Васьковского о том, что это произвол «клиента, руководимый чувством признательности к правозаступнику, как спасителю его имущества, свободы, чести и даже жизни и потому представляющийся наименее опасным для адвоката и, разумеется, совершенно безвредным для клиента».[21] Институт оплаты труда адвоката в российском правопорядке также неоднократно подвергался изменению. В XIX веке, согласно ст. 395 Судебных Уставов 1864 г., размер и порядок выплаты вознаграждения адвокату определялись письменным соглашением с доверителем.[22]

16 Стецовский Ю.И., Мирзоев Г.Б. Профессиональный долг адвоката и его статус. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – С. 104.

17 Бернам У. Правовая система США. – 3-й выпуск. – М.: «Новая юстиция», 2006. – С. 255.

18 Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – СПб.: типография П.П. Сойкина, 1893. – Т. 2. – С. 102.

19 Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – СПб.: типография П.П. Сойкина, 1893. – Т. 2. – С. 103.

20 Там же. – С. 108.

21 Там же. – С. 119.

22 Учреждение судебных установлений, измененное и дополненное законом о преобразовании местного суда (Собр. узак., 1912. – № 118), с законодательными мотивами, разъяснениями Сената и алфавитным предметным указателем. / Сост. К.П. Смирнов. – СПб.: Издание юридического книжного склада «Право». – 1913. – Ст. 395.

Такса могла быть установлена не взамен соглашения, а как дополнение к нему.

С учреждением советской власти была существенным образом реформирована адвокатура, а вместе с ней и принципы оплаты труда адвокатов. В период с 1918–1922 гг. труд адвокатов, функции которых выполняли члены коллегии защитников, фактически приравнивался к труду государственного служащего: им выплачивалась заработная плата. Положение об адвокатуре от 26 мая 1922 г. устанавливало, что по общему правилу размер вознаграждения защитника определялся по соглашению сторон. В то же время рабочие государственных и частных предприятий, а также служащие советских учреждений и предприятий имели право оплачивать услуги защитников по таксе, устанавливаемой Наркомюстом (по гражданским делам – не более 5 % от присужденной суммы; в отношении уголовных дел предусматривался лишь предел гонорара, который определялся президиумом коллегии «в зависимости от размера и сложности дела»).[23] Что касается лиц, признанных постановлением народного суда неимущими, то они освобождались от оплаты вознаграждения защитникам по уголовным и гражданским делам.

Согласно Положению об адвокатуре СССР 1939 г.,[24] размер вознаграждения адвоката полностью зависел от таксы, возможность регулирования размера гонорара соглашением сторон была исключена. Как отмечает Ю.И. Стецовский, после создания советской адвокатуры такса менялась редко и незначительно: первая такса (1922) заменена в 1939 г., третья – введена в 1966 г., четвертая в 1977 г. и следующая – в 1988 г.[25]

Необходимо отметить, что установление таксы не могло стимулировать адвокатов к более активному ведению дел, было крайне невыгодным для талантливых адвокатов, заинтересованных в предоставлении своим клиентам высококачественной юридической помощи. Практика доказала необходимость придания правовой формы желанию клиента материально заинтересовать клиента в качественно выполненной работе. Все это привело к принятию Инструкции Министерства юстиции от 21 июля 1988 г. «Об оплате юридической помощи, оказываемой адвокатами гражданам, предприятиям, учреждениям, организациям и кооперативам».[26] Важным является тот факт, что с введением в действие этой Инструкции вознаграждение определялось теперь не только по установленной таксе, но и в отдельных случаях, с учетом квалификации адвоката, а также в случаях просьбы обратившегося выделить ему конкретного адвоката оплата могла устанавливаться по соглашению между заведующим юридической консультацией (с участием адвоката) и обратившимся за помощью в размерах, превышающих ставки, предусмотренные Инструкцией. Общий тренд либерализации порядка оплаты труда адвокатов был продолжен в Инструкции Министерства юстиции об оплате юридической помощи 1991 г.[27] Впоследствие приказом Минюста РФ от 19 февраля 2002 г. № 52[28] данная Инструкция была признана не действующей на территории Российской Федерации, в связи с необходимостью приведения нормативной правовой базы Министерства юстиции РФ в соответствие с законодательством РФ. В Законе об адвокатуре РФ в качестве основного принципа оплаты труда адвоката провозглашена свобода соглашения между адвокатом и доверителем при определении вознаграждения, за исключением случаев оказания юридической помощи бесплатно или по назначению.

Таким образом, можно сделать вывод, что анализ истории становления адвокатского гонорара имеет огромное значение для исследования адвокатского гонорара как института в целом.

Пристатейный библиографический список

1. Бернам У. Правовая система США. – 3-й выпуск. – М.: «Новая юстиция», 2006.
2. Васьковский Е.В. Организация адвокатуры. – СПб.: типография П.П. Сойкина, 1893. – Т. 2.
3. Кожевников М.В. Советская адвокатура. – М.: Юридическое издательство НКЮ СССР, 1939.
4. Кратенко М.В. Договор об оказании юридической помощи в современном гражданском законодательстве. – М.: Статут, 2006.
5. Стецовский Ю.И., Мирзоев Г.Б. Профессиональный долг адвоката и его статус: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003.

23 Стецовский Ю.И., Мирзоев Г.Б. Профессиональный долг адвоката и его статус: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – С. 104.

24 Положение об адвокатуре СССР от 16 августа 1939 г. / Утверждено Советом Народных Комиссаров Союза ССР / СП СССР 1939 г. – № 49. – Ст. 394.

25 Стецовский Ю.И., Мирзоев Г.Б. Профессиональный долг адвоката и его статус: Монография. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, 2003. – С. 104.

26 Инструкция Минюста СССР от 21 июля 1988 г. «Об оплате юридической помощи, оказываемой адвокатами гражданам, предприятиям, учреждениям, организациям и кооперативам». // Инструкция введена в действие с 1 сентября 1988 г. // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств Российской Федерации. – 1988. – № 12.

27 Инструкция Министерства юстиции СССР от 10 апреля 1991 г. «Об оплате юридической помощи, оказываемой адвокатами гражданам, предприятиям, учреждениям и организациям» // СПС «Консультант Плюс».

28 Приказ Минюста РФ от 19 февраля 2002 г. № 52 «О нормативных актах Министерства юстиции СССР и Министерства юстиции РСФСР». Текст приказа официально опубликован не был. // СПС «Гарант».

Петров Д.В.

ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО, РЕГЛАМЕНТИРУЮЩЕЕ ПРАВОВУЮ ОХРАНУ ЛИЧНОСТИ И ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА В ПЕРИОД СТАНОВЛЕНИЯ И УТВЕРЖДЕНИЯ СОВЕТСКОЙ ВЛАСТИ

В статье рассмотрены некоторые историко-правовые аспекты развития российского законодательства, регламентирующего правовую охрану личности и профессиональной деятельности адвоката.

Ключевые слова: профессиональная деятельность адвоката, права адвоката, история адвокатуры.

Petrov D.V.

THE LEGISLATION REGULATING LEGAL PROTECTION OF THE PERSONALITY AND PROFESSIONAL ACTIVITY OF THE ADVOCATE IN FORMATION AND THE STATEMENT OF THE SOVIET POWER

In article some historical and legal aspects of development of the Russian legislation regulating legal protection of the personality and professional activity of the lawyer are considered.

Keywords: professional activity of the advocate, right of the advocate, advocacy profession history.

Глобальные события, происходившие в первой половине 20 века в России, не могли не охватить адвокатуру, которая за этот относительно небольшой период времени прошла путь от практически полного уничтожения до восстановления в качестве общественного института по оказанию квалифицированной юридической помощи.

Особенно трудным был пятилетний период, с 1917 по 1922 гг., на который пришлись две революции и Гражданская война. И если февральская революция не внесла каких-либо серьезных изменений в деятельность российской адвокатуры, то октябрьская ее попросту ликвидировала как часть буржуазной судебной системы.

С принятием 24 ноября 1917 г. Всероссийским Центральным Исполнительным Комитетом (далее – ВЦИК) Декрета о суде № 1 закончился старый – буржуазный и начался новый этап развития адвокатуры – советский.[1]

В соответствии с данным документом упразднялись все судебные учреждения российского буржуазного государства, а наряду с ними – присяжная и частная адвокатура. Декретом были созданы советские суды, где в качестве защитников и обвинителей допускались все непорочные лица обоего пола, пользующиеся гражданскими правами.

Принимая Декрет о суде, большевики не представляли, какой должна быть социалистическая адвокатура, но понимали необходимость уничтожения институциональных основ существующей.[2]

Спустя месяц после издания Декрета о суде, 19 декабря 1917 г. Народный Комиссариат Юстиции (далее – НКЮ) РСФСР издал Инструкцию «О революционном трибунале, его составе, делах, подлежащих его ведению, налагаемых им наказаниях и о порядке ведения его заседаний».[3] В соответствии с Инструкцией при революционных трибуналах создавались коллегии правозаступников, которые действовали наряду с общегражданскими обвинителями и защитниками. Вступление в коллегию правозаступников было свободным, от претендентов требовалось лишь желание «помочь революционному правосудию» и наличие рекомендации от Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов.

Согласно Инструкции судебное следствие в революционных трибуналах должно было происходить с участием обвинения и защиты. В качестве защитника обвиняемый мог пригласить любое лицо (не обязательно из коллегии правозаступников), пользующееся политическими правами, также в судебном заседании революционного трибунала могли выступить из числа присутствующих в зале – один обвинитель и один защитник. В том случае, если обвиняемый не мог сам пригласить себе защитника и просил об этом трибунал, последний обязан был предоставить ему защитника из коллегии правозаступников.

Однако переход к новой судебной системе происходил далеко не сразу и не на всей территории страны.

Продолжающееся в стране после установления Советской власти «двоевластие» проявлялось в достаточно противоречивых ситуациях. Например, еще сохранившийся Правительствующий сенат вынес решение о непризнании Декрета о суде и продолжении своей деятельности впредь до созыва Учредительного собрания.

1 Декреты Советской власти. – М., 1964. – Т. 1. – С. 124–126.

2 Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие. / Под общ. ред. канд. юр. наук В.Н. Буробина. – Изд. 2-е, перераб. и допол. – М.: «ИКФ «ЭКМОС», 2003. – С. 45.

3 СУ РСФСР, 1918. – № 26. – Ст. 420.

В январе 1918 г. Совет присяжных поверенных Петрограда (нелегитимный, с точки зрения советской власти, орган) даже возбудил дисциплинарное дело в отношении известного адвоката Бобрищева-Пушкина в связи с тем, что тот защищал клиента в революционном трибунале.[4]

Газета «Русские ведомости» 23 февраля 1918 г. сообщила, что Тверской окружной суд совместно с адвокатурой постановил более не подчиняться контролирующему их деятельность большевистскому комиссару и вообще не принимать участия в осуществлении правосудия. До принятия этого решения, то есть в течение трех месяцев, окружной суд активно использовался новой властью для проведения в жизнь своих нормативных актов.

В Тихвинском уезде Новгородской губернии к маю 1918 г. оставались не ликвидированными мировые суды, продолжавшие рассматривать уголовные и гражданские дела.

До марта 1918 г. старые суды, прокуратура, адвокатура сохранялись в Ставропольской, Омской, Тобольской губерниях. Местные органы власти пытались лишь установить контроль над их деятельностью. Например, в январе 1918 г. Екатеринбургский совет рабочих депутатов решил взять у прокурора окружного суда подписку о том, что его действия не будут противоречить распоряжениям новой власти.[5]

Тем не менее, строительство судебной системы продолжалось, и к концу марта 1918 г. местные народные суды были созданы не только в центральных районах страны (Московском и Петроградском), но и во всех крупных промышленных центрах Урала и Сибири.[6]

В следующем Декрете «О суде» № 2 от 15 февраля 1918 г. уже целая часть была посвящена регламентации деятельности коллегии правозаступников (ст. 23–28).[7] К числу нововведений следует отнести то, что по новому Декрету только лица, являющиеся членами коллегии, имели право выступать в судах за плату. Остальные положения по формированию и порядку участия в процессе членов коллегии по своему содержанию практически не отличались от Инструкции 19 декабря 1917 г.

Необходимо отметить, как следовало из содержания ст. 21 Декрета, впервые в российском законодательстве была предусмотрена возможность участия защитника на стадии предварительного расследования уголовного дела. Вместе с тем участие защиты в стадии предварительного следствия могло быть ограничено по постановлению следственной комиссии, если того требуют интересы раскрытия истины. Отказ в допуске защитника на стадию предварительного следствия мог быть обжалован в окружной народный суд.

Декрет «О революционных трибуналах» от 4 мая 1918 г., вносящий изменения в Декрет от 24 ноября 1917 г., в ст. 9 также предусматривал участие защитника на стадии предварительного расследования: «оконченное следственное производство по каждому делу предъявляется обвиняемому или его защитнику, коим предоставляется право делать свои замечания по поводу произведенного следствия. Вопрос о дальнейшем направлении дела разрешается следственной комиссией».[8]

Однако уже в следующем Декрете ВЦИК «О революционных трибуналах» от 18.03.1920 участие защитника в деле всецело зависело от трибунала и разрешалось в распорядительном заседании.[9] Помимо членов коллегии в качестве защитников допускались только близкие или родственники подсудимого или лица, пользующиеся полным доверием трибунала. Обязательным было участие защитника лишь в случае участия по делу обвинителя.

Несмотря на то, что Декретом ВЦИК от 30 ноября 1918 г., утвердившим новое «Положение о народном суде РСФСР», коллегии правозаступников были переименованы в коллегии «защитников, обвинителей и представителей сторон в гражданском процессе», Декрет не внес кардинальных изменений в регламентацию деятельности защитников.[10] Коллегии создавались при уездных и губернских исполкомах советов рабочих и крестьянских депутатов в целях оказания «содействия суду в деле наиболее полного освещения всех обстоятельств, касающихся обвиняемого или интересов сторон, участвующих в гражданском процессе». В положении сохранялась возможность участия защитника при проведении предварительного следствия, которое, как и в предыдущем декрете, могло быть ограничено по постановлению следственной комиссии, если того требовали «интересы раскрытия истины».[11] Участие защитника в процессе было

4 Смирнов В.Н. Адвокатура и власть: история взаимоотношений. – Екатеринбург, 2004. – С. 77.

5 Бессарабов В.Г. Советская прокуратура (1922–1991 гг.) // Журнал российского права. – 2002. – № 12 // СПС «Гарант».

6 Смирнов В.Н., Смыкалин А.С. Адвокатура и адвокатская деятельность. – Екатеринбург: Издательский дом «Уральская государственная юридическая академия», 2010. – С.74–100.

7 Декреты Советской власти. – М.: Государственное изд-во политической литературы, 1957. – Т. 1. – С. 468.

8 Декреты Советской власти. – М., 1959. – Т. 2. – С. 231–234.

9 СУ РСФСР, 1920. – № 22–23. – Ст. 115.

10 СУ РСФСР, 1918. – № 85. – Ст. 889.

11 Отказ в допуске защитника на стадию предварительного следствия мог быть обжалован в двухнедельный срок в народный суд по месту совершения преступления (ст. 38 Положения).

обязательным в случае рассмотрения уголовного дела с участием шести народных заседателей (по делам об убийстве, разбое, изнасиловании, спекуляции), а также в тех случаях, когда в процессе участвовал обвинитель. В остальных случаях вопрос о допущении защитника определялся судом в распорядительном или судебном заседании. Помимо членов коллегии, выступать в качестве защитников и представителей сторон в суде могли также родители, дети, братья и сестры, супруги тяжущихся, а также юрисконсульты советских учреждений по уполномочию их руководящих органов. По прежнему отсутствовали и какие-либо специальные требования для избрания в члены коллегии, за исключением наличия избирательного права. Как следовало из содержания ст. 42 Положения, члены коллегий приравнивались к должностным лицам и получали содержание в размере оклада, устанавливаемого для народных судей, по смете Народного Комиссариата Юстиции. Несмотря на данное положение, норм, направленных на обеспечение профессиональной деятельности членов коллегии, не было предусмотрено.

Тем не менее, даже такое ограниченное положение адвокатуры не устраивало Советскую власть, которая продолжала видеть в ней своего классового врага. Независимость, свободомыслие, интеллигентность, высокая духовная культура адвокатов вызывали у рабоче-крестьянской власти неприязнь и даже злобу. В адвокатах «старой волны», несомненно, усматривали «пережиток буржуазного прошлого», с которым надо бороться, «который надо выжигать, как гидру».[12]

В июле 1920 г. на III Всероссийском съезде деятелей советской юстиции прозвучало мнение, что коллегии себя не оправдывают, защитники злоупотребляют доверием и получают высокие гонорары. В связи с этим В.И. Ленин в «Детской болезни левизны в коммунизме» писал: «Мы разрушали в России и правильно делали, что разрушали, буржуазную адвокатуру, но она возрождается у нас под прикрытием советских правозаступников». Вождь пролетариата объяснял это тем, что комплектование правозащитников проводилось в основном из буржуазной интеллигенции. Тем самым была дана команда на уничтожение коллегий еще до внесения соответствующих изменений в законодательство.[13]

В свою очередь нарком юстиции Д.И. Курский в своем обращении к Президиуму ВЦИК от 26 августа 1920 г. писал о развернувшемся на местах процессе ликвидации коллегий правозаступников, комплектовавшихся «почти повсеместно из обломков буржуазной адвокатуры, а то и просто подпольных адвокатов». Он предлагал упразднить существующую организацию защиты и в качестве защитников привлечь «способных к тому лиц на началах трудовой повинности».[14]

В большинстве дел, рассмотренных в этот период, в качестве защитников выступали консультанты. Во всей стране таких работников насчитывалось около 650. Очевидно, что при такой численности адвокатов граждане фактически были лишены права на получение квалифицированной правовой помощи.[15]

В связи с этим в новом «Положении о народном суде РСФСР», утвержденном ВЦИК 21 октября 1920 г., коллегии защитников и обвинителей были окончательно ликвидированы, соответственно, были разделены защита и обвинение.[16]

Районными, городскими и уездными исполкомами в порядке, устанавливаемом инструкцией НКЮ, формировались списки граждан, «способных исполнять обязанность защитников». При недостатке защитников в качестве таковых судом привлекались консультанты, состоящие при отделах юстиции. Также суд был вправе допускать к защите командированных для этой цели членов организации, в которой состоял обвиняемый, и его ближайших родственников. В качестве представителей сторон в гражданском процессе допускались ближайшие родственники сторон (родители, дети, супруги, братья и сестры), консультанты и представители советских учреждений по уполномочию руководящих органов.

Вопрос о допущении защитника в судебное заседание был отдан на разрешение народному суду и обжалованию не подлежал. Обязательным являлось участие защитника при участии в деле обвинителя и по просьбе обвиняемого, находящегося под стражей. Участие защитника на предварительном следствии было исключено.

Не предусматривало новое положение и норм, направленных на обеспечение профессиональной деятельности защитников и представителей. Наоборот, права адвокатов, их независимость с каждым

12 Адвокатура в России: Учебник для вузов (под ред. д.ю.н., проф. В.И. Сергеева). – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Юстицинформ, 2011. – С. 72–80.

13 Грудцына Л.Ю. Российской адвокатуре 140 лет: историческая ретроспектива // Адвокат. – 2004. – № 10–11.

14 Смирнов В.Н., Смыкалин А.С. Адвокатура и адвокатская деятельность. – Екатеринбург: Издательский дом «Уральская государственная юридическая академия», 2010. – С. 78.

15 Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие. / Под общ. ред. канд. юр. наук В.Н. Буробина. – Изд. 2-е, перераб. и допол. – М.: ИКФ «ЭКМОС», 2003. – С. 47.

16 Декреты Советской власти. – М., 1964. – Т. 4. – С. 97.

новым положением о суде все больше ограничивались. Сильная независимая корпорация адвокатов только бы мешала большевикам, использующим в борьбе за власть любые методы.

По справедливому замечанию Ю. Хаски, за время Гражданской войны в советском правосознании прочно укрепился ленинский подход, заключавшийся в том, что прямое политическое вмешательство в судебные решения считалось законным. Процессы, происходившие в этот период с адвокатской корпорацией, отражали стремление государства не только нейтрализовать оппозиционно настроенную доставшуюся от старого режима адвокатуру, но и заменить ее организацией адвокатов с минимальным составом и минимумом функций.[17]

В условиях принижения роли права и полной зависимости от органов государственной власти, ограниченных полномочиях и отсутствия каких-либо гарантий профессиональной деятельности правозаступников, не могло не отразиться на возможности оказания ими полноценной квалифицированной юридической помощи. На качестве оказания квалифицированной юридической помощи сказывалось также и отсутствие требований к образованию, практическому опыту лиц, желающих стать членами коллегий, а затем и к тем, кто осуществлял защиту и представительство в форме трудовой повинности, в отсутствии материальной заинтересованности в успехе дела.

В целом период 1917–1922 гг. можно назвать самым трудным за всю историю российской адвокатуры с момента ее формирования как общественного института по судебной реформе 1864 г. Отдельные авторы обоснованно делают вывод о том, что рассматриваемый период ознаменовался тотальным уничтожением российской адвокатуры, всего того прогрессивного и полезного, что было заложено в судебных реформах 60-х годов XIX в.,[18] и даже об отсутствии адвокатуры как института.[19]

Это подтверждает и катастрофически сократившаяся численность адвокатов в России с 13 тысяч в 1917 г. до 650 человек в 1921 г.[20]

Таким образом, в первые послереволюционные годы в условиях Гражданской войны и становления Советской власти ни о каких гарантиях адвокатской деятельности не могло быть и речи. В таком положении перед адвокатурой и адвокатами, прежде всего, стоял вопрос о выживании как отдельных адвокатов, так и профессионального сообщества в целом.

Только с окончанием Гражданской войны, переходом страны к мирной жизни, введением новой экономической политики и началом судебной реформы 1922–1923 гг. постепенно стала возрождаться и адвокатура, что ознаменовалось принятием 26 мая 1922 г. «Положения об адвокатуре».[21]

Пристатейный библиографический список

1. Адвокатская деятельность: Учебно-практическое пособие. / Под общ. ред. канд. юр. наук В.Н. Буробина. – Изд. 2-е, перераб. и допол. – М.: ИКФ «ЭКМОС», 2003.
2. Адвокатура в России: Учебник для вузов. / Под ред. д.ю.н., проф. В.И. Сергеева. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Юстицинформ, 2011.
3. Бессарабов В.Г. Советская прокуратура (1922–1991 гг.) // Журнал российского права. – 2002. – № 12.
4. Грудцына Л.Ю. Российской адвокатуре 140 лет: историческая ретроспектива // Адвокат. – 2004. – № 10–11.
5. Декреты Советской власти. – М.: Государственное изд-во политической литературы, 1957. – Т. 1.
6. Декреты Советской власти. – М., 1959. – Т. 2.
7. Клевцов А.В. Становление и развитие российской адвокатуры в советский период (1917–1991). Историко-правовой аспект: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2006.
8. Смирнов В.Н. Адвокатура и власть: история взаимоотношений. – Екатеринбург, 2004.
9. Смирнов В.Н., Смыкалин А.С. Адвокатура и адвокатская деятельность. – Екатеринбург: Издательский дом «Уральская государственная юридическая академия», 2010.
10. Хаски Ю. Российские адвокаты и Советское государство. Происхождение и развитие советской адвокатуры 1917–1939. – М., 1993.

17 Хаски Ю. Российские адвокаты и Советское государство. Происхождение и развитие советской адвокатуры 1917–1939. – М., 1993. – С. 62.

18 Грудцына Л.Ю. Российской адвокатуре 140 лет: историческая ретроспектива // Адвокат. – 2004. – № 10–11.

19 Клевцов А.В. Становление и развитие российской адвокатуры в советский период (1917–1991). Историко-правовой аспект: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 9.

20 Там же. – С. 13.

21 СУ РСФСР, 1922. – № 36. – Ст. 425.

Шайхуллин М.С.

ПРИНЦИП ЗАКОННОСТИ ВО ВЗАИМООТНОШЕНИЯХ АДВОКАТУРЫ И ОРГАНОВ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ

В статье на основе анализа нормативно-правовых актов и юридической литературы рассмотрен вопрос о принципе законности во взаимоотношениях адвокатуры и органов государственной власти.

Ключевые слова: адвокатура, государство, власть, законодательство, право, норма, принцип, законность, адвокат, традиция.

Shaykhullin M.S.

LEGALITY PRINCIPLE IN RELATIONSHIP OF LEGAL PROFESSION AND PUBLIC AUTHORITIES

In article on the basis of the analysis of normative legal acts and legal literature the question of a legality principle in relationship of legal profession and public authorities is considered.

Keywords: advocacy profession, state, power, legislation, right, norm, principle, legality, advocate, tradition.

Принцип есть норма, правило поведения. Эта норма поведения может быть всеобщей (моральной) и частной. Что касается адвокатуры, то проникновение в адвокатуру многих иных юридических, социальных и других категорий и принципов выгодно не только ей, но и тем отраслям знаний, которые оказались вовлеченными в эту систему. Поскольку труд адвоката – это всегда творчество, в процессе последнего привлекаются и развиваются иноотраслевые идеи и принципы.[1] В этом смысле принципы взаимодействия адвокатуры и органов государственной власти следует понимать как исходные и межотраслевые коренные начала и идеи, лежащие в основе организации, деятельности и функционировании институтов гражданского общества в целях достижения правового и демократического государства. Вместе с этим не имеет никакого смысла сравнивать общие и специальные принципы деятельности адвокатских образований и органов государственной власти, ибо у них совершенно разная правовая природа и социальные начала, но цели могут совпадать – это защита прав и свобод граждан.

Как справедливо отмечает А.П. Галоганов, взаимодействие адвокатуры и государства должно строиться таким образом, чтобы на должном уровне российское население было обеспечено квалифицированной юридической помощью.[2] Однако оказания квалифицированной юридической помощи населению, как представляется, будет недостаточно для того, чтобы обеспечить стройную систему взаимодействия адвокатуры и органов государственной власти, особенно в условиях отсутствия должной поддержки со стороны последних – имеются в виду социальные гарантии адвокатам и членам их семей и др.

Проблему отрицания права в государственной среде следует снимать привлечением профессиональных советников по юридическим вопросам в работу правотворческих органов. Следует констатировать, что адвокаты практически не участвуют в обсуждении проектов правовых актов как на государственном, так и на муниципальном уровнях, тогда как от их участия в правотворческой деятельности во многом зависело бы качество правовых актов. В этом смысле формирование и последующее внедрение принципов взаимодействия адвокатуры и органов государственной власти до сих пор остается недооцененным.

Принципы деятельности адвокатуры представляют собой основополагающие базовые положения нормативного и ненормативного содержания, определяющие порядок организации и деятельности данного института. Особенность указанных принципов заключается в том, что они определяют характер действий как конкретного адвоката, так и адвокатуры в целом.[3] Принципы взаимодействия адвокатуры и органов государственной власти могут выражаться как в наиболее обобщенном виде, когда уполномоченные властные органы и адвокатские образования стремятся к воплощению одного из главных принципов правового государства – защите прав, свобод и законных интересов физических и юридических лиц, так и в виде межотраслевых принципов. Кроме всего прочего взаимодействие адвокатуры и государственных органов строится на началах ФЗ №63 «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», при этом следует отметить, что нормы именно указанного закона закрепляют общие условные начала взаимодействия адвокатских образований, адвокатов и органов государственной власти, на основе

1 Лубшев Ю.Ф. Адвокатура в России: учебник. – 2-е издание. – М.: ООО «Профобразование», 2002. – С. 14.

2 Галоганов А.П. Российская адвокатура: история и современность. – М.: Юрлитинформ, 2003. – С. 124.

3 Долгошеев И.С. Адвокатура как субъект правоотношений: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Саратов, 2008. – С. 8.

которых возможно сформулировать качественные модели взаимоотношений.

Законность взаимодействия адвокатских образований и органов государственной власти доказывать нет смысла, ибо она гарантирована совокупностью норм, закрепленных в ФЗ № 63 «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». П.П. Глущенко отмечает, что строгое следование требованиям закона – обязательное условие деятельности адвоката и адвокатуры. Это означает, что адвокат призван защищать подлинные, а не мнимые права лица, не любые его интересы, а только законные.[4] Таким образом, адвокатура обеспечивает принцип законности в условиях построения правового государства в России, где приоритетом становится соблюдение субъективных прав и законных интересов личности.

Правовое государство выступает в роли эталона при оценке государственной организации общества, предполагает, в частности, соблюдение принципа законности в деятельности всех государственных и негосударственных структур, обеспечение ими защиты прав человека, прав и законных интересов юридических лиц. Именно концепция правового государства предопределяет необходимость создания институтов для реализации перечисленных ценностей. Одним из таких институтов по праву является адвокатура.[5] Однако в настоящее время органы государственной власти действуют по принципу корпоративности интересов. Гибкие негативные социальные нормы, распространенные в государственно-управленческой среде, сдерживают позитивные тенденции взаимодействия органов государственной власти с адвокатурой. Правовое государство предполагает определенный уровень индивидуальной и общественной нравственности. Осмысление права и его взаимосвязи с моралью – одна из самых давних традиций в истории общественной мысли. В ее основе лежат представления об универсальной значимости права как системы справедливых установлений, создающих условия для свободного осуществления разумной воли. Эта роль права сближает его с моралью, поскольку оба феномена являются социальными регуляторами и обеспечивают цивилизованную человеческую деятельность.[6] В этом смысле возможно говорить о формировании механизма правового и социального регулирования взаимодействия адвокатуры и органов государственной власти.

Как отмечает В.В. Лазарев, целесообразность законности означает необходимость выбора строго в рамках закона оптимальных, отвечающих целям и задачам общества вариантов осуществления правотворческой и правореализующей деятельности (поведения), недопустимость противопоставления законности и целесообразности.[7]

Взаимодействие адвокатских образований и органов государственной власти может выстраиваться на основе принципа законности, когда адвокатура является связующим звеном в правоотношениях между местными сообществами, гражданами, юридическими лицами и т.п. и органами государственной власти. Однако необходимо отметить, что условное воплощение принципа законности в общественных отношениях между адвокатскими образованиями и органами власти и так подчеркивается в ФЗ № 63 «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Вместе с тем, условное закрепление основных начал взаимодействия адвокатских образований и органов государственной власти предстает как разрыв между основными и действующими институтами гражданского общества.

Е.Г. Тарло отмечает, что современная правовая ситуация в Российской Федерации представляет существенный разрыв между закрепленными в Конституции федеральными законами, иными правовыми актами страны, основополагающими правовыми принципами и реальной действительностью.[8] На сегодняшний день следует признать, что для граждан и частных организаций законность означает строгое и неуклонное соблюдение и исполнение норм права. В то время как для государственных органов и их должностных лиц в российском праве установлен и действует принцип условной законности их деятельности, при осуществлении которой обязательность для них процессуальных норм не является абсолютной – строгой и неуклонной.[9] Законность можно рассматривать в качестве режима общественно-политической жизни, принципа организации и деятельности государства и государственного аппарата, их взаимоотношений с человеком и обществом, средства ограничения государственной власти, а также в качестве метода государственного управления.

4 Глущенко П.П. Проблемы организации и совершенствования правового регулирования адвокатской деятельности // Адвокатская практика. – 2004. – № 2. – С. 6.

5 Ефимова В.В., Самсонов В.В. Лекции по адвокатуре и нотариату. URL: http://www.ravnovesie.com/files/rv/420716571574.htm (дата обращения: 7.10.2012).

6 Багоян Е.Г. Идея правового государства в российской либеральной мысли (конец XIX – начало XX века): Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2005. – С. 3.

7 Общая теория права и государства: учебник. / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. – С. 234.

8 Тарло Е.Г. Роль адвокатуры в системе обеспечения конституционного права на юридическую помощь: российская действительность и мировой опыт: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 24.

9 Поляков С.Б. Принцип условной законности деятельности государственных органов в российском праве // Адвокат. – 2008. – № 10. – С. 39.

Законность является важным условием обеспечения правопорядка в обществе. В последнее время укрепление законности рассматривалось как важнейшая государственная задача, но ее решение нельзя считать в полной мере последовательным и эффективным. Юридическую ответственность государства можно рассматривать как специальное юридическое средство обеспечения законности.[10] Законность как явление непосредственно связана с правотворчеством и правоприменением, ее укрепление требует комплексного правового регулирования общественных отношений, подкрепленного организационно-управленческими мероприятиями, системного подхода к административно-процессуальной деятельности.[11] Однако, как справедливо отмечает А.Ф. Ефремов, законность нельзя относить к отраслевым или межотраслевым принципам. В системе собственно правовых принципов законность играет ключевую роль, поскольку законность, во-первых, является необходимым условием нормального функционирования любой правовой системы, во-вторых, она, по сути, включает в себя и другие правовые принципы.[12] Органы государственной власти, гарантирующие законность, тем не менее должны быть заинтересованы во взаимоотношениях с адвокатурой, поскольку профессиональные защитники обеспечивают качественное оказание юридической помощи населению России, чтобы каждый гражданин знал свои права и умел их защищать; представляют в суде интересы обвиняемых, подсудимых и потерпевших. Надо, чтобы в адвокатуре работали не скомпрометировавшие себя квалифицированные юристы, отвечающие всем требованиям профессии адвоката. Это тоже забота государства. И, наконец, создание нормальных условий для деятельности адвокатуры в России, обеспечение определенными правовыми и материальными гарантиями адвокатов, освобождение коллегии адвокатов от всех видов налогов и сборов[13] прямо и косвенно зависит от проблем гарантий законности в деятельности органов государственной власти, которые, по мнению Е.В. Железняковой, затрагивают интересы каждого гражданина, поскольку обеспечивают реализацию многих прав и свобод, в том числе конституционного права на участие в местном самоуправлении.[14]

Для обеспечения российской адвокатуры качественными условиями функционирования необходимо закрепить механизмы, которые обеспечат: 1) устойчивость и стабильность российской адвокатуры; 2) эффективность обеспечения социальных обязательств для адвокатов и членов их семей; 3) формирование толерантного отношения власти к институтам гражданского общества; 4) максимально возможное совпадение интересов государственной власти и институтов гражданского общества в связи с защитой прав и законных интересов физических и юридических лиц. Объективный интерес государства к адвокатуре может быть вызван необходимостью не только в защите от произвола и беззакония, но и формирования сегмента правовой грамотности населения в городах и сельских населенных пунктах. Так политика органов государственной власти, например в Волгоградской области по взаимодействию с некоммерческими организациями осуществляется на основе следующих принципов: признания права негосударственных организаций на участие в формировании и реализации мероприятий областной политики в социальной, гуманитарной и иных сферах; поддержки деятельности негосударственных некоммерческих организаций, добровольческой деятельности, социальных программ негосударственных некоммерческих организаций, общественных гражданских инициатив; гласности за целевым использованием бюджетных средств.

Взаимодействие органов власти и адвокатских образований, адвокатов должно основываться на следующих принципах: 1) принцип равноправного партнерства, который предполагает взаимную заинтересованность, открытость, доверие и социальную ответственность за выполнение взятых на себя обязательств, при этом равноправное партнерство не должно противоречить специфическим принципам организации и деятельности адвокатских образований и органов местной власти; 2) принцип консолидации при принятии правовых решений предполагает выработку совместных решений по вопросам, связанным с оказанием квалифицированной юридической помощи населению муниципальных образований и обязательности их выполнения сторонами, а также создание условий для оказания адвокатами правовой помощи, участие адвокатов и представителей адвокатских образований в работе коллегиальных органов власти;

10 Агаджанов А.А. Юридическая ответственность государства как гарантия законности: проблемы теории и практики в Российской Федерации: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Челябинск, 2006. – С. 3.

11 Арбузова С.А. Государственно-исполнительный механизм обеспечения прав и свобод человека и гражданина (на материалах Российской Федерации): Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2008. – С. 20.

12 Ефремов А.Ф. Теоретические и практические проблемы реализации принципов законности в Российском государстве: Автореф. дис. докт. юрид. наук. – Саратов, 2001. – С. 12.

13 Лубшев Ю.Ф. Адвокатура в России. – М., 2002. – С. 215–216.

14 Железнякова Е.В. Проблемы законности и ее гарантий в деятельности органов местного самоуправления: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Волгоград, 2006. – С. 4.

3) принцип юридических гарантий соблюдения договорного партнерства в рамках подписанных соглашений о совместной деятельности, включая иные гарантии осуществления адвокатской деятельности в учреждениях разных типов; 4) принцип демократизма в консолидации усилий в условиях построения правового государства и формирования гражданского общества. Адвокатура и органы государственной власти способны сформировать такие правовые модели консолидации, при которых расширялись бы возможности построения правового государства; 5) принцип формирования нового образа адвокатуры на основе исторических традиций. Данный принцип предполагает консолидацию усилий государства и адвокатуры в процессе возрождения лучших традиций адвокатуры, способных закрепить истинный правовой образ адвокатов; 6) принцип ответственности за принятие совместных решений на основе заключенных соглашений между органами государственной власти и адвокатскими образованиями.

Государство, повинуясь историческим традициям, должно создавать условия для оказания квалифицированной юридической помощи. Необходимо предусмотреть административные санкции за нарушение конституционного права граждан на обращения в органы государственной власти и местного самоуправления в законодательстве субъектов РФ. Также органы государственной власти должны принимать на себя бремя компенсации расходов адвокату, оказывающему бесплатную юридическую помощь, исходя из принципов индексации, включая учет индекса потребительских цен. К сожалению, материально-техническое и финансовое обеспечение оказания юридической помощи гарантируется государством в основном в отношении труднодоступных и малонаселенных местностей, причем гарантии расходных обязательств, судя по закону, может предоставить только бюджет субъекта РФ. Как отмечает Ю.Ф. Лубшев, адвокатура – это юридически независимая от государства профессиональная организация специалистов-правоведов, которые в силу своих взглядов, навыков, имеющихся знаний взяли на себя обязанность защищать права и свободы человека. Это двуединая задача как государства, так и общества. Поэтому адвокатам должны быть даны гарантии и поддержка одного и другого. Так примерно и можно охарактеризовать саму суть взаимоотношений обоих явлений – государства и адвокатуры.[15]

15 Лубшев Ю.Ф. Курс адвокатского права. – М.: Профобразование, 2004. – С. 97.

Важно, чтобы государство не абстрагировалось от институтов гражданского общества, способствующих реализации важных внутригосударственных функций. Развитию адвокатуры в нашей стране должно способствовать законодательство РФ, поэтому нормативно-правовые акты не должны находиться в застывшем состоянии. Имеются в виду бюджетное и налоговое законодательство, а также нормативно-правовые акты, регламентирующие условия финансирования оказания профессиональной квалифицированной помощи на территории городов и сельских населенных пунктов. Только на основе взаимных объективных интересов возможно сформировать устойчивые принципы взаимодействия российской адвокатуры и государства.

Пристатейный библиографический список

1. Агаджанов А.А. Юридическая ответственность государства как гарантия законности: проблемы теории и практики в Российской Федерации: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Челябинск, 2006.
2. Арбузова С.А. Государственно-исполнительный механизм обеспечения прав и свобод человека и гражданина (на материалах Российской Федерации): Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2008.
3. Багоян Е.Г. Идея правового государства в российской либеральной мысли (конец XIX – начало XX века): Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2005.
4. Галоганов А.П. Российская адвокатура: история и современность. – М.: Юрлитинформ, 2003.
5. Глущенко П.П. Проблемы организации и совершенствования правового регулирования адвокатской деятельности // Адвокатская практика. – 2004. – № 2.
6. Долгошеев И.С. Адвокатура как субъект правоотношений: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Саратов, 2008.
7. Ефремов А.Ф. Теоретические и практические проблемы реализации принципов законности в Российском государстве: Автореф. дис. докт. юрид. наук. – Саратов, 2001.
8. Железнякова Е.В. Проблемы законности и ее гарантий в деятельности органов местного самоуправления: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Волгоград, 2006.
9. Лубшев Ю.Ф. Адвокатура в России: учебник. – 2-е издание. – М.: ООО «Профобразование», 2002.
10. Лубшев Ю.Ф. Курс адвокатского права. – М.: Профобразование, 2004. – С. 97.
11. Общая теория права и государства: учебник. / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002.
12. Поляков С.Б. Принцип условной законности деятельности государственных органов в российском праве // Адвокат. – 2008. – № 10.
13. Тарло Е.Г. Роль адвокатуры в системе обеспечения конституционного права на юридическую помощь: российская действительность и мировой опыт: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2001.

Власов А.А.

КУЛЬТУРА РЕЧИ В ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТА

Статья посвящена значению для адвоката умения выступать в судебных прениях с учетом соблюдения этических правил.

Ключевые слова: судебная речь, культура речи, ораторское мастерство, этические правила.

Vlasov A.A.

THE CULTURE OF SPEECH IN PROFESSIONAL ACTIVITY OF THE ADVOCATE

Article is devoted to value for the advocate of ability to act in judicial debate taking into account observance of ethical rules.

Keywords: judicial speech, standard of speech, oratorical skill, ethical rules.

Адвокат – публичная фигура, и его выступление в суде является наиболее сложным и ответственным моментом его участия в судопроизводстве. Это обусловлено тем, что никакой другой вид процессуальной деятельности не предъявляет к адвокату столько требований, не нуждается в столь тщательной и углубленной подготовке, как произнесение им судебной речи в прениях сторон. Поэтому успешное выступление адвоката в суде невозможно без достаточного знания им помимо норм материального и процессуального права законов логики, психологии, педагогики. Данные глубокие знания дают ключ к раскрытию социальной сути исследуемых адвокатом событий, к выявлению им внутренних причин и побудительных мотивов совершенных его подзащитным поступков. Поэтому особое место в овладении адвокатом ораторским мастерством должно занимать знание им основ судебной речи.

В своей профессиональной деятельности адвокат должен иметь ясное представление о функциональном назначении, содержании, структуре и принципах построения судебной речи, ее форме, композиции, стиле, технике и других компонентах, без которых нельзя рассчитывать на произнесение им качественной речи в суде, надеяться на достижение посредством ее эффективных процессуальных целей судоговорения. В этой связи необходимо отметить, что умение выступать публично не приходит само собой, так как этому адвокату нужно долго и упорно учиться, познавая и совершенствуя различные приемы ораторского мастерства.

Если говорить об ораторе, то им является человек, обладающий даром красноречия (риторикой), однако одного лишь таланта бывает явно недостаточно, поскольку для того, чтобы стать хорошим оратором, адвокату необходимо много работать над собой. Речь любого человека представляет собой его своеобразный «паспорт», который достаточно точно отражает, в какой среде вырос и общается говорящий, каков его культурный уровень. От степени владения адвокатом богатствами языка зависит, насколько точно, грамотно и понятно он может выразить свою мысль, объяснить то или иное явление, оказать должное воздействие на суд и слушателей, находящихся в зале судебного заседания. Поэтому адвокату необходимо постоянно учиться культуре судебной речи. Культура речи адвоката в значительной степени обусловлена его культурой мышления и сознательной любовью к языку. Основным критерием культуры речи лингвисты считают нормативность, которая включает в себя точность и ясность, правильность, чистоту речи, то есть отсутствие в ней диалектных, просторечных слов, узкопрофессиональных выражений, неуместно употребляемых иноязычных слов. Кроме того, культурной считается речь, которой присуще речевое мастерство: логическая стройность, богатство словаря, разнообразие грамматических конструкций, художественная выразительность.

Культура речи определяется в лингвистике как мотивированное употребление языкового материала, как использование в определенной ситуации языковых средств, оптимальных для данной обстановки, содержания и цели высказывания; это использование единственно нужных слов и конструкций в каждом конкретном случае.[1]

Любое судебное рассмотрение гражданского или уголовного дела включает в себя в качестве самостоятельной составной части судебного разбирательства судебные прения, во время которых его участники оценивают обстоятельства дела, подводят итоги судебного следствия, излагают свои выводы и делают предложения, формулируют свою окончательную процессуальную позицию. Выступая с речами, участники судебных прений подвергают тщательному анализу собранный по делу доказательственный материал, дают юридическую оценку обстоятельствам дела, высказывают суду

1 Введенская Л.А., Павлова Л.Г., Кашаева Е.Ю. Русский язык и культура речи: учебное пособие для вузов. – Ростов-на-Дону: Феникс, 2005. – С. 40.

свои соображения относительно правильности и обоснованности предъявленного обвинения или гражданского иска, степени вины и ответственности подсудимого, характера и размера наказания, а также других вопросов, подлежащих разрешению судом.

Для адвоката судебные прения должны иметь цель помочь суду и всем присутствующим на судебном заседании лучше разобраться в фактических и юридических обстоятельствах уголовного, административного или гражданского дела, уяснить их смысл и значение, сделать правильные выводы. Непосредственное участие в судебных прениях адвоката, освещение им всех исследуемых по делу фактов с позиций защиты реально способствует установлению судебной истины, служит одной из гарантий предупреждения судебных ошибок. Вот почему суд обязан выслушивать мнения участников судебных прений и обсуждать их в совещательной комнате.

Произносимые в судебном процессе слова адвоката характеризуют его как оратора, как личность, поэтому в его речи не должно быть чуждых литературному языку слов, фразеологизмов, диалектной и жаргонной лексики. Выступление адвоката, особенно в суде с участием присяжных заседателей, оказывает большое влияние на формирование внутреннего убеждения судей. В результате судебных прений, когда весь доказательственный материал, собранный по делу, подвергается юридическому анализу, когда все спорные вопросы дела становятся предметом живой дискуссии, когда каждый из участников процесса обосновывает свои требования и предложения и возражает против требований и предложений противной стороны, суду легче прийти к правильным выводам, постановить законный и обоснованный приговор или принять правильное решение. Разумеется, внутреннее убеждение судей начинает складываться еще до начала судебных прений, во время судебного следствия. Выслушивая показания допрашиваемых лиц (подсудимого, потерпевшего, истца, ответчика, третьих лиц, свидетелей), знакомясь с заключением эксперта, изучая вещественные и письменные доказательства, проводя другие судебные действия, направленные на выяснение всех обстоятельств дела, судьи получают представление о них, определяют к ним свое отношение. Однако эти суждения и выводы еще не являются полными и окончательными. После завершения судебного следствия у судей всегда возникает потребность систематизировать полученные данные, осмыслить их, разобраться в том, что оказалось бесспорно установленным, а что опровергнуто участниками судопроизводства. Поэтому иногда в речи адвоката в судебных прениях суд может найти ответы на возникшие вопросы в подтверждение своих, быть может, еще не совсем четко оформившихся выводов. Это обусловлено тем, что, выслушивая судебные речи, в которых адвокат дает свое толкование фактическим обстоятельствам дела, излагает свое мнение о доказанности или недоказанности предъявленного подсудимому обвинения или обоснованности гражданского иска, судьи получают возможность более глубоко вникнуть в суть дела, расширить круг анализируемых явлений и на основе такого всестороннего исследования всех обстоятельств дела принять правильное решение.

Несмотря на то, что речь адвоката в судебном процессе должна быть обращена, прежде всего, к суду, вместе с тем, обосновывая свою позицию, помогая суду глубже познать судебную истину и принять правильное решение, адвокат не вправе забывать и о судебной аудитории, не учитывать и ее мнение. Судебные прения, где весь собранный по делу фактический материал подвергается всестороннему анализу, где адвокат высказывает свои суждения по всем вопросам, подлежащим рассмотрению суда, помогают суду и всем присутствующим на судебном заседании гражданам лучше разобраться в обстоятельствах дела, сделать из результатов судебного процесса правильные выводы. Однако судебные прения не должны представлять собой состязание адвоката в пустом красноречии. Выступление адвоката всегда должно быть направлено только на обеспечение полного, всестороннего и объективного исследования всех обстоятельств дела, установление по нему судебной истины, оказание своему доверителю квалифицированной юридической помощи в целях принятия судом законного и обоснованного решения или приговора.

Законодатель не ограничивает для участников судопроизводства продолжительность судебных прений каким-либо определенным временем. Поэтому адвокат вправе выступать в судебных прениях с речью столько, сколько это необходимо ему для обоснования своих выводов и предложений, для опровержения доводов и утверждений противной стороны. Вместе с тем адвокат должен учитывать, что он не вправе говорить бесконечно и в своих речах ссылаться на доказательства, не являвшиеся предметом исследования в судебном следствии, а также касаться обстоятельств, не имеющих отношения к рассматриваемому делу. Таким образом, согласно действующему законодательству судебные прения не могут выходить за пределы: а) тех доказательств, которые исследовались в ходе судебного следствия; б) тех обстоятельств, которые

важны для дела, имеют к нему непосредственное отношение.

Круг обстоятельств, которые могут быть затронуты адвокатом в своем выступлении, определяется предметом рассматриваемого дела. Критерием для решения вопроса о том, вправе ли адвокат в своем выступлении касаться тех или иных обстоятельств, служит значение данных обстоятельств для обсуждаемого дела. На наш взгляд, все, что необходимо адвокату для отстаивания своей позиции, что способствует всестороннему и полному освещению исследуемых фактов, направлено на вынесение законного и обоснованного приговора или решения, входит в предмет судебных прений. И напротив, все, что выходит за эти границы, признается не относящимся к делу, должно быть исключено им из судебной речи.

Судопроизводство имеет не только сугубо правовой, но и нравственный аспект, поэтому оно требует от адвоката строгого соблюдения им этических правил, направленных на сохранение чести и достоинства своей адвокатской профессии. На это, в частности, направлен Кодекс профессиональной этики адвоката, принятый в целях поддержания профессиональной чести, развития традиций российской (присяжной) адвокатуры, поскольку само существование и деятельность адвокатского сообщества невозможны без соблюдения корпоративной дисциплины и профессиональной этики, заботы адвокатов об их чести и достоинстве, а также об авторитете адвокатуры. Этические требования выражаются в добросовестном и ответственном отношении адвоката к выполнению своих профессиональных обязанностей по подготовке и произнесению им судебной речи, в корректном поведении по отношению к другим участникам судебного процесса, в недопустимости действий и высказываний, унижающих честь и умаляющих достоинство лиц, участвующих в деле. Как правильно отмечал в свое время М.С. Строгович: «необходимой составной частью этических основ судебных прений является вдумчивое человеческое отношение к подсудимому и его судьбе, забота о законных интересах потерпевшего и других участников судопроизводства, искреннее и настойчивое желание найти правду, максимальная осмотрительность, исключающая возможность ошибки, необоснованных выводов и предложений».[2]

Нередко судебные прения сторон носят полемический, острый характер. Поэтому, выступая в суде, адвокат должен убедительно обосновывать свое изложение фактов, опровергать неправильные, с его точки зрения, доводы и соображения противной стороны, указывать на несостоятельность приводимых аргументов и т.д. В этой связи крайне нежелательно для адвоката использовать судебные прения для оскорбительных выпадов в чей-либо адрес. В свое время известный русский дореволюционный процессуалист, профессор Л.Е. Владимиров в пособии, составленном для адвокатов, призывал защитников по уголовным делам «постоянно помнить, что судебный бой не есть академический спор, и здесь целесообразно быть односторонним и пристрастным» и рекомендовал: «будьте постоянно и неуклонно несправедливы к обвинителю... Рвите речь противника в клочки и клочки эти с хохотом бросайте на ветер. Противник должен быть уничтожен весь, без остатка... Нужно осмеять соображения обвинителя – осмеивайте их! Будьте беспощадны. Придирайтесь к слову, к описке, к ошибке в слове... Это ведь не умственный диспут, а потасовка словами и доводами, потасовка грубая, как сама общественная жизнь людей».[3] Данные рекомендации Л.Е. Владимирова в моральном плане являются достаточно спорными, но и они иногда бывают полезными для адвоката, когда противной стороной откровенно и грубо нарушаются права личности. Однако в итоге они не должны дискредитировать самих участников процесса, подрывать авторитет суда, снижать воспитательное значение адвокатской деятельности. В правовом государстве правосудие немыслимо без высокой судебной культуры, которая предполагает не только безупречное поведение всех его участников, в том числе адвоката, точное и неуклонное соблюдение ими требований закона, но и служит показателем их нравственной дисциплины и достоинства.

Поэтому наполнить свою профессиональную деятельность высокой судебной культурой является прямой, очень важной обязанностью каждого адвоката, участвующего в судопроизводстве и выступающего с судебной трибуны.

Пристатейный библиографический список

1. Введенская Л.А., Павлова Л.Г., Кашаева Е.Ю. Русский язык и культура речи: учебное пособие для вузов. – Ростов-на-Дону: Феникс, 2005.
2. Владимиров Л.Е. Пособие для уголовной защиты. – СПб., 1911.
3. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1968. – Т. 1. – С. 180.

2 Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1968. – Т. 1. – С. 180.

3 Владимиров Л.Е. Пособие для уголовной защиты. – СПб., 1911. – С. 169.

Кудрявцев В.Л.

НЕКОТОРЫЕ ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ ДОПУСКА В КАЧЕСТВЕ ЗАЩИТНИКОВ АДВОКАТА И ИНЫХ ЛИЦ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В статье рассматривается ряд проблемных вопросов допуска в качестве защитников адвоката и иных лиц в уголовном судопроизводстве Российской Федерации через призму законодательства, правовые позиции Конституционного суда РФ, судебную практику и теорию.

Ключевые слова: уголовное судопроизводство, допуск в качестве защитника, адвокат, защитник, иные лица.

Kudryavtsev V.L.

SOME PROBLEM QUESTIONS OF THE ADMISSION IN QUALITY DEFENDERS OF THE ADVOCATE AND OTHER PERSONS IN THE CRIMINAL LEGAL PROCEEDINGS OF THE RUSSIAN FEDERATION

In article a number of problem questions of the admission as defenders of the advocate and other persons in criminal legal proceedings of the Russian Federation through a legislation prism, legal positions of the Constitutional Court of the Russian Federation, judiciary practice and the theory is considered.

Keywords: criminal legal proceedings, the admission as the defender, the advocate, the defender, other persons.

Законодатель, конкретизируя положения ст. 48 Конституции РФ в отраслевом законодательстве, устанавливает критерии допуска лица в качестве субъекта, который вправе оказывать квалифицированную юридическую помощь.

Установленный законодателем допуск тех или иных лиц в качестве защитников или представителей в конкретных видах судопроизводства означает, что допущенное лицо соответствует критериям квалифицированной юридической помощи, и его деятельность презюмируется законодателем как квалифицированная юридическая помощь.

Наличие или отсутствие публичных интересов является критерием, по которому законодатель определяет, необходимы или нет преимущества для адвокатов при их допуске в качестве защитников или представителей в конкретных видах судопроизводства.[1]

В уголовном судопроизводстве применительно к допуску тех или иных субъектов в качестве защитника ситуация такова: в одних случаях, когда публичный интерес присутствует, адвокат имеет преимущества при допуске в качестве защитника в досудебном производстве по уголовным делам (ч. 2 ст. 48 Конституции РФ и ч. 2 ст. 49 УПК РФ). В других случаях публичный интерес присутствует, и адвокат имеет преимущества при допуске, но осуществление (реализация) публичного интереса является обязательным условием для возможности реализации частного интереса. Это бывает тогда, когда наряду с адвокатом может быть допущено и иное лицо. В этом случае законодатель устанавливает, что по определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый (ч. 2 ст. 49 УПК РФ). В третьих случаях публичный интерес отсутствует, и адвокат не имеет никаких преимуществ при допуске. Законодатель здесь предоставляет лицу право обратиться помимо адвоката и к иным лицам при их допуске в качестве защитника при производстве у мирового судьи (ч. 2 ст. 49 УПК РФ).

Одним из первых вопрос о субъекте оказания квалифицированной юридической помощи на досудебном производстве в качестве защитника подозреваемого (обвиняемого) был поднят и разрешен в постановлении Конституционного суда РФ от 28 января 1997 г. № 2 – П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В. Абрамова».

В данном постановлении Конституционный суд РФ сформулировал свою правовую позицию таким образом, что возможность допуска в качестве защитника на предварительном следствии только лица, состоящего в коллегии адвокатов, соответствует Конституции РФ.[2]

С такой правовой позицией Конституционного суда РФ не согласилось 4 из 9 судей КС РФ. Они высказали свою точку зрения в особых мнениях судей КС РФ В.И. Олейника, Н.Т. Ведерникова, В.О. Лучина, Э.М. Аметистова. По их мнению, подозреваемые и обвиняемые вправе пользоваться

1 Кудрявцев В.Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в уголовном судопроизводстве. / Под науч. ред. В.Н. Григорьева. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 59–62.

2 «Российская газета». – 1997. – 18 февраля.

помощью не только адвокатов, но и других защитников по своему выбору, включая и частнопрактикующих юристов, не являющихся членами коллегии адвокатов.

В подтверждение своей позиции они приводили определенные аргументы, которые можно свести к трем основным положениям. Проанализируем их с позиции обоснованности.[3]

Во-первых, в экспертном заключении, данном лингвистом Института русского языка им. В.В. Виноградова Российской академии наук, в ходе судебного заседания было указано: из анализа значений слов «адвокат» и «защитник» в толковых словарях современного русского литературного языка следует, что слово «адвокат» уже по сфере употребления, так как охватывает только деятельность профессиональных юристов. Слово «защитник» – шире и относится к деятельности любого лица, занимающегося защитой или представительством чьих-либо интересов в суде, судопроизводстве. Отсюда можно сделать вывод, что, используя это слово в части 2 статьи 48, Конституция предоставляет гражданам право пользоваться юридической помощью не только адвокатов, то есть членов коллегии адвокатов, но и других защитников.

Полагаю, что предложенное соотношение понятий «адвокат» и «защитник» не учитывает заложенную законодателем специфику понимания и соотношения данных слов в контексте положений, толкуемых ч. 2 ст. 48 Конституции РФ.

Согласно ч. 2 ст. 48 Конституции РФ: «Каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) с момента соответственно задержания, заключения под стражу или предъявления обвинения».

Ведущим или основным в данной конституционной формулировке является слово «адвокат», слово же «защитник» употребляется в скобках и после него и, следовательно, носит подчиненный и уточняющий характер.

Таким образом, слово «адвокат» является ключевым в контексте понимания положений ч. 2 ст. 48 Конституции РФ.

Если взглянуть на соотношение категорий «адвокат» и «защитник» со стороны законодательства, регулирующего деятельность адвоката, ведь именно слово «адвокат» является ключевым в контексте понимания положений ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, то получится следующее.

Согласно как действовавшему на тот период времени[4] Положению об адвокатуре РСФСР от 20 ноября 1980 года: адвокат, выступая в качестве представителя или защитника, правомочен (ч. 2 ст. 15), оказывая юридическую помощь, участвовать на предварительном следствии и в суде по уголовным делам в качестве защитников, представителей потерпевших, гражданских истцов, гражданских ответчиков (ч. 1 ст. 19); так и действующему сейчас п. 5 ч. 2 ст. 2 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», адвокат, оказывая юридическую помощь, участвует не только в качестве защитника, но и в качестве представителя доверителя в уголовном судопроизводстве.

Итак, если исходить из буквального толкования вышеприведенных статей действовавшего в тот период времени Положения и действующего сейчас закона, то однозначно следует вывод, что слово «адвокат» шире по сфере употребления слова «защитник», поскольку адвокат может быть еще и представителем.

С точки зрения правил грамматического (языкового) толкования, «если законодатель с помощью легальной дефиниции или иным путем определил значение термина, то именно в этом смысле и следует его употреблять».[5]

В нашем случае законодатель четко определил значение и соотношение слов «адвокат» и «защитник», обозначив, что с его точки зрения слово «адвокат» шире по сфере употребления слова «защитник». Значит, в этом смысле и следует понимать эти слова в контексте положений ч. 2 ст. 48 Конституции РФ. Из чего следует, что только адвокат может быть на досудебном производстве по уголовному делу защитником подозреваемого (обвиняемого).

К решению данной проблемы, проблемы соотношения слов «адвокат» и «защитник» можно подойти и иначе, но это никоим образом не изменит сделанного нами вывода о соотношении рассматриваемых слов, единственное отличие – это другое средство решения проблемы.

Слова «адвокат» и «защитник» являются синонимами и это: во-первых, отражено в словарях синонимов русского языка;[6] во-вторых, вытекает

3 Несколько в ином объеме подобный вопрос был рассмотрен в работе: Кудрявцев В.Л. Адвокат-защитник или просто защитник? // Адвокат. – 2006. – № 2. – С. 51–53.

4 Времени, когда вопрос о субъекте, оказании квалифицированной юридической помощи на досудебном производстве в качестве защитника был поднят и разрешен в постановлении Конституционного суда РФ от 28 января 1997 г. № 2 – П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В. Абрамова».

5 Теория государства и права. – Екатеринбург, 1994. – Ч. 2. – С. 121.

6 Школьный словарь синонимов русского языка / Сост. А.А. Медведева. – М.: ЗАО Изд-во Центр полиграф, 2003. – С. 9, 181; Словарь синонимов русского языка. / ИЛИ РАН; Под ред. А.П. Евгеньевой. – М.: ООО «Изд-во Астрица»: ООО «Изд-во АСТ», 2004. – С. 14, 170.

из анализа этих слов по словарю русского языка С.И. Ожегова, где адвокат – юрист, которому поручается защита чьих-нибудь интересов в суде, защитник,[7] а защитник – то же, что адвокат.[8]

Придя к выводу, что слова «адвокат» и «защитник» являются синонимами, все становится на место. Поскольку, согласно правилам законодательной техники, «основная задача синонима в нормативном тексте, в том числе и законодательном – уточнение мысли нормоустановителя (законодателя). Основываясь на этом, синонимия как прием законодательной техники может использоваться как жесткое последовательное уточнение сказанного нормоустановителем. Речь идет о случаях, когда синонимирующее слово стоит вслед за уточняемым словом или выражением, как правило, в скобках».[9] Это имеет непосредственное отношение и к ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, где слово защитник стоит в скобках за словом адвокат и, соответственно, уточняет его. Из чего следует, что подозреваемые и обвиняемые вправе пользоваться помощью только адвоката, участвующего в качестве защитника на досудебном производстве.

Во-вторых, недопуск на досудебное производство других, кроме адвокатов, защитников является ограничением конституционного права самостоятельно выбирать защитника, предусмотренного ч. 2 ст. 45 Конституции РФ, когда каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. В соответствии со статьей 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Очевидно, что допуск того или иного лица, даже если оно не является членом коллегии адвокатов, в качестве защитника по уголовному делу никоим образом не способен нанести вред названным ценностям.

Допуск на досудебное производство только адвоката в качестве защитника установлен ч. 2 ст. 48 Конституции РФ. В ч. 3 ст. 55 Конституции РФ речь же идет о том, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены только федеральным законом. Конституция РФ не относится к федеральному закону, кроме того, она выше по юридической силе в иерархии нормативных правовых актов. Поэтому применение к ч. 2 ст. 48 Конституции РФ положений ч. 3 ст. 55 Конституции РФ является неправомерным. Что же касается права выбора, то Конституция РФ и уголовно-процессуальное законодательство как РСФСР, действовавших в тот период времени, так и Российской Федерации, действующих сейчас, позволяют подозреваемому (обвиняемому) на досудебном производстве выбрать себе защитника среди адвокатов.

В-третьих, подлинные намерения авторов Конституции в данном случае можно уяснить из материалов Конституционного Совещания 1993 года, на котором разрабатывался и обсуждался проект ныне действующей Конституции Российской Федерации.

Так в ходе Конституционного Совещания неоднократно предпринимались попытки внести в проект нынешней статьи 48 поправки, имевшие целью сузить круг лиц, оказывающих юридическую помощь, только членами коллегии адвокатов. Все эти поправки были отклонены в связи с тем, что их принятие, как указывалось на Совещании, привело бы к созданию «закрытых профсоюзов» для адвокатов, лишающих практики тех, кто не вступил в коллегию, создающих «монопольное право» адвокатов оказывать юридическую помощь. При этом участники Конституционного Совещания подчеркивали, что допуск на стадии предварительного следствия только представителей коллегии адвокатов существенно ущемляет права граждан, и что, напротив, представленный проект обсуждаемой статьи (позволявший допускать на этой стадии участие других лиц) отвечает принципу свободного выбора защитника.[10] Кроме того, «главное, – говорил один из представителей органов государственной власти субъектов Российской Федерации на Совещании, – то, чтобы у человека при осуществлении его права на защиту был выбор независимого защитника по его убеждению. Не всегда существующие адвокатские структуры независимы от органов власти, и поэтому предоставление альтернативы для человека: обратиться в коллегию адвокатов, в «Союз юристов» или к частному юристу, защитнику – это реализация в полной мере его права на осуществление защиты».[11]

Никто не отрицает, что подобные изложенные выше намерения были, но были-то они лишь у определенной части участников Конституционного совещания, что явно оказалось недостаточно для

7 Ожегов С.И. Словарь русского языка: ОК. 57 000 слов / Под ред. докт. филол. наук, проф. Н.Ю. Шведовой. – 14-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз., 1982. – С. 22.

8 Там же. – С. 203.

9 Законодательная техника: научно-практическое пособие. – М.: Городец, 2000. – С. 152.

10 Конституционное Совещание. Стенограммы, материал, документы. 29 апреля – 10 ноября 1993 г. – Т. 4. – С. 16–17, 110–116; Т. 19. – С. 56.

11 Там же. – Т. 4. – С. 115.

принятия нужного им решения, поскольку ч. 2 ст. 48 Конституции РФ четко и однозначно указывает на адвоката-защитника как на единственного субъекта оказания квалифицированной юридической помощи подозреваемому (обвиняемому) на досудебном производстве, и в этом, как мы убедились выше, нет никаких сомнений.

Таким образом, анализ основных положений особых мнений судей Конституционного суда РФ приводит к однозначному выводу, что их позиция не нашла своего подтверждения в ходе проведенного исследования, и, соответственно, участие в качестве защитника только адвоката на досудебном производстве является правомерным и соответствующим положению ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, как было верно отражено в постановлении Конституционного суда РФ от 28 января 1997 г. № 2 – П.

На подобном выводе можно было бы остановиться, если бы Конституционный суд РФ не высказал несколько иную правовую позицию по этому вопросу в ряде своих решений.

Согласно абз. 4 п. 2 Определения Конституционного суда РФ от 10 апреля 2002 г. № 105-О «По запросу Благовещенского городского суда Амурской области о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР», «то обстоятельство, что статья 48 (часть 2) Конституции Российской Федерации не называет другие, помимо адвокатов, категории лиц, помощью которых в качестве защитника вправе пользоваться задер-жанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления, не исключает конкре-тизацию этой нормы путем закрепления в отраслевом (уголовно-процессуальном) законодательстве возможности допуска в качестве защитника обвиняемого по его просьбе лиц, не являющихся профессиональными адвокатами».[12] В таком случае «только законодатель вправе при условии обеспе-чения каждому обвиняемому (подозреваемому) права на получение квалифицированной юриди-ческой помощи и в интересах правосудия в целом предусмотреть возможность допуска в качестве защитников иных, помимо адвокатов, избранных самим обвиняемым лиц…».[13] Ведь «сама Конституция Российской Федерации не содержит указаний на критерии, соблюдение которых свидетельствует о должном уровне квалификации лиц, оказывающих гражданам юридическую помощь; их определение для лиц, допускаемых к оказанию юридической помощи по уголовным делам в качестве защитника подозреваемых и обвиняемых, относится к компетенции законодателя».[14]

Позволю себе не согласиться с этим и разобраться в этой проблеме.

Полагаю, что ч. 2 ст. 48 Конституции РФ прямо называет критерий, соблюдение которого свидетельствует о должном уровне квалификации лица, оказывающего гражданам юридическую помощь и допускаемого к оказанию юридической помощи по уголовным делам в качестве защитника подозреваемого и обвиняемого – это критерий статуса субъекта – статус адвоката, выступающего в качестве защитника,[15] что и находит непосредственное отражение в отраслевом уголовно-процессуальном законодательстве, в ч. 2 ст. 49 УПК РФ.

Подтверждение этому можно найти в ряде правовых позиций Конституционного суда РФ.

Вот, например, такая правовая позиция Конституционного суда РФ, которую он формулирует в п. 3 Определения Конституционного суда Российской Федерации от 5 декабря 2003 г. № 446-О. В ней он отмечает, что: «В соответствии со статьей 48 Конституции Российской Федерации каждому гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи (часть 1); каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника) (часть 2). Из приведенных конституционных норм в их взаимосвязи вытекает, в частности, что применительно к подозреваемым и обвиняемым Конституция Российской Федерации связывает реализацию права на получение квалифицированной юридической помощи именно с помощью адвоката. Данный подход нашел свое закрепление в статье 49 УПК Российской Федерации».[16]

12 Вестник Конституционного суда РФ. – 2002. – № 6.

13 Абз. 4 п. 4 Постановления Конституционного суда РФ от 28 января 1997 г. № 2 – П «По делу о проверке конституционности части четвертой статьи 47 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.В. Антипова, Р.Л. Гитиса и С.В. Абрамова» // «Российская газета», 18 февраля 1997.

14 П. 2.1. Определения Конституционного суда РФ от 15.11.2007 № 928-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы граждан Зимичевой Веры Николаевны и Реканта Анатолия Абрамовича на нарушение их конституционных прав частью второй статьи 49 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс». Документ опубликован не был.

15 См. более подробно об этом: Кудрявцев В.Л. Проблемы оказания квалифицированной юридической помощи в уголовном судопроизводстве в контексте правовых позиций Конституционного суда Российской Федерации // Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса: Сб. материалов международной научной конференции. – Санкт-Петербург, 30–31 октября 2009 г. /Сост. К.Б. Калиновский. – Санкт-Петербург: Северо-Западный филиал Российской академии правосудия, 2010. – С. 165–166.

16 П. 3 Определения Конституционного суда РФ от 5 декабря 2003 г. № 446-О «По жалобам граждан Л.Д. Вальдмана, С.М. Григорьева и региональной общественной организации «Объединение вкладчиков «МММ» на нарушение конституционных прав и свобод рядом положений Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации и Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»» // Вестник Конституционного суда РФ. – 2004. – № 3.

А вот и сформулированная несколько иным образом правовая позиция Конституционного суда РФ, но с тем же смыслом. Как следует из абз. 3. п. 3 Определения Конституционного суда РФ от 5 февраля 2004 г. № 25-О, «Согласно статье 48 (часть 1) Конституции Российской Федерации, каждому гражданину гарантируется право на получение квалифицированной юридической помощи. В части 2 той же статьи указывается, что каждый задержанный, заключенный под стражу, обвиняемый в совершении преступления имеет право пользоваться помощью адвоката (защитника). Таким образом, Конституция Российской Федерации гарантирует право на получение квалифицированной юридической помощи в лице адвоката для подозреваемых и обвиняемых, а не для иных участников уголовного судопроизводства, что нашло свое закрепление в статье 49 УПК Российской Федерации…; в качестве защитников допускаются адвокаты».[17]

Итак, перечисленные правовые позиции Конституционного суда РФ однозначно свидетельствуют о том, что с точки зрения ч. 2 ст. 48 Конституции РФ подозреваемые (обвиняемые) вправе пользоваться помощью только адвоката, участвующего в качестве защитника в досудебном производстве, и это положение в полной мере нашло свое отражение в ст. 49 УПК РФ. Из этого следует: чтобы произвести изменения в отраслевом (уголовно-процессуальном) законодательстве – ст. 49 УПК РФ, как указывалось выше в одной из перечисленных правовых позиций Конституционного суда РФ в абз. 4 п. 2 Определения Конституционного суда РФ от 10 апреля 2002 г. № 105-О, необходимо вначале внести изменения в положения ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, а уже потом вносить изменения в отраслевом (уголовно-процессуальном) законодательстве.

Изменить же положения ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, входящих в главу 2 Конституции РФ, можно будет, только пересмотрев саму Конституцию, разработав и приняв проект новой Конституции РФ в порядке особой процедуры, предусмотренной ст. 135 Конституции РФ. На это, безусловно, никто сегодня не пойдет. Да и время принятия новой Конституции РФ еще не наступило. А раз нет изменений в Конституции РФ, значит, нет изменений и в УПК РФ.

Таким образом, возможность допуска в качестве защитников иных, помимо адвокатов, избранных самим обвиняемым лиц или иначе лиц, не являющихся профессиональными адвокатами, при условии обеспечения каждому обвиняемому (подозреваемому) права на получение квалифицированной юридической помощи и в интересах правосудия в целом путем изменений в законодательстве пока носит декларативный характер. Хотя со временем, возможно, ситуация изменится, но до этих пор однозначно только адвокат будет участвовать на досудебном производстве в качестве защитника.

Сама же по себе приведенная выше правовая позиция Конституционного суда РФ в абз. 4 п. 4 Постановления Конституционного суда РФ от 28 января 1997 г. № 2-П, с возможностью допуска в качестве защитников иных, помимо адвокатов, избранных самим обвиняемым лиц будет означать, что государство тем самым, по существу, не предъявляет особых требований к качеству предоставляемой юридической помощи и, следовательно, не видит необходимости защиты соответствующих публичных интересов и, соответственно, не гарантирует ее надлежащий уровень, а потому не вправе возлагать обязанность выбирать в качестве защитников только адвокатов.

Тем не менее, и это является превалирующим сегодня, «участие в качестве защитника в ходе предварительного расследования дела любого лица по выбору подозреваемого или обвиняемого, согласно п. 3 Постановления Конституционного суда РФ от 28 января 1997 г. № 2-П, может привести к тому, что защитником окажется лицо, не обладающее необходимыми профессиональными навыками, что несовместимо с задачами правосудия и обязанностью государства гарантировать каждому квалифицированную юридическую помощь».[18]

То, что только адвокат выступает в качестве защитника подозреваемого (обвиняемого), в ходе предварительного расследования закономерно, потому что «гарантируя подозреваемому и обвиняемому указанные права (права, предусмотренные ст. 2; ч. 1 ст. 45 и ст. 48 Конституции РФ – разн. моя – В.К.), Конституция Российской Федерации исходит из особого статуса данных субъектов уголовно-процессуальных отношений и необходимости установления дополнительных гарантий защиты их прав и законных интересов»,[19] как раз в качестве одной из подобных гарантий защиты прав и законных интересов подозреваемых (обвиняемых) выступает,

17 Абз. 3. п. 3 Определения Конституционного суда РФ от 5 февраля 2004 г. № 25-О «По жалобе гражданки Ивкиной Валентины Оноприевны на нарушение ее конституционных прав частью первой статьи 45 и статьей 405 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного суда РФ. – 2004. – № 6.

18 «Российская газета», 18 февраля 1997.

19 Абз. 2 п. 2.1. Определения Конституционного суда РФ от 15.11.2007 № 924-О-О «По жалобе гражданина Козлова Дмитрия Борисовича на нарушение его конституционных прав пунктом 13 части четвертой статьи 47, пунктом 1 части второй статьи 75, частью первой статьи 285 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации и пунктом 1 части первой статьи 6 Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» // СПС «Консультант Плюс». Документ опубликован не был.

согласно ч. 2 ст. 48 Конституции РФ, адвокат (защитник). И это правильно, поскольку «…критерии (критерии, соблюдение которых свидетельствует о должном уровне квалификации лиц, оказывающих гражданам юридическую помощь – разн. моя – В.К.) установлены в Федеральном законе «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»…»,[20] то есть имеют непосредственное отношение только к адвокату.

Существующая правоприменительная практика, в том числе и Верховного суда РФ, исходит из того положения, что, с одной стороны, на досудебном судопроизводстве может участвовать в качестве защитника только адвокат, участие же иного лица в качестве защитника признается нарушением права обвиняемого на защиту. А с другой – наоборот, недопуск на досудебном судопроизводстве иного лица или близкого родственника в качестве защитника не признается нарушением права на защиту. Вот и примеры тому.

Так прокурор по делу Жаковой посчитал, что ее право на защиту не нарушено, так как ее защитником был П., которого к участию в деле просила допустить сама обвиняемая, не желая иметь в качестве защитников адвокатов из юридической консультации. Судебная коллегия по уголовным делам Верховного суда РФ указала, что лицо, не являющееся адвокатом, может быть допущено в качестве защитника лишь по определению суда или постановлению судьи. Таким образом, суд обоснованно сделал вывод о нарушении права обвиняемого на защиту на предварительном следствии в связи с тем, что для защиты было привлечено ненадлежащее лицо.[21]

В постановлении Президиума Верховного суда РФ № 17-П07 отмечено, что отказ в удовлетворении ходатайства обвиняемого о допуске его жены к участию в деле в качестве адвоката не признан нарушением права на защиту.

По данному делу адвокат осуществлял защиту Р. с момента предъявления обвинения. Участие в деле иного лица или близкого родственника в качестве защитника в стадии досудебного производства законом не предусмотрено.

По смыслу ст. 47 УПК РСФСР и ст. 49 УПК РФ указанные лица могут быть допущены наряду с адвокатом в качестве защитников лишь по определению и постановлению суда, т.е. в стадии судебного производства.[22]

В связи с изложенным нельзя согласиться с позицией, что трудно усмотреть гарантию прав обвиняемого на защиту в том, что на предварительном следствии в качестве защитника допускаются лишь адвокаты.[23]

Таким образом, с точки зрения положений Конституции РФ, УПК РФ, ряда правовых позиций Конституционного суда и судебной правоприменительной практики, однозначно следует сделать вывод, что на предварительном следствии только адвокат может участвовать в качестве защитника подозреваемого (обвиняемого).

Исходя из подобного вывода, вытекает, что не может идти и речи о том, как считают в литературе, что наряду с адвокатами на предварительном следствии могут участвовать в качестве защитников один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый.[24]

Итак, на досудебном производстве в качестве защитника подозреваемого, обвиняемого может участвовать только адвокат.

Но если на досудебном производстве в качестве защитника подозреваемого (обвиняемого) может быть только адвокат, то в судебном разбирательстве по определению или постановлению суда в качестве защитника могут быть допущены наряду с адвокатом один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый (ч. 2 ст. 49 УПК РФ).

При этом адвокатам, участвующим в ходе судебного разбирательства, следует помнить, что участие в судебном заседании лица, допущенного в качестве защитника вместе (наряду – разн. моя – В.К.) с адвокатами, не может заменить собой участия в деле самих адвокатов и не свидетельствует об обеспечении права на получение

20 Абз 3 п. 2 Определения Конституционного суда РФ от 5.02.2009 № 277-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хайрутдинова Ильдара Магарифовича на нарушение его конституционных прав подпунктом 5 пункта 1 статьи 7 и подпунктом 4 пункта 2 статьи 30 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – 2009. – № 4.

21 Бюллетень Верховного суда РФ. – 1999. – № 1.

22 Обзор судебной практики Верховного суда Российской Федерации за 4 квартал 2007 года // Бюллетень Верховного суда РФ. – 2008. – № 5. – С. 20.

23 Бозров В.М. Действующий УПК ограничивает право обвиняемого на защиту // Российская юстиция. – 1999. – № 12. – С. 25; Громов Н.А., Курушин С.А. Гарантии права на защиту обвиняемого в досудебных стадиях по УПК РФ: Учебно-практическое пособие. – М., 2005. – С. 80; Шухардин В.В. Сравнительный анализ правового положения защитника-адвоката и непрофессионального защитника в уголовном процессе // Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве. Материалы международной научно-практической конференции. – М.: МАЭП, 2011. – С. 503, 507.

24 Леви А.А., Игнатьева М.В., Капица Е.И. Особенности предварительного расследования преступлений, осуществляемого с участием адвоката. – М.: Юрлитинформ, 2003. – С. 18; Козлов А.М. Конституционное право на защиту в уголовном судопроизводстве: спорные вопросы практики // Журнал российского права. – 2004. – № 5. – С. 58–62; Гуляев А., Купрейченко С. Обретение статуса защитника на стадии предварительного расследования // Уголовное право. – 2007. – № 2. – С. 83; Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство. – М.: Юристъ, 2007. – С. 380.

квалифицированной юридической помощи.[25] Кроме того, вопрос о допуске наряду с адвокатом одного из близких родственников обвиняемого или иного лица, о допуске которого ходатайствует обвиняемый, возможен только судом, в производстве которого находится уголовное дело. Так по приговору суда Липатов, Котин, Ладонкин и другие осуждены по ч. 2 ст. 209, п. «а» ч. 3 ст. 162 УК РФ.

После вынесения приговора в адрес председателя суда поступили ходатайства осужденных Липатова, Котина и Ладонкина о допуске в качестве защитников при рассмотрении дела в кассационной инстанции своих матерей, соответственно Липатовой, Котиной и Егоркиной.

Судья, под председательством которого было рассмотрено уголовное дело, постановлениями от 26 января 2004 г. эти ходатайства удовлетворил и допустил Липатову, Котину, Егоркину в качестве защитников вышеназванных осужденных при рассмотрении дела в кассационной инстанции – Верховном суде РФ.

Судебная коллегия по уголовным делам Верховного суда РФ указанные постановления отменила, поскольку по смыслу ст. 49 УПК РФ вопрос о допуске защитников разрешает суд, в производстве которого находится дело.

Таким образом, вынося постановления о допуске в качестве защитников матерей осужденных при рассмотрении дела в кассационной инстанции – Верховном суде Российской Федерации, судья областного суда вышел за пределы своих полномочий.[26]

При производстве у мирового судьи, согласно ч. 2 ст. 49 УПК РФ, указанное лицо (один из близких родственников обвиняемого или иное лицо, о допуске которого ходатайствует обвиняемый – разн. моя – В.К.) допускается и вместо адвоката.

Действительно, когда у «адвоката нет преимуществ, закрепленных законом, то в остальных случаях лицу, которому необходима квалифицированная юридическая помощь, должна быть предоставлена свобода выбора своего представителя (или защитника – разн. моя – В.К.), будет ли это адвокат, иное лицо, обладающее или не обладающее специальными познаниями в области права».[27]

Несмотря на то, что законодатель не предъявляет каких-либо особых требований к «иным лицам», например, не обязательно наличие юридического образования, тем не менее, по мнению обратившегося, именно это иное лицо должно быть способно оказать ему квалифицированную юридическую помощь.[28]

Вместе с тем то, что с точки зрения законодательства, в том числе и уголовно-процессуального, «иное лицо», допущенное для оказания квалифицированной юридической помощи, может и не иметь юридического образования, находится в противоречии, во-первых, с Концепцией судебной реформы в РСФСР, согласно которой квалифицированную юридическую помощь могут оказывать только юристы, отвечающие определенным повышенным требованиям, то есть имеющие статус адвоката (к ним предъявляются самые высокие требования) либо юристы, получившие лицензию на оказание юридической помощи (часть 8 «Адвокатура и оказание юридической помощи» Раздел 4 Основные идеи и мероприятия судебной реформы);[29] во-вторых, с этимологической характеристикой категории «квалифицированная», предполагающей субъектов, имеющих высокую квалификацию, опыт либо труд которых требует специальных знаний.[30] Это означает, что квалифицированную юридическую помощь, на что неоднократно указывали в литературе, могут оказывать только лица, имеющие специальные знания в области права, то есть юристы и, соответственно, как минимум обязательно имеющие высшее юридическое образование.[31] Ну и, наконец, в-третьих, оказание юридических услуг любыми лицами, вне каких бы то ни было профессиональных стандартов, нарушает конституционные нормы о правовом государстве, равенстве граждан и квалифицированной юридической помощи.[32]

25 Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда РФ от 1 октября 2007 г. № 48-О07-73 // Бюллетень Верховного суда РФ. – 2008. – № 7. – С. 28.

26 Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного суда РФ № 16-О04-17 по делу Липатова и др. // Бюллетень Верховного суда РФ. – 2005. – № 4. – С. 21.

27 Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России: дис. … докт. юрид. наук. – М., 2002. – С. 136–137; Смагин Г.А. Конституционно-правовые вопросы оказания юридической помощи в Российской Федерации: дис. … канд. юрид. наук. – М., 2003. – С. 59–60.

28 Кудрявцев В.Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в уголовном судопроизводстве. / Под науч. ред. В.Н. Григорьева. – С. 64–67.

29 Концепция Судебной реформы в РСФСР. / Сост. С.А. Пашин. – М.: Республика, 1992. – С. 67–69.

30 Ожегов С.И. Словарь русского языка: ОК. 57 000 слов. / Под ред. докт. филол. наук, проф. Н.Ю. Шведовой. – 14-е изд., стереотип. – С. 241.

31 Мельниченко Р.Г. Конституционное право на юридическую помощь: дис. … канд. юрид. наук. – Волгоград, 2001. – С. 47; Невская О.В. Что такое квалифицированная юридическая помощь? // Адвокат. – 2004. – № 11. – С. 39; Кручинин Ю.С. Страхование профессиональной имущественной ответственности адвокатов. // Организация оказания юридической помощи адвокатом. // Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность. Часть 1: учебник / под ред. И.Л. Трунова. – М.: Эксмо, 2006. – С. 384, 385; Шаров Г.К. К вопросу об особенностях договора на оказание юридической помощи // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – 2007. – № 2 (16). – С. 157–158.

32 Резник Г.М. К вопросу о конституционном содержании понятия «квалифицированная юридическая помощь» // Адвокат. – 2007. – № 4. – С. 26.

В ответ на подобные противоречия можно указать на то, что в ряде своих правовых позиций Конституционный суд РФ фактически объясняет позицию законодателя в вопросе о допуске для оказания квалифицированной юридической помощи «иных лиц», в том числе и не имеющих юридического образования. Так «лишение лиц права обратиться помимо адвоката к другим лицам, способным, как они полагают, оказать квалифицированную юридическую помощь, фактически привело бы к понуждению их использовать только один способ защиты, что не согласуется со статьей 45 (часть 2) Конституции Российской Федерации; такое ограничение вопреки статье 48 (часть 1) Конституции Российской Федерации значительно сузило бы возможности свободно выбирать способ защиты своих интересов, а также право на доступ к правосудию, что гарантировано статьей 46 (часть 1) Конституции Российской Федерации».[33] И это закономерно, ведь необходимо «обеспечивать баланс публичных интересов и прав и законных интересов лица при выборе представителя для судебной защиты, не допуская несоразмерного ограничения как права на судебную защиту, так и права на получение квалифицированной юридической помощи» и далее: «законодатель вправе предусмотреть преимущества для адвокатов при допуске их в качестве представителей в суде, если необходимость таких преимуществ обусловлена публичными интересами, что, например, имеет место в уголовном судопроизводстве в отношении представителей обвиняемого (Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 28 января 1997 года)».[34]

Таким образом, с точки зрения Конституционного суда РФ допуск законодателем для оказания квалифицированной юридической помощи «иных лиц», в том числе и не имеющих юридического образования объясняется возможностью обеспечивать баланс публичных интересов и прав и законных интересов лица при выборе представителя для судебной защиты, не допуская несоразмерного ограничения как права на судебную защиту, так и права на получение квалифицированной юридической помощи, если нет публичных интересов, обусловливающих преимущества для адвокатов.

И все же именно адвокату законодатель отводит особую роль и место среди субъектов, выступающих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве,[35] что определяется его статусом, обусловленным тем, что:

– адвокат (защитник) является субъектом конституционной обязанности по оказанию доверителю квалифицированной юридической помощи (ст. 48 Конституции РФ, ч. 1 ст. 1 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации») в уголовном судопроизводстве, что накладывает на него дополнительные обязанности по сравнению с иными субъектами. Дополнительные обязанности устанавливает не только УПК РФ, но и ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», Кодекс профессиональной этики адвоката. Так, например, адвокат не вправе отказаться от принятой на себя защиты подозреваемого, обвиняемого (ч. 7 ст. 49 УПК РФ; п. 6 ч. 4 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»; ч. 2 ст. 13 Кодекса профессиональной этики адвоката). Кроме того, согласно ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», адвокат не вправе: а) занимать по делу позицию вопреки воле доверителя, за исключением случаев, когда адвокат убежден в наличии самооговора доверителя (п. 3 ч. 4 ст. 6); б) делать публичные заявления о доказанности вины доверителя, если тот ее отрицает (п. 4 ч. 4 ст. 6). Данным положениям корреспондируются соответственно п. 2 и 3 ч. 1 ст. 9 Кодекса профессиональной этики адвоката;

– адвокат (защитник) является единственным субъектом оказания квалифицированной юридической помощи на досудебном производстве по уголовному делу, а в ходе судебного разбирательства – основным (ч. 2 ст. 48 Конституции, ч. 2 ст. 49 УПК РФ). Тем самым он находится в привилегированном положении по сравнению с иными субъектами. Так адвокат допускается к участию в уголовном деле в качестве защитника в упрощенном порядке, согласно ч. 4 ст. 49 УПК РФ, по предъявлении удостоверения адвоката и ордера.

33 Подобная правовая позиция нашла отражение в абз. 8 п. 3 Постановления Конституционного суда РФ от 16 июля 2004 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Государственного собрания – Курултая республики Башкортостан, губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан» // «Российская газета», 27 июля 2004.

34 Абз. 6 п. 2 Постановления Конституционного суда РФ от 16 июля 2004 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности части 5 статьи 59 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросами Государственного собрания – Курултая республики Башкортостан, губернатора Ярославской области, Арбитражного суда Красноярского края, жалобами ряда организаций и граждан» // «Российская газета», 27 июля 2004.

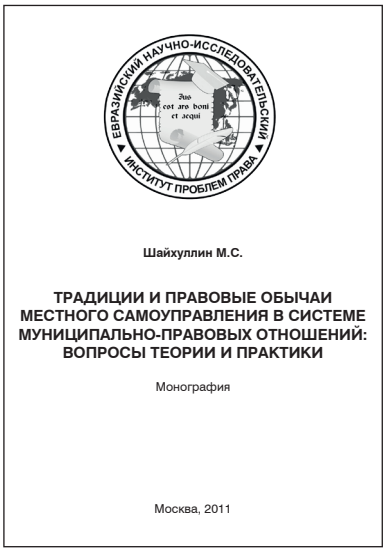
35 Кудрявцев В.Л. Роль и место адвоката среди субъектов, выступающих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве // Адвокатская практика. – 2008. – № 3. – С. 20–22; Кудрявцев В.Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в российском уголовном судопроизводстве: теоретические основы и проблемы обеспечения: Автореф. дис. д-ра юрид. наук. – М., 2008. – С. 28–30.

Пристатейный библиографический список

1. Бозров В.М. Действующий УПК ограничивает право обвиняемого на защиту // Российская юстиция. – 1999. – № 12.
2. Громов Н.А., Курушин С.А. Гарантии права на защиту обвиняемого в досудебных стадиях по УПК РФ: учебно-практическое пособие. – М., 2005.
3. Гуляев А., Купрейченко С. Обретение статуса защитника на стадии предварительного расследования // Уголовное право. – 2007. – № 2.
4. Козлов А.М. Конституционное право на защиту в уголовном судопроизводстве: спорные вопросы практики // Журнал российского права. – 2004. – № 5.
5. Концепция Судебной реформы в РСФСР. / Сост. С.А. Пашин. – М.: Республика, 1992.
6. Кручинин Ю.С. Страхование профессиональной имущественной ответственности адвокатов // Организация оказания юридической помощи адвокатом. // Адвокатская деятельность и адвокатура в России. Введение в специальность. – Часть 1: учебник / под ред. И.Л. Трунова. – М.: Эксмо, 2006.
7. Кудрявцев В.Л. Адвокат-защитник или просто защитник? // Адвокат. – 2006. – № 2.
8. Кудрявцев В.Л. Роль и место адвоката среди субъектов, выступающих в качестве защитников в уголовном судопроизводстве // Адвокатская практика. – 2008. – № 3.
9. Кудрявцев В.Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в уголовном судопроизводстве. / Под науч. ред. В.Н. Григорьева. – М.: Юрлитинформ, 2008.
10. Кудрявцев В.Л. Реализация конституционно-правового института квалифицированной юридической помощи в деятельности адвоката (защитника) в российском уголовном судопроизводстве: теоретические основы и проблемы обеспечения: Автореф. дис. д-ра юрид. наук. – М., 2008.
11. Кудрявцев В.Л. Проблемы оказания квалифицированной юридической помощи в уголовном судопроизводстве в контексте правовых позиций Конституционного суда Российской Федерации // Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса: сб. материалов международной научной конференции. – Санкт-Петербург, 30–31 октября 2009. / Сост. К.Б. Калиновский. – Санкт-Петербург: Северо-Западный филиал Российской академии правосудия, 2010.
12. Кучерена А.Г. Роль адвокатуры в становлении гражданского общества в России: дис. … докт. юрид. наук. – М., 2002.
13. Леви А.А., Игнатьева М.В., Капица Е.И. Особенности предварительного расследования преступлений, осуществляемого с участием адвоката. – М.: Юрлитинформ, 2003.
14. Мельниченко Р.Г. Конституционное право на юридическую помощь: дис. … канд. юрид. наук. – Волгоград, 2001.
15. Невская О.В. Что такое квалифицированная юридическая помощь? // Адвокат. – 2004. – № 11.
16. Ожегов С.И. Словарь русского языка: ОК. 57 000 слов. / Под ред. докт. филол. наук, проф. Н.Ю. Шведовой. – 14-е изд., стереотип. – М.: Рус. яз., 1982.
17. Резник Г.М. К вопросу о конституционном содержании понятия «квалифицированная юридическая помощь» // Адвокат. – 2007. – № 4.
18. Словарь синонимов русского языка. / ИЛИ РАН; Под ред. А.П. Евгеньевой. – М.: ООО «Изд-во Астрица»: ООО «Изд-во АСТ», 2004.
19. Смагин Г.А. Конституционно-правовые вопросы оказания юридической помощи в Российской Федерации: дис. … канд. юрид. наук. – М., 2003.
20. Стецовский Ю.И. Адвокатура и государство. – М.: Юристъ, 2007.
21. Теория государства и права. – Екатеринбург, 1994. – Ч. 2.
22. Шаров Г.К. К вопросу об особенностях договора на оказание юридической помощи // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – 2007. – № 2 (16).
23. Школьный словарь синонимов русского языка. / Сост. А.А. Медведева. – М.: ЗАО Изд-во Центр полиграф, 2003.
24. Шухардин В.В. Сравнительный анализ правового положения защитника-адвоката и непрофессионального защитника в уголовном процессе // Охрана прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве. Материалы международной научно-практической конференции. – М.: МАЭП, 2011.

Шайхуллин М.С. Традиции и правовые обычаи местного самоуправления в системе муниципально-правовых отношений: вопросы теории и практики: Монография. – Москва.: Евразийский научно-исследовательский институт проблем права, 2011. – 208 с.

В работе исследованы роль, содержание и юридическое значение российских традиций и правовых обычаев местного самоуправления в системе муниципально-правовых отношений. Выявлены отличительные особенности традиций местного самоуправления от иных смежных правовых понятий и категорий. Обозначены позитивные свойства традиций и правовых обычаев местного самоуправления. Показаны отдельные традиции и правовые обычаи местного управления и самоуправления в дореволюционной России, социалистические традиции и обряды в деятельности местных советов СССР. Предложены способы нейтрализации негативных традиций в системе организации и деятельности муниципальных органов власти в современной России.



Ващенко Ю.С.

ТЕХНИКА ЮРИДИЧЕСКОЙ РЕЧИ И ТЕКСТА В СУДЕБНОЙ ЛИНГВИСТИКЕ (В ПОМОЩЬ ПРАКТИКУЮЩЕМУ ЮРИСТУ)

В предложенной статье содержатся теоретический и практический подходы восприятия и донесения смыслов правовых установлений в зале судебного заседания, даются практические рекомендации.

Ключевые слова: судебная лингвистика, коммуникация, судебно-лингвистический анализ текста.

Vashchenko Yu.S.

EQUIPMENT OF LEGAL SPEECH AND THE TEXT IN JUDICIAL LINGUISTICS (FOR THE AID TO THE PRACTISING LAWYER)

In offered article the theoretical and practical approach of perception and the report of senses of legal establishments occur in a hall of judicial session, practical recommendations are given.

Keywords: judicial linguistics, communication, judicial and linguistic analysis of the text.

Поскольку в основе процессуального права заложен принцип состязательности, а «правосудие осуществляется на языке доступном и понятном» (см. ст. 9 ч. 12 ГПК), становится ясным содержание мотива поведения сторон, протекающих в форме процессуального противоборства, интересы которых, как правило, диаметрально противоположны. Отсюда доказательства и доказывание, и цель тесно связаны друг с другом, т.к. доказывание уточняет те средства, с помощью которых может быть реализована сама цель. По сути, интерпретируя тот или иной факт, каждая из сторон стремится довести и навязать свою волю другой стороне, убедить в своей правоте суд, и все это происходит в ситуации потенциального конфликта. Несмотря на то, что суд руководствуется «буквой и духом» закона, он в своих судебных решениях демонстрирует крайние позиции, т.е. по существу признает правоту одной из сторон, участвующих в процессе.

Конечно, в силу принципа отделения судебной власти от законодательной, решения судов должны быть только применением общих, абстрактных норм, установленных законодателем, к частным случаям жизни. Поэтому судья, ограничиваясь «механическим приложением» закона к жизни, должен при всяком сомнении смысла законодательного установления обращаться за разъяснением к законодателю, что практически у нас никто из судей не делает. Как правило, смотрят судебную практику Верховного суда Российской Федерации по конкретным делам. Тем не менее, в последнее время набирает силу судебное толкование.

Стоявший у истоков отечественного толкования права профессор Е.В. Васьковский в одной из своих работ еще в 1902 году проводит мысль о том, что судья обязан руководствоваться не буквой закона, но выраженным в нем смыслом, установление которого и является целью процесса толкования закона.[1] Но что очевидно для ученого, иногда забывается практикующими юристами: о «возможности расхождения буквы закона с буквальной формулировкой законодательного текста и вложенным в него смыслом»;[2] о приоритете реального смысла перед буквальным, который выражен в законе. Поэтому когда реальный смысл не нашел отражения в тексте (конечно, это просчет и недоработка законодателя), не надо руководствоваться буквальным прочтением закона, подразумевая смысл, который не выражен в законодательном тексте. И выходить за границы действующей нормы, как бы корректируя (подправляя) закон. Уже в ходе судебного разбирательства стороны с учетом аргументов и приведенных доказательств стараются убедить в своей правоте суд. Прения сторон подкреплены фактами и нередко эмоциями взаимных упреков и обвинений. Наблюдая процесс изнутри, одни участники увидят в этом честную «борьбу», в которой каждый старается осилить другого, а другие – банальную «ссору», сопровождающуюся взаимной перебранкой и враждой, когда выяснения заканчиваются «дракой». И такое можно увидеть. В любом случае, когда мы участвуем в споре (судебных прениях), то в судебной функционирующей языковой семантике важную роль играет качественно-признаковый ореол. Ведь если мы говорим, то для нас и для всех слушающих зачастую важны не столько юридические дефиниции, сколько оценки, суждения, которые характеризуют наши представления о понятиях и передают наше отношение к ним. Я уже не говорю об интонации, которая включает в себя мелодику, ритм, интенсивность, темп, тембр, включая и логическое ударение[3] говорящего. Так

1 Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. – М.: «Центр ЮрИнформ», серия «Научное наследие», 2002. – С. 33.

2 Там же. – С. 35.

3 См. у О.С. Ахмановой Словарь лингвистических терминов. – М.: Изд. Сов. энциклопедия, 1966. – С. 180–181.

при перемещении логического ударения с одного слова на другое может резко измениться смысл всей фразы (Помните классическое: казнить/нельзя/помиловать?). А язык жестов, который с головой выдает участвующих в судебных прениях. В то же время язык судопроизводства так же глубок, сложен и укоренен в своем жанре, где каждый из участников процесса оперирует особой лексикой, основу которого составляют термины со специфическим синтаксисом. Вот с лексики мы и начнем.

Если ориентироваться только на те определения, о которых мы писали выше, то различия между «дракой» и «борьбой» кажутся незначительными. В конце концов, драка тоже рукопашная схватка, в которой каждый старается победить соперника. Но в речи мы никогда не допустим замены этих слов одно на другое, например, в выражении – «в борьбе за истину участники процесса вели жаркую полемику, поссорились, и спор перешел в драку». Мы не станем подменять их близостью смыслового выражения. Есть план выражения: одно слово эмоционально окрашено – «драка» и тяготеет к разряду просторечных, «борьба» – к официально-деловому стилю. Хотя это вовсе не мешает нам их сблизить, они взаимообусловлены общностью их происхождения. Также мы чувствуем, что кроме понятийных значений здесь есть что-то еще. Для нас борьба – это нечто возвышенное, благородное, слово из высокой лексики, а драка – просторечное, указывает на стилистическую сниженность выражения. Иначе говоря, у этих слов при сходстве понятийных ядер резко различны качественно-признаковые ореолы. А смысл слова, как правило, формируется в ходе взаимодействия адресанта и адресата. Объективного смысла, как и объективной истины, в споре найти нельзя. Каждая из сторон использует свой жизненный опыт, который у каждого человека свой, специфичный. Поэтому что доступно и ясно для одного индивида, непонятно (или иначе понято) другим. Хотя в устной речи всегда можно пояснить мысль, если другая сторона его восприняла иначе. Кроме того, «значение слова не является замкнутой реальностью, оно определяется положением слова (знака) в языке (знаковой системе), в контексте его восприятия и осмысления».[4]

Близкие по смыслу слова могут ограничивать или исключать значение друг друга (скажем, синонимы или омонимы). Поэтому значение одного знака может измениться с изменением других знаков (контекста). «В праве слово также понимается в контексте фразы, далее следует контекст нормы, акта, системы актов, внеправовые контексты, к которым обращаются при исследовании материалов подготовительной работы, целей принятия акта и т.д.».[5] Сказанное следует уточнить: слово в тексте подчинено существующим синтаксическим правилам, как и в разговорной речи, оно обладает собственной индивидуальной семантикой. Тем не менее, близкие по смыслу слова тяготеют друг к другу. Происходит их «лексико-семантическое стяжение». А их «притяжение и отталкивание» ведет к взаимодействию. Известный языковед М.М. Покровский, который еще в конце прошлого века в своих семасиологических исследованиях констатировал, «что история значений известного слова будет для нас только тогда понятной, когда мы будем изучать это слово в связи с другими словами, синонимическими с ним и, главное, принадлежащими к одному и тому же кругу представлений. Пусть даже слова принадлежат к разным представлениям, но зато входят в единое смысловое поле».[6]

Что касается применения правила поведения как нормы, то представление о должном и сущем тоже не определимо. При применении акта норма каждый раз воссоздается и конструируется правоприменителем на основе единого текста, когда участники процесса могут рассмотреть (применять) одни и те же нормы при различном подходе текстуального толкования и восприятия. В этом плане в праве объективен и стабилен лишь сам текст как план выражения. Как отмечал Н.И. Грязин, «то, что юристами впоследствии применяется, критикуется, изменяется, есть, строго говоря, не сама норма права, а ее образ, отражение»,[7] по типу: мысль законодателя – юридический текст, где мысль – отражаемое звено, текст – оригинал, который воссоздает адекватную копию, второе отражение, т.е. «отражение отражения». Главное же – «итог», «результат», «последствия» или «объект деятельности».[8]

Как правило, в части правоприменения, имеющего отношения к прочтению и интерпретации текста, противоборствующие стороны, да и сам судья, нередко нуждаются в заключении эксперта, где предметом анализа могут служить статьи, опубликованные в СМИ. И не только те, которые распространяют порочащие сведения, не соответствующие действительности, ложные и те, что принято называть недостоверной диффамацией или клеветой, но нередко и действительные сведения могут стать порочащими честь, достоинство и деловую

4 Фрумкина Р.М. Психолингвистика. – М., 2003. – С. 101.

5 Вавилова А.А. Некоторые аспекты соотношения права и языка // Вестник Московского университета. – 2006. – № 5. – С. 129–130.

6 Покровский М.М. Избранные работы по языкознанию. – М., 1959. – С. 75.

7 Грязин Н.И. Текст права. – Таллин, 1981. – С. 22.

8 Малько А.В., Шундиков Н.В. Цели и средства в праве и правовой политике. – Саратов, 2003. – С. 9.

репутацию гражданина или юридического лица. Что также нашло свое законодательное выражение в п. 2 ст. 152 ГК, когда гражданин, чьи гражданские права и законные интересы ущемлены сообщениями СМИ, может их восстановить, опубликовав в тех же СМИ опровержение, реализуя тем самым свое право на ответ. При достоверной информации применяется п. 3 ст. 152 и ст. 1100 ГК. По сути, ответственность за диффамацию возникает в любом случае, независимо от того, достоверная она или нет. При этом в отличие от цивилистов уголовное право пошло значительно дальше. Так в ст. 137 УК РФ установлена уголовная ответственность за незаконное собирание или распространение сведений о частной жизни лица, составляющих его личную или семейную тайну, без его согласия либо распространение этих сведений в публичном выступлении, публично демонстрирующемся произведении или СМИ. Интересно, что в п. 8 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц» записано: «Судам необходимо отграничивать дела о защите чести, достоинства и деловой репутации от дел о защите других нематериальных благ, нарушенных в связи с распространением о гражданине сведений, неприкосновенность которых специально охраняется Конституцией Российской Федерации и законами и распространение которых может причинить моральный вред даже в случае, когда эти сведения соответствуют действительности и не порочат честь, достоинство и деловую репутацию истца». Отсюда закономерный вопрос: кто, на каком уровне восприятия и понимания может судить о том, порочат данные сведения гражданина или нет? Может таковым является само лицо, о котором данные сведения были распространены, или его окружение? Нередко при разрешении дела по существу в порядке статьи 152 ГК суды приходят к выводу о том, что сведения порочащими не являются, поскольку содержат субъективное мнение автора статьи, его предположения и суждения. Отсюда все высказанное (написанное) отражает внутреннее субъективное мнение лица (автора), выразившего оценочное суждение в пределах допустимых границ.

Естественно, что по данным делам стороны нуждаются в знаниях не просто языковеда, а лингвиста, знакомого с лексикологией (изучающей смысловое значение слов), стилиста, т.е. языковеда, сочетающего в себе знание грамматики и синтаксиса и хотя бы знакомого с основами законодательства. Таких специалистов немного.

Они объединились и создали российскую организацию экспертов-лингвистов, специалистов в области судебной лингвистики. Ничего не имею против этой славной организации и тем не менее: практикующие юристы должны овладеть навыками чтения и интерпретации текста, чтобы слепо не полагаться на заключение эксперта, а иметь свое мнение, т.к. мы все являемся носителями русского языка, и для многих он является родным.

Руководствуясь правилами законодательной стилистики, при передаче сообщения надо помнить, какую роль в анализируемом тексте играют правильные по смыслу сочетания слов друг с другом. А это стилистические ограничения и запреты в соединении разных смыслов, речевые традиции, которые иногда хотя прямо и не отрицают, но и не признают возможность тех или иных сочетаний и т.п. – т.е. все то, что в совокупности составляет правила сочетаемости слов. Эти правила специфичны для каждого языка еще в большей степени, чем совокупность значений всех слов в языке. И здесь большую роль (в русле правового анализа) играет практическая стилистика русского языка, рассматривающая, главным образом, такие языковые факты, которые приводят к расхождениям между передаваемой и воспринятой мыслью (между текстом и его пониманием), т.е. сам «отрицательный языковой материал», что порочит честь, достоинство и деловую репутацию лица и (не) порождает ответственность СМИ за причинение морального вреда.

При проведении лингвистической экспертизы любое слово, которое имеет многозначное прочтение и вызывает неоднозначную оценку и восприятие (при единообразном требовании его смысла в правовом тексте), надо анализировать. В данном случае, чтобы установить подлинный смысл, следует обращаться к лингвистическим словарям, которые содержат сведения о словах – о том, что они значат, как склоняются или спрягаются, как пишутся и произносятся, как сочетаются друг с другом и т.д. Конечно, авторитетом здесь служит словарь В.И. Даля, который для многих остался единственным судьей в вопросах, касающихся русского языка. Но он был составлен почти полтораста лет назад и с тех пор лишь переиздавался. И те небольшие изменения, которые в него были внесены, особой роли не играют.

За это время в отечественной лексикографии появилась масса словарей – толковых, орфографических, словарей правильного произношения и ударения, исторических, этимологических, словарей языка писателей и др. Достаточно назвать наиболее известные: четырехтомный «ушаковский» (изданный в 30-х гг. XX в. под редакцией

Д.Н. Ушакова), «Толковый словарь русского языка» в 4 томах, Большой (в 17 томах) и Малый (в 4 томах) академические, однотомный словарь С.И. Ожегова и созданный на его основе также однотомный «Толковый словарь русского языка» С.И. Ожегова и Н.Ю. Шведовой, многократно переиздававшиеся – орфографический и орфоэпический словари, «Историко-этимологический словарь» П.Я. Черных. Кроме того, только за последние годы изданы десятки словарей разного типа.

В качестве практической части я рискну предложить один из судебных документов, хранящейся в моем архиве, который имеет прямое отношение к теме статьи, с тем, чтобы предложить ряд рекомендаций по толкованию и восприятию юридических текстов. (См.: Приложение 1). А далее сформулируем ряд практических рекомендаций, которые носят общий характер, но если идти от общего к частному, рекомендации выводят к основам практической стилистики языка, базовой составляющей которой является проективная филология, психолингвистика и семантика, интерпретация смыслов и речевая деятельность, включая методику редактирования юридического текста. Литературы по данной тематике вполне достаточно. Было бы желание всем этим овладеть. В качестве объекта исследования выбираем сам законодательный текст, хотя данные правила применимы и к иным нормативным актам. Одно из центральных понятий коммуникативно-ориентированной законодательной стилистики – первоначальное восприятие текста. Именно на основании первоначального восприятия текста должна устанавливаться стилистическая дефектность предложений со всеми ошибками рассогласования. Это понятие позволяет более обосновано, уверенно отделять стилистически ошибочные предложения от стилистически правильных конструкций.

Наряду с традиционно применяемым в языкознании стилистическим экспериментом, основанным на самонаблюдении, в русле исследования законодательной коммуникации эффективно применять дающий более достоверные результаты психологический эксперимент, интерпретирующий закон, который базируется на использовании специально разработанных объективных методов регистрации характера смыслового восприятия текста (осмысленных продолжений, фиксации ударения в разноударном словеусилителе, противопоставлении и т.д.).

Закономерности смыслового восприятия законодательного текста удается успешнее всего вывести при исследовании не образцовых, а стилистически дефектных текстов, провоцирующих в процессе их восприятия ошибочные, с точки зрения читающего, мыслительные операции, неправильное понимание и пр.

Коммуникативный анализ целесообразно начинать с рассмотрения результата смыслового восприятия текста и только затем переходить к выявлению и учету законодательного замысла, т.е. идти следует в направлении от интерпретатора к нормотворцу (а не наоборот). Такая последовательность облегчает как проведение самого анализа, так и изложение его результатов.

Оцениваемый текст должен рассматриваться не с какой-то одной позиции (точки зрения изучающего или точки зрения издающего закон) и не с совмещенной точки зрения, в которой нивелированы различия между подходами изучающего и издающего, а сопоставительно – с двух позиций: точки зрения изучающего (дающей один результат) и сразу же – в том же самом акте анализа – с точки зрения издающего (дающей, возможно, другой результат) и в последующем сравнении результатов наблюдений, полученных с этих разных сторон.

В практике анализа правовых стилистических ошибок целесообразно пользоваться укрупненной классификацией, в которой стилистические ошибки сгруппированы в особые виды не по грамматическому признаку, а по коммуникативному: в основе классификации лежит не однотипная грамматическая конструкция, а однотипная мыслительная операция (тождественный ход мысли при восприятии текста, тождественные смысловые затруднения). Порядок слов следует соотносить не с местом подлежащего, сказуемого и других членов предложения, а с местом наиболее важного по смыслу ключевого слова, несущего логическое ударение, и с необходимостью располагать слова в предложении так, чтобы исключить появление смещенного логического ударения, ошибочной смысловой связи слов, неправильного понимания значения словоформы – вообще предупредить возникновение неадекватного осмысления того или иного сегмента текста. Стилистические ошибки в юридических текстах целесообразно предупреждать с помощью общих приемов, дающих максимально широкую ориентировку и позволяющих, выполняя последовательно ряд умственных операций: 1) распознавать любую стилистическую ошибку данного, охватываемого приемом типа; 2) устранять выявленную ошибку, т.е. преобразовывать неправильно построенное предложение в правильное. Универсальное средство коррекции неточно сформулированной мысли и, следовательно, достижения коммуникативной точности – прием предъявления контробраза

(представление, которое соответствует тексту, но не соответствует замыслу нормотворца). Сигналом самой стилистической ошибки выступает часто не сама ошибка, а обусловленное этой ошибкой, возникающее при чтении последующих слов семантическое противоречие в юридическом тексте. Поэтому начинать распознавание ошибки следует с выявления, фиксации семантического противоречия между смежными или близстоящими словами текста правовой нормы. Планомерное, научно обоснованное повышение языковой культуры пишущих юридический текст, его понимание в массовом и профессиональном сознании достигается на базе углубленного познания психолингвистических основ письменной коммуникации: общих, единых для всех читающих носителей русского языка. Выявление закономерностей смыслового восприятия текста и обусловленных ими общих, единых для всех излагающих свои мысли на русском языке принципов, правил, приемов стилистического конструирования законодательного текста. Знание психолого-стилистических механизмов речевого мышления в процессе конструирования и интерпретации (преобразования) текста в ходе его восприятия позволяет определить оптимальную стратегию нормотворческой, умственной деятельности юриста, конструирующего текст, и значительно более эффективно, с пониманием основ регулируемых процессов овладевать грамматической логикой практической стилистики языка.[9]

В заключение отметим, что для эффективной деятельности, касающейся понимания и интерпретации юридического текста, выявления как письменных, так и основных речевых ошибок, коммуникативной точности речи и ее восприятия в судебном процессе важно не столько знание, сколько умение применять полученные навыки технологии конструирования речи и самого текста.

Пристатейный библиографический список

1. Ахманова О.С. Словарь лингвистических терминов. – М.: Сов. энциклопедия, 1966.
2. Вавилова А.А. Некоторые аспекты соотношения права и языка // Вестник Московского университета. – 2006. – № 5.
3. Васьковский Е.В. Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов. – М.: Центр ЮрИнформ, серия «Научное наследие», 2002.
4. Грязин Н.И. Текст права. – Таллин, 1981.
5. Малько А.В., Шундиков Н.В. Цели и средства в праве и правовой политике. – Саратов, 2003.
6. Мучник Б.С. Культура письменной речи. Формирование стилистического мышления. – М., 1994.
7. Покровский М.М. Избранные работы по языкознанию. – М., 1959.
8. Фрумкина Р.М. Психолингвистика. – М., 2003.

9 Мучник Б.С. Культура письменной речи. Формирование стилистического мышления. – М., 1994.

ФЕДЕРАЛЬНАЯ ТАМОЖЕННАЯ СЛУЖБА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Федеральное государственное унитарное предприятие «РОСТЭК»

Федеральное государственное унитарное предприятие «РОСТЭК» создано по постановлению правительства России в 1992 году. Учредитель – Федеральная таможенная служба РФ. Деятельность предприятия осуществляется под контролем государства и ориентируется на реализацию ряда государственных задач в области таможенной политики.

Целью создания ЗАО «РОСТЭК-Башкортостан» – предприятия системы «РОСТЭК» – является выполнение на договорной основе заказов таможенных органов, развитие и укрепление материально-технической базы и социальной сферы Башкортостанской таможни, а также осуществление экономической деятельности с целью получения прибыли.

ЗАО «РОСТЭК-Башкортостан» – таможенный представитель (свидетельство о включении в Реестр таможенных представителей № 0254/00), оказывающий полный комплекс услуг в области таможенного оформления товаров, перемещаемых участниками внешнеэкономической деятельности через границу Российской Федерации. Наши представительства находятся во всех крупных городах Республики Башкортостан.

Контактная информация
450006, Республика Башкортостан, г. Уфа, бул. Ибрагимова, 63.
Директор, приемная: +7 (347) 282-16-14. Главный бухгалтер, бухгалтерия: +7 (347) 282-14-57.
Заместитель директора по ВЭД, таможенный сервис: +7 (347) 223-75-56.
www.rostek-bashkortostan.ru e-mail: ufa-rostek@mail.ru

Приложение 1

В Федеральный суд Центрального района г. Тольятти

Судебно-лингвистический анализ текста интервью, опубликованного 5 декабря 2001 года в газете «Тольяттинское обозрение», с директором Департамента архитектуры, градостроительства и землепользования мэрии города Тольятти А.П. Эстриным.

Текст (интервью) опубликован в рубрике «Скандал» на 3–4 стр. издания под заголовком: «Аркадий Эстрин, вы обманываете многих граждан», имеет подзаголовок: «Глава городского департамента по строительству Аркадий Эстрин обвиняет своего предшественника в полнейшей некомпетентности, лоббировании интересов частных компаний и заявляет, что целый ряд фирм не могут называться строительными».

Структура языка текста состоит: из редакционного вступления (39 строк), вопросов корреспондента (66 строк) и авторского текста (305 строк). Общий объем напечатанного текста составляет примерно 0,1 п.л.

Ключевым понятием данного текста является слово «обвинять», которое присутствует в пятой строке искового заявления (см. «В данном интервью А.П. Эстрин обвиняет...»), так и в подзаголовке газетного текста (см. ...Аркадий Эстрин обвиняет своего предшественника...). Текста не авторского, а редакционного.

Данное слово имеет два смысловых значения: первое – когда одно лицо считает другое в чем-то виновным; второе – когда кто-то обвиняет и привлекает к суду. Если в первом значении это конституционное право каждого человека свободно выражать свои мысли, то во втором значении это уже прерогатива управомоченного лица из правоохранительной системы.

Далее в тексте иска (9 и 12 строка сверху) говорится, что «Из слов г-на Эстрина А.П. следует, что В.А. Никишев... совместно с директором ЗАО «Стройкомфорт» В. Гавлена и директором МУП ФИН Д.Н. Ардашевым... украли из бюджета города 11000000 миллионов рублей» и далее «Проверка финансового управления мэрии и ОБЭП показала, что даже если имущество не было украдено, то, как минимум, неправильно формировалась его себестоимость» (см. 3 стлб. 10–14 строка сверху).

Обратимся к авторскому тексту интервью, (см. 2 стлб. 8 строка снизу). Там напечатано: «А 11 млн. рублей вовсе благополучно исчезли из бюджета». Исходя из смыслового восприятия данной фразы, можно констатировать исчезновение денег, но не их кражу, т.е. назван объект (деньги), но автор не указывает конкретного субъекта, кто их присвоил.

В отношении другого текста, где действительно есть слово «украдено», хочу пояснить, что лексическая неопределенность выражения «...что даже если имущество не было украдено» (опять-таки кем?), придает фразе модальную окраску условности. Если не было «...то, как минимум, неправильно формировалась его себестоимость» идет далее по тексту.

В том же иске (см. стр. 1. 20 строка сверху) «говорится о том, что В.А Никишев, работая техническим директором,.. имел причастность к махинациям названной компании». В тексте интервью (см. 3 стлб. 9 строка снизу) напечатано, что «...В.А. Никишев был техническим директором не ряда строительных организаций.., а скандально известной ЗАО ИСК «Поволжская жилищная инициатива», судебные процессы по которой перед застройщиками до сих пор еще не закончены».

Из авторского текста не следует, что истцу инкриминируется его «причастность к махинациям названной компании». Сам истец не отрицает, что он работал в данной компании, что названное ЗАО не выполнило свои обязательства перед застройщиками, и что точку о его (не) причастности поставит суд. В этих предложениях не содержится предмета спора, так как нет судебного решения по данному ЗАО.

В исковом заявлении (см. стр. 1 3 строка снизу) написано «...о многочисленных нарушениях, якобы допущенных департаментом по строительству (в бытность В.А. Никишева)...» при строительстве автозаправочных, гаражей,.. махинациях со средствами областного бюджета при строительстве жилых домов фирмами ООО «Сиэгла», ООО «Благовест», ООО «Монолитстрой» и пр.

Перейдем к авторскому тексту (см. стр. 4. 3 и 4 стлб. 5 и 2 строка сверху).

Данный текст является только следствием этих многочисленных нарушений, так как их причину автор текста видит в «непрофессионализме... и в полнейшей некомпетенции бывшего руководителя департамента по строительству» (см. стр. 4. 2 стлб. 4 строка снизу).

Так, «АЗС строились там, где размещать их было нельзя: на местах прохода инженерных коммуникаций, вблизи общественных зданий, там, где должны быть диспетчерские для автобусов и места отстоя общественного транспорта. То же самое можно сказать по многочисленным гаражно-строительным кооперативам».

Внутренние смысловые части предложения объединены фактами, констатация которых проявляется в выводе, сделанном автором: «Трудно оценить вред, который нанесен нашему городу». Что касается другой части авторского текста, где речь идет о незавершенном строительстве жилых зданий и названных автором фирм, делается предположение о «полном взаимопонимании между этими организациями и г-ном Никишевым». Все это связывается в тексте с предстоящими выборами в Губернскую думу. Это, кстати, и подтверждает сам истец, когда говорит о том, что данная публикация в газете помешала его победе на выборах (см. стр. 2 иска 10 строка снизу).

В самом авторском тексте не содержится сведений, что названные фирмы спонсировали избирательную компанию истца Никишева. Об этом автор не говорит, а фраза что «между этими организациями и г-ом Никишевым было достигнуто полное взаимопонимание», имеет многозначное прочтение.

Также в газетном тексте не прослеживается причинно-следственной связи между публикацией в газете и итогами выборов, где кандидатом на выборах являлся г-н В.А. Никишев. Это истцу предстоит доказать.

Заключение.

В заключении судебно-лингвистической экспертизы хочу обратить внимание на то обстоятельство, что понятийная точность напечатанного текста, его предмет (т.е. замысел) и точность словесного воплощения – разные понятия. Поэтому при анализе ключевых фраз и выражений, проведенных мною, у сторон возникло рассогласование передаваемого (напечатанного) и воспринятого смыслов текста. Общее правило грамматического восприятия текста одно – объект (факт) всегда один. И только искажение или неправильная его подача имеют правовое значение, но не само восприятие текста. Тем более что в исковом заявлении не содержится перечень сведений, которые были бы опровергнуты истцом, а в газетном интервью отсутствуют факты, порочащие честь, достоинство и деловую репутацию В.А. Никишева.

К.ю.н., доцент кафедры гражданского права и процесса
Волжского университета им. В.Н. Татищева *Ю.С. Ващенко*

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Ius est ars boni et aequi

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ!

Мы рады представить Вашему вниманию
ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Деятельность нашего института направлена на разработку актуальных проблем юридической науки в евразийском правовом пространстве. Институт проводит фундаментальные и прикладные исследования в области государственно-правовых наук, международного права, адвокатуры и нотариата, социологии права, политологии, интерэкоправа, изучает закономерности правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности, разрабатывает на этой основе практические рекомендации, принимает участие в разработке законопроектов, содействует повышению профессионального уровня юристов, организует и участвует в проведении научных мероприятий, оказывает консультационные услуги в области права, а также редакционно-издательские услуги.

Приглашаем Вас к сотрудничеству!

Контактная информация

Website: http://www.eurasniipp.ru E-mail: info@eurasniipp.ru Телефон: +7-903-31-257-90

Поздняков М.Л.

О ВОЗМОЖНОСТИ ОБЖАЛОВАНИЯ ДОКАЗАННОСТИ ВИНЫ ПО ПРИГОВОРАМ, ПОСТАНОВЛЕННЫМ В ОСОБОМ ПОРЯДКЕ (ГЛАВА 40 УПК РФ)

В статье на основе изучения научных работ и материалов правоприменительной практики рассмотрены проблемные вопросы о возможности обжалования доказанности вины по приговорам, постановленным в особом порядке.

Ключевые слова: обжалование приговора, особый порядок, согласие с предъявленным обвинением.

Pozdnyakov M.L.

ABOUT POSSIBILITY OF THE APPEAL OF VALIDITY OF FAULT ON THE SENTENCES DECIDED IN A SPECIAL ORDER (CH. 40 OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION)

In article on the basis of studying of scientific works and materials of law-enforcement practice problem questions of possibility of the appeal of validity of fault on the sentences decided in a special order are considered.

Keywords: the sentence appeal, a special order, a consent with the shown charge.

На первый взгляд, постановка вопроса о возможности обжалования вины по приговорам, постановленным в особом порядке, является некорректной. Ведь всем известно положение ст. 317 УПК РФ (далее – УПК) о том, что приговор, вынесенный в особом порядке, не может быть обжалован в апелляционном и кассационном порядке по основанию, предусмотренному п. 1 ст. 379 УПК.[1] В действующем законе классификация оснований отмены приговора представлена общей статьей ч. 1 ст. 379 УПК, где содержатся основные четыре вида. Каждому пункту соответствует статья, в которой более полно раскрывается конкретное основание отмены. Пункт, который запрещен к установлению при обжаловании приговоров, вынесенных в особом порядке, соответствует ст. 380 УПК, которая состоит из четырех пунктов. Согласно логике, которая вложена законодателем в ст. 317 УПК, не допускается отмена или изменение приговора в связи с недоказанностью и неправильным установлением судом первой инстанции фактических обстоятельств дела.[2] Однако реальность такова, что этот замысел был серьезно искажен. Причины, по которым это произошло, можно разделить на две группы. В первую группу включаются причины фактологического характера, связанные с трансформацией самой практики судопроизводства. Вторую группу составляют особенности юридической техники при формулировании уголовно-процессуальных норм в советский период и хаотичность законодательной активности в постсоветский период, что сильно усложнило ситуацию.

Причиной для постановки вопроса о нарушении, казалось бы, лаконичной формулировки, изложенной законодателем в ст. 317 УПК, является кризис в уголовной юстиции, когда обвиняемый выступает не полноценным участником процесса, а в виде неодушевленного предмета, с которым работает правоохранительная система. Обвиняемый как вещь последовательно передается из одного ведомства в другое, на каждом уровне за счет законных интересов обвиняемого решаются ведомственные задачи в виде соблюдения отчетности и выполнения целевых показателей. Суды в этом конвейере выполняют одну из функций. Нарастающая механистичность судопроизводства сводит обвиняемого на уровень пассивного участника, а реальные возможности стороны защиты снижаются.[3] Это ставит на повестку дня вопрос о расширении возможностей для стороны защиты. Центр тяжести борьбы с обвинением смещается на стадию досудебного разбирательства.[4] С одной стороны,

1 В тексте закона присутствует ошибка, так как нет указания на часть первую ст. 379 УПК, в которой находится пункт 1. Это произошло в силу того, что в ходе доработки УПК ст. 317 оказалась забыта. Иными словами, перед нами первоначальная редакция ст. 317 УПК в редакции Федерального закона № 174-ФЗФЗ от 28.12.2001 г., в то время как все статьи, связанные с нею, ст. 379 и ст. 409 УПК, были изложены в редакции Федерального закона от 29.05.2002 № 58-ФЗ, что породило длительную дискуссию о пределах обжалования данных приговоров в порядке надзора, но в настоящей статье этот вопрос-специфика рассматриваться не будет.

2 Отдельный вопрос о том, что происходит в апелляционной инстанции при рассмотрении жалобы на приговор, вынесенный в особом порядке, но он сейчас не рассматривается.

3 Нельзя отрицать того факта, что данная тенденция была изначально заложена в архитектуру отечественного уголовного процесса. Само слово «обвиняемый» иллюстрирует ту роль, которая ему предназначена – «быть целью обвинения», в то время как в англо-американской традиции эта же роль обозначается иначе – «defendant», то есть защищающийся или защищаемый: на первое место ставится право на активную позицию, возможность борьбы против обвинения. Отказ от советской доктрины привел к тому, что с властных участников процесса если не была снята полностью, то существенно ослаблена обязанность по установлению обстоятельств, оправдывающих обвиняемого (подозреваемого).

4 Исключение – суд присяжных, который охватывает 0,05 % от всех дел, и возможно незначительная часть иных дел, где защита «борется до последнего».

это согласуется с падением реальной роли суда,[5] но с другой стороны, резко контрастирует с измененным вектором официальной правовой доктрины, которая декларирует возрастание роли суда. Избыточное смещение усилий защиты на стадию досудебного разбирательства приводит к неоправданному отказу от возможностей, которые присутствуют в судебной стадии. Тема обжалования судебных актов – одна из таких недооцененных возможностей.

Этим объясняется популярность, которую приобрел особый порядок. За десять лет произошел чрезвычайно бурный рост доли дел, рассмотренных в особом порядке. Она выросла с 9,6 % в 2003 году до 57,4 % в 2011, а по лицам и того больше – в особом порядке вынесены приговоры в отношении 64 % всех осужденных, то есть более 2/3. При этом нельзя утверждать, что уже достигнут «потолок». Скорее всего, в ближайшие годы продолжится рост дел, рассматриваемых в особом порядке. Получается, что особый порядок – это уже не исключительный, а самый настоящий ординарный порядок. Он стал основной формой судебного разбирательства. Есть данные о многочисленных нарушениях при входе в особый порядок. Учитываются интересы всех участников, начиная от судьи (снижение нагрузки), следователя (снижение вероятности отмены), обвинителя (упрощение процедуры обвинения), прокурора и заканчивая защитником по назначению. Но этот консенсус идет за счет интересов обвиняемого.

Дополнительным аргументом в пользу постановки вопроса о том, что обжалование приговоров, постановленных в особом порядке, должно быть расширено, является то, что происходит нарушение правила о назначении меньшего наказания, нежели при рассмотрении аналогичного дела в общем порядке. Согласно результатам исследования, проведенного Институтом проблем правоприменения, нет значимых различий между наказанием, назначаемым в общем порядке, от наказания, назначаемого в особом порядке.[6] Фактически, с учетом снижения верхнего порога санкции, это означает, что осужденные в особом порядке получают более строгое наказание.[7] Данная ситуация является нетерпимой, поскольку основным мотивом для выбора особого порядка является вероятность более мягкого наказания. Таким образом, помимо юридических аргументов для постановки вопроса о преодолении узкого толкования по обжалованию приговоров, постановленных в особом порядке, которые будут рассмотрены далее, присутствуют серьезные аргументы морального характера. Суды и правоохранительная система нарушили условия негласного публичного договора. Суть института упрощенного порядка судебного разбирательства была искажена. В обмен на согласие с обвинением обвиняемые не получили ожидаемых дивидендов. Поэтому вопросы обжалования приговоров, вынесенных в особом порядке, безусловно, актуальны, а существующее толкование в отношении ограничений по обжалованию не соответствуют потребностям в развитии уголовного судопроизводства.

В прикладном смысле все сводится к вопросу: «Каким образом при подаче жалобы на приговор, вынесенный в особом порядке, следует изложить доводы жалобы, чтобы в случае обжалования доказанности фактических обстоятельства и вины они не были проигнорированы со ссылкой на ст. 317 УПК?».

Для правильного понимания следует различать два понятия – «довод» и «основание отмены» и кратко ознакомиться с их историей вопроса. В советский период было потрачено много усилий для создания новой и в чем-то уникальной модели уголовного судопроизводства. Были три основных задачи: искомая модель должна быть убедительна (идеологическая функция), позволяла бы досконально отслеживать работу нижестоящих инстанций (задача тотального контроля общественной жизни[8]) и учитывала имеющиеся ограничения. По всем этим параметрам были достигнуты высокие показатели. Если про первые два пункта все ясно и без особых пояснений, то в отношении третьего пункта пояснение требуется.

С самого начала была сильно сокращена компетенция судов вышестоящих инстанций. Сейчас мало кто вспоминает, но в первых Декретах советской власти «О суде»[9] произошел отказ от апелляции как формы обжалования.

5 Так называемая проблема «обвинительного уклона» выражается в том, что из-за специфики модели отечественного уголовного процесса суд представляет «отдел контроля качества», занимается проверкой, а не собственно исследованием всех обстоятельств дела. По делам публичного обвинения доля оправданных лиц составляет 0,25 %.

6 Титаев К.Д., Поздняков М.Л. Порядок особый – приговор обычный: практика применения особого порядка судебного разбирательства (гл. 40 УПК РФ) в российских судах. – СПб: ИПП ЕУ СПб, 2012. URL: http://www.enforce.spb.ru/images/analit_zapiski/pm_gl_40_UPK_fin.pdf (дата обращения: 7.10.2012).

7 Там же: диаграмма 5. – С. 13.

8 Контроль над работой судов – это большой сложный вопрос, который включает и процессуальный механизм, и кадровую политику, идеологию и другие компоненты. Сейчас все эти обстоятельства рассматриваться не будут. Рассматривается лишь то, в какой мере это связано с поставленным вопросом.

9 Декрет СНК РСФСР от 24.11.1917 «О суде», получивший название Декрет о суде № 1, и Декрет ВЦИК от 7.03.1918 № 2 «О суде», получивший название Декрет о суде № 2. Был еще Декрет о суде № 3 (Декрет СНК РСФСР от 13.07.1918 № 3 «О суде»), но он не внес изменений в регламентацию системы оснований отмены судебных актов и процедуру обжалования.

«Приговоры и решения местных судов окончательны и обжалованию в апелляционном порядке не подлежат». (Абзац 4 п. 2 Декрета о суде № 1),

«Обжалования в апелляционном порядке отменяются, и допускается только кассация решения». (Ст. 4 Декрета о суде № 2).

Поскольку учреждался народный суд, обладавший высшей легитимностью, никто не мог пересматривать его решения по существу обвинения (доказанность вины и фактические обстоятельства). Здесь следует подчеркнуть, что в первые годы советской власти понятия «кассация» и «апелляция» использовались в самом что ни на есть классическом их понимании. Под апелляцией понималось рассмотрение и вопроса факта, и вопроса закона, а под кассацией – рассмотрение только формальных нарушений закона. Понятно, что такое ограничение компетенции суда проверочной инстанции диссонировало с задачей по построению жестко централизованного государства. В силу прямого запрета было невозможно ввести апелляционный порядок. Советская наука уголовного процесса была поставлена перед задачей создания теоретической конструкции, которая бы без отказа от кассационной формы обжалования допускала рассмотрение вопроса факта. Сложность этой задачи в том, что при опоре на классическое понимание кассации, а в первые годы советской власти так оно и было, практически невозможно обоснование возможности рассматривать фактические обстоятельства дела в вышестоящем (кассационном) суде без непосредственного исследования доказательств. Ученые и практики были поставлены перед необходимостью создания своей уникальной системы понятий. Длительное время это не удавалось. Советский уголовный процесс вызревал в ходе примирения двух противоположностей. С одной стороны, была продекларирована высшая легитимность народного суда и как следствие – отсутствие возможности сомнений в истинности его решений, поэтому обжалования допускались только по формальным основаниям. С другой стороны, советское государство выстраивалось как централизованная бюрократическая модель с тоталитарным управлением, и требовалось установление полного контроля над работой судов первых инстанций, а по сути речь шла о подавлении идеи народного суда.

В 1922 г. принимается первый УПК РСФСР, который подвергается ожесточенной критике и через год меняется новым Кодексом, который действовал до 1960 года. В обоих отсутствовало основание, позволяющее отменять приговоры в связи с неправильным установлением фактических обстоятельств дела. Ученые и практики занимались в прямом смысле слова изобретательством. Риторика была разнообразная. М.М. Гродзинский вспоминал отмененные законы.[10] Пленум Верховного суда СССР, решая этот ребус, дает разъяснения о том, что некоторые нормы УПК не должны учитываться, так в Постановления Пленума Верховного суда СССР от 1 декабря 1950 г. № 17/15/У «Об устранении недостатков в работе судов по рассмотрению уголовных дел в кассационном порядке» говорится о том, что нормы ст. 349 УПК 1923 г., ограничивающие компетенцию суда проверочной инстанции оценкой формальных нарушений, не действуют.

С позиции Ривлина А.Л. право суда кассационной инстанции рассматривать вопрос факта не сконцентрировано в одной норме, а по чуть-чуть присутствует в каждом основании отмены: «Каждое из… кассационных оснований предусматривает нарушение в какой-либо одной области деятельности судебных или следственных органов, но в совокупности своей они охватывают все нарушения, какие могут встретиться во всех областях этой деятельности, отличаясь друг от друга своим содержанием, кассационные основания объединены общностью своего назначения – обеспечивать всестороннюю проверку приговоров, проверку их законности и обоснованности».[11]

Чельцов А.М. изобретает новый, не указанный в законе тип оснований отмены. Перечисляя основания отмены приговора, помимо четырех пунктов, указанных в УПК 1923 г., он вводит столь необходимый недостающий пятый пункт – необоснованность приговора.[12]

Отчасти выходом для всех стала ст. 15 Закона о судоустройстве 1938 г., согласно которой вышестоящий суд по имеющимся в деле и представленным сторонами материалам проверяет законность и обоснованность вынесенного нижестоящим судом приговора или решения. Эта статья толковалась расширенно и позволяла рассматривать любой вопрос в кассационной инстанции, в том числе и вопросы фактической стороны дела.

К концу 50-х годов наблюдается консенсус в отношении права суда проверочной инстанции рассматривать вопрос факта. Декларируется наличие особого пятого пункта – обоснованность приговора, который хотя и не закреплен в законе, но должен применяться. А главное – происходит смешение вопросов факта и вопросов закона и представление любого нарушения как нарушения формальных требований закона. Вся эта конструкция

10 Гродзинский М.М. Кассационное и надзорное производство в советском уголовном процессе. – М., 1949. – С. 100–101.

11 Ривлин А.Л. Пересмотр приговоров в СССР. – М., 1958. – С. 170–171.

12 Чельцов М.А. Уголовный процесс. – М., 1948. – С. 553.

опирается на теорию советской кассации, которая получает развитие в отрицании классических процессуальных понятий. Из отечественного уголовного процесса навсегда уходит дискуссия о различении вопроса факта и вопроса закона. Новый термин «обоснованность приговора» позволяет рассматривать вопросы факта как процессуальные нарушения.

Вся эта конструкция получает закрепление в УПК 1960 г., когда вводится недостающее пятое основание в виде ст. 344. В новом УПК уже нет реликтов в виде ст. 349 УПК 1923 г. и ст. 353 УПК 1922 г., которые прямо запрещали обжаловать что-либо, кроме формальных нарушений закона. В каком-то смысле ст. 344 УПК 1960 г. – это сердце всего блока норм, регламентирующих основания отмены. Эта статья была новой, но очень ожидаемой.

Суть конструкции, изложенной в ст. 344 УПК 1960 г., сводится к тому, чтобы истолковать оценку фактических обстоятельств дела как оценку исполнения процессуальных норм, тем самым перенести отмену по фактическим обстоятельствам в группу процессуальных нарушений. Это позволяет в проверочной стадии игнорировать принцип непосредственного исследования доказательств и обойти запрет на апелляцию. Большое значение в этом развороте имеет норма, регламентирующая общие требования к судебному акту. В УПК 1960 г. была новая ст. 301, она гласила о том, что приговор суда должен быть законным и обоснованным, то есть требование обоснованности приговора стало процессуальной нормой. Уже не идет речь о проблеме рассмотрения вопросов факта, все поглощено формулой «законность и обоснованность», а несоблюдение этой формулы стало процессуальным нарушением.

Было приложено много сил к тому, чтобы в ходе развития науки уголовного процесса произошла окончательная утрата возможности отграничивать нарушение закона от вопросов факта. В итоге вопрос типологии оснований отмены ушел на второй план. Все основания отмены были сконструированы таким образом, что они выражались через нарушения формальных норм либо как нарушение норм процессуального или материального законов. Именно такое понимание было доступно большинству юристов, и в рамках него выстраивалась практика и наука.[13] Сложные вопросы в виде невозможности рассмотрения вопроса факта без непосредственного исследования доказательств утрачивают актуальность.[14]

В постсоветский период не было создано новой теории обжалования, и все наработки советского прошлого в полной мере работают в современный период. Иными словами, все теоретические конструкции в отношении оснований отмены в полной мере сохраняют свою актуальность и сегодня. Действующий УПК РФ в части регламентации оснований отмены, несмотря на единичные правки, воспроизводит модель, реализованную в УПК 1960 г.[15] Правопреемницей ст. 344 УПК 1960 г. является ст. 380 УПК РФ. Именно она и указана в ст. 317 УПК, так как в ст. 379 УПК содержится список названий, которые раскрываются в следующих статьях.

Если посмотреть на содержание ст. 380 УПК, то можно увидеть, что ее пункты сформулированы таким образом, что снимается вопрос о том, что в суде кассационной инстанции происходит исследование доказательств. Ведь речь идет о соблюдении судом первой (апелляционной) инстанции процессуальных обязанностей. Пункты не оставляют никаких сомнений в том, что идет описание процессуальных нарушений. Все эти нормы прямо корреспондируются со ст.ст. 304–309 УПК. В комментариях обращается внимание на то, чтобы обосновать, что отмена по основанию, регламентированному ст. 380 УПК, возможна через установление процессуального нарушения.[16] Получается, что вся ст. 380 УПК настолько прочно связана с нормами процессуального закона, что представляет собою разновидность процессуального нарушения. Так если посмотреть на градацию оснований отмены, которую в 2007 г. производит Верховный суд РФ, публикуя судебную практику, то можно увидеть, что все основания отмены делятся на нарушения процессуального и материального законов. К процессуальным нарушениям относятся ст.ст. 380, 381 УПК, а к нарушениям материального закона – ст.ст. 382, 383 УПК.[17] Таким образом, утрачивается

13 Так в диссертационном исследовании Тавровского М.Б. ст.ст. 343–345 УПК РСФСР рассматриваются как процессуальные нарушения (Тавровский Б.М. Уголовно-процессуальные основания к отмене или изменению приговора кассационной инстанцией: дис. ... канд. юрид. наук. – Ярославль, 1978).

14 Гордиев узел проблемы разрубает Строгович М.С. В своей монографии «Проверка законности и обоснованности судебных приговоров» он отбрасывает попытки выстроить тонкую теоретическую игру. Ведь на самом деле невозможно отделить переоценку доказательств от их оценки. Выход найден оригинальный. Просто игнорируется противоречие советского уголовного процесса классическому учению о стадиях обжалования. (Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров. – М., 1958. – С. 115).

15 Можно отметить отказ от неполноты следствия (ст. 343 УПК 1960), аналога ей не нашлось, и некоторые косметические изменения в регламентации оснований отмены в связи с нарушением уголовного и процессуального законов.

16 Божьев В.П. Комментарий к ст. 380 / Научно-практический комментарий к УПК 2004 г. – С. 649–651.

17 Основания отмены и изменения судебных решений по уголовным делам: сб. определений и постановлений / под. общ. ред. В.М. Лебедева. – М., 2007.

исключительное значение ст. 380 (п. 1 ч. 1 ст. 379) УПК. Нет тех обстоятельств, которые можно описать через использование ст. 380 УПК, но нельзя описать через ч. 1 ст. 381 УПК как нарушения уголовно-процессуального закона.

Смешение оснований отмены дошло до того, что сегодня любая ошибка может рассматриваться как процессуальное нарушение. Это касается не только вопросов факта, но и нарушений материального закона. Еще в советский период учеными констатировалось взаимопроникновения всех видов оснований друг в друга. В этом смысле показательно высказывание Петрухина И.Л., которое было им сделано в 1975 г. в коллективной монографии, посвященной анализу судебной деятельности: «…существует тесная взаимосвязь между ошибками процессуальными и уголовно-правовыми (первые часто вызывают вторые)…».[18]

Надо подчеркнуть, что уже не идет речь о вопросах факта, в позднесоветский период этот вопрос был окончательно вытеснен из юридической науки. Речь уже идет об окончательном размывании границ между основаниями отмены. По сути, все основания отмены слились в одно большое процессуальное нарушение.

Познанский В.А. применительно к ст. 301 УПК РСФСР утверждал, что «каждое основание неразрывно связано с проверкой как законности, так и обоснованности приговора. Поэтому само деление оснований на основания по проверке либо законности, либо обоснованности может быть лишь условным[19]». Данное мнение разделялось процессуалистами Морщаковой Т.Г.,[20] Алексеевым С.С.,[21] а также другими юристами.[22] М.С. Строгович пишет: «Законный приговор одновременно и обоснованный; необоснованный приговор не может быть законным, он всегда незаконен».[23] Действительно, ведь установление каких-либо оснований отмены судебного акта возможно только как оценка деятельности суда первой инстанции. Нарушения материального закона – это частный случай нарушений процессуального закона. Необходимо лишь детально регламентировать деятельность суда. Ведь любое действие суда – это следование процессуальной регламентации. Получается, что нарушения материального закона (неправильное применение уголовного закона и несправедливость наказания) являются частным проявлением нарушений процессуального закона. При каждом конкретном случае можно найти необходимые процессуальные нормы, детализирующие конкретную процессуальную обязанность суда.[24] Так в диссертационном исследовании Бородинова В.В. в качестве примера процессуального нарушения приведен пример, который в полной мере может быть отнесен к п. 2 ст. 382 (применение не той статьи или не тех пункта и (или) части статьи Особенной части УК, которые подлежали применению).[25] Тот же самый алгоритм реализуется при необходимости отнесения неправильного назначения наказания к процессуальным нарушениям.[26]

Таким образом, в ходе эволюции отечественного уголовного процесса любое нарушение рассматривается как нарушение законности, а при необходимости может быть оценено как нарушение уголовно-процессуального закона. Этот стиль устоялся и активно применяется на практике. Механизм обжалования сформулирован таким образом, что все обстоятельства следует рассматривать как нарушение формального предписания закона. Можно ставить вопрос о том, что советская доктрина утратила монополию, и сейчас существуют альтернативные подходы. Однако ни один из этих подходов не произвел перестройку норм УПК в части обжалования. Сохраняется лексика и логика норм, выработанных в рамках советской правовой доктрины. Поэтому при толковании правовых норм с соблюдением законов формальной логики

18 Петрухин И.Л. Понятие, виды и общая характеристика судебных ошибок. Глава 2 в коллективной монографии. Эффективность правосудия и проблема устранения судебных ошибок. – М., 1975. – Т. 1. – С. 123.

19 Познанский В.А. Вопросы теории и практики кассационного производства в советском уголовном процессе. – Саратов, 1978. – С. 69.

20 Морщакова Т.Г. Глава XIII. – Раздел В. – § 2 Требования, предъявляемые к приговору // Уголовный процесс: учебник для вузов / под общ. редакцией проф. П.А. Лупинской – М.: Юрист, 1995. – С. 376.

21 Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций. – Т. 2. – Свердловск, 1973. – С. 401, С. 214.

22 Дорохов В.Я., Николаев В.С. Обоснованность приговора в советском уголовном процессе. – М., 1959. – С. 30; Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – Госюриздат, 1960. – С. 180.

23 Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1970. – Т. 2. – С. 325.

24 Например, обязанность суда по правильной квалификации преступлений предполагается п. 3 ч. 1 ст. 299 УПК, согласно которой суд при составлении приговора в описательно-мотивировочной части должен указать, какими пунктом, частью, статьей УК предусмотрено деяние, в котором обвиняемый признан виновным.

25 Бородинов В.В. Порядок и основания отмены и изменения приговора суда первой и апелляционной инстанции в российском уголовном процессе: дис. … канд. юрид. наук. – Краснодар, 2003. – С. 84–85.

26 Согласно п. 7 ч. 1 ст. 299 УПК, при постановлении приговора суд в совещательной комнате разрешает вопрос о том, какое наказание должно быть назначено подсудимому. Из содержания ст. 297 УПК следует, что суд обязан руководствоваться положениями Общей и Особенной частей УК. Правила назначения наказания не действуют сами по себе, они исполняются как процессуальная обязанность суда. Материальный закон представляет правило, которое соединяется с конкретным уполномоченным субъектом правоотношений через нормы УПК. Соответственно при установлении неправильного применения уголовного закона – как императивных норм, так и в части нарушения принципа справедливости, происходит констатация неисполнения судом своих процессуальных обязанностей, следствием которых явилось частное нарушение норм материального права.

должны получаться выводы, допускающие оценку вопросов факта как нарушение законности.

С учетом изложенного следует сформулировать основные исходные точки, отталкиваясь от которых можно будет изложить аргументацию жалобы.

Буквально в тексте ст. 317 УПК указано «не может быть обжалован по основанию…». Это означает, что все иные основания отмены вполне допустимы. Все процессуальные нарушения описываются двумя статьями – ст. 380 и ст. 381 УПК. Причем ст. 381 УПК состоит из двух частей. Первая часть – это описание любого процессуального нарушения, а часть вторая – только некоторые частные случаи. Ч. 1 ст. 381 УПК включает в себя любое процессуальное нарушение.

В ст. 297 УПК указано: приговор должен быть законным, обоснованным и справедливым. Соответственно, вынесение незаконного, необоснованного и несправедливого приговора является нарушением уголовно-процессуального закона, что следует квалифицировать по ч. 1 ст. 381 (п. 2 ч. 1 ст. 379) УПК. Как видим, в отношении данного основания не установлено каких-либо изъятий при обжаловании приговоров, постановленных в особом порядке. Этот аргумент стоит раскрывать максимально детально. Можно привести положение ч. 7 ст. 316 УПК, где указано, что на судье лежит обязанность по оценке доказательств. Дословно там указано: «Если судья придет к выводу, что обвинение, с которым согласился подсудимый, обоснованно, подтверждается доказательствами, собранными по уголовному делу, то он постановляет обвинительный приговор…». Нет данных о том, что ст. 317 УПК снимает с судьи эту обязанность. Соответственно речь идет о процессуальных нарушениях.

Предмет обжалования описывается в ст.ст. 360, 361, 373 УПК, суть которых в том, что предметом разбирательства в суде проверочной инстанции являются законность, обоснованность и справедливость приговора. Надо обратить внимание на то, что в ст. 317 УПК указана невозможность приведения конкретного вида основания отмены в виде ст. 380 УПК, но нет каких-либо изъятий в отношении требований к судебному акту. Никто не осмелится возразить на то, что приговор, вынесенный в особом порядке, должен соответствовать процессуальному закону.

В ст. 317 УПК введен запрет на приведение в жалобе одного основания отмены, и это никоим образом не ограничивает заявителя в приведении аргументов, в том числе и в части недоказанности вины. Для того чтобы пресечь отказ в рассмотрении жалобы, надо учитывать, что основание отмены – это решение суда кассационной, апелляционной или надзорной инстанции об отмене или изменении приговора при наличии конкретной ошибки. Эти ошибки в законе классифицированы в виде списка оснований отмены. Но этот список не является четким, и там предполагается множество пересечений. Одно и то же нарушение может быть одновременно отнесено к разным видам оснований отмены. Наиболее обширной является ч. 1 ст. 381 УПК, которая охватывает все процессуальные нарушения. Таким образом, основание отмены – это отнесение установленного нарушения к одному из видов оснований отмены. Соответственно, запрет, представленный в ст. 317 УПК, ограничивает суд в оценке установленного нарушения как основания, регламентированного в ст. 380 УПК, но никоим образом не распространяется на действия подателя жалобы. Заявитель свободен в приведении любых доводов. Под доводами следует понимать конкретные аргументы, указывающие на нарушения, допущенные при рассмотрении дела. При подаче апелляционной жалобы вообще нет необходимости приводить какое-либо основание отмены. В п. 4 ч. 1 ст. 363 УПК в качестве требования к апелляционной жалобе указано, что следует приводить только доводы и доказательства, обосновывающие его требования. Для кассационных жалоб установлено требование в приведении как доводов, так и одного из оснований отмены приговора. Но это никоим образом не должно вызывать каких-либо затруднений, так как позволяет с отсылкой на нормы закона изложить развернутую аргументацию о том, что при постановлении приговора было допущено процессуальное нарушение, и дело подлежит отмене по основанию, указанному в ч. 1 ст. 381 УПК.

Одним из дополнительных аргументов при обжаловании приговора, постановленного в особом порядке в связи с недоказанностью вины, может являться то, что апелляционная форма обжалования предполагает повторное рассмотрение всего дела. Коренным отличием апелляции от кассации является повторное рассмотрение дела. В том случае если вопросы вины и доказанности обвинения не рассматриваются, можно говорить об отказе права на апелляцию. Особый порядок не исключает оценку доказательств, она осуществляется (ч. 7 ст. 316 УПК), но это не находит своего закрепления в тексте приговора. Соответственно при апелляционном обжаловании следует оценивать правильность этих выводов. В том случае если суд апелляционной инстанции отказывается рассмотреть правильность постановления обвинительного приговора, можно ставить вопрос об отказе

в апелляции. Строго говоря, при регламентации апелляции невозможно опираться на основания отмены. Апелляционная инстанция обязана вынести новый приговор, если приходит к выводу, что при рассмотрении в первой инстанции допущены нарушения. При этом нет необходимости в мотивировке своего решения, а, следовательно, нет необходимости приводить основание отмены. Именно по этому пути шли составители Уставов 1864 года. С начала следующего года, в связи с вступлением изменений, внесенных в УПК Федеральным законом от 29.12.2010 № 433-ФЗ, областные суды официально перейдут на модель апелляционного обжалования, и аргумент приобретет большую значимость.

Объемы статьи не позволяют привести более развернутые аргументы. Придется ограничиться указанием на то, что этот аспект достаточно подробно рассматривается в работах видных процессуалистов. Можно обращаться к их работам и даже приводить развернутые цитаты. Ценность подобного подхода будет возрастать от уровня обжалования и уровня профессиональной компетенции судьи, рассматривающего жалобу. Надо учитывать, что в отечественной науке уголовного процесса остаются непререкаемыми авторитеты советского периода, и их аргументация будет рассматриваться. Упор следует делать на понятие законности и детально регламентировать свои требования нормами закона.

Ожидаемое изменение закона, в связи с введением апелляции, не влечет качественного изменения архитектуры уголовного процесса. Незначительные изменения в виде обоснованного возвращения формулы «существенность процессуального нарушения» не содержат разворота в направлении, противоположном всему предшествующему развитию уголовного процесса. Попытки сократить предмет обжалования в расщепленной на две части прежней надзорной стадии до рассмотрения вопросов законности в полной мере вписываются в ту колею, в которой шло развитие уголовного процесса. Эти изменения только усиливают изложенную аргументацию, так в п. 5 ст. 401.4 УПК на подателя кассационной жалобы возлагается обязанность указать на допущенные судом существенные нарушения норм уголовного или уголовно-процессуального закона, повлиявшие на исход дела. Формальное сокращение оснований отмены ч. 1 ст. 401.15 и ч. 1 ст. 412.9 УПК до нарушений закона никоим образом не препятствует подаче жалоб на приговоры, постановленные по правилам главой 40 УПК с использованием изложенной аргументации.

Пристатейный библиографический список

1. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций. – Свердловск, 1973.
2. Божьев В.П. Комментарий к ст. 380 / Научно-практический комментарий к УПК 2004.
3. Бородинов В.В. Порядок и основания отмены и изменения приговора суда первой и апелляционной инстанции в российском уголовном процессе: дис. … канд. юрид. наук. – Краснодар, 2003.
4. Гродзинский М.М. Кассационное и надзорное производство в советском уголовном процессе. – М., 1949.
5. Дорохов В.Я., Николаев В.С. Обоснованность приговора в советском уголовном процессе. – М., 1959; Недбайло П.Е. Применение советских правовых норм. – Госюриздат, 1960.
6. Морщакова Т.Г. Глава XIII. – Раздел В. – § 2 Требования, предъявляемые к приговору // Уголовный процесс: учебник для вузов / под общ. редакцией проф. П.А. Лупинской – М.: Юрист, 1995.
7. Основания отмены и изменения судебных решений по уголовным делам: сб. определений и постановлений / под. общ. ред. В.М. Лебедева. – М., 2007.
8. Петрухин И.Л. Понятие, виды и общая характеристика судебных ошибок. Глава 2 в коллективной монографии. Эффективность правосудия и проблема устранения судебных ошибок. – М., 1975. – Т. 1.
9. Познанский В.А. Вопросы теории и практики кассационного производства в советском уголовном процессе. – Саратов, 1978.
10. Ривлин А.Л. Пересмотр приговоров в СССР. – М., 1958.
11. Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. – М., 1970. – Т. 2.
12. Строгович М.С. Проверка законности и обоснованности судебных приговоров. – М., 1958.
13. Тавровский Б.М. Уголовно-процессуальные основания к отмене или изменению приговора кассационной инстанцией: дис. ... канд. юрид. наук. – Ярославль, 1978.
14. Титаев К.Д., Поздняков М.Л. Порядок особый – приговор обычный: практика применения особого порядка судебного разбирательства (гл. 40 УПК РФ) в российских судах. – СПб: ИПП ЕУ СПб, 2012.
15. Чельцов М.А. Уголовный процесс. – М., 1948.

Либанова С.Э.

ЗНАЧЕНИЕ КОДЕКСА ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ЭТИКИ В ВОСПИТАНИИ НРАВСТВЕННОГО ПРОФЕССИОНАЛИЗМА И ИНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИИ АДВОКАТУРЫ В РОССИИ

Кодексы профессиональной этики объективно необходимы из-за увеличивающейся дистанции между нормами права и морали. Юридической науке следует вырабатывать концепции профессиональной нравственности, служащие реальной защите конституционных прав граждан и преодолению правового нигилизма. Применение лучших обычаев адвокатской корпорацией обогатит не только правоприменительную практику, но и науку.

Ключевые слова: кодекс профессиональной этики, правовой нигилизм, адвокатская корпорация, профессионализм, независимость, защита конституционных прав и свобод, институт гражданского общества.

Libanova S.E.

VALUE OF THE CODE OF PROFESSIONAL ETHICS IN EDUCATION OF MORAL PROFESSIONALISM AND A LEGAL PROFESSION INSTITUTIONALIZATION IN RUSSIA

The Codes of the professional ethics objective necessary because of widening distance between rate of right and morals. The legal sciens follow to work out the concept to professional morality, serving real protection of the constitutional right of the citizens and overcome legal nihilism. Using best custom advocacy corporation will enrich not only legal practice, but also science.

Keywords: The Code of the professional ethics, legal nihilism, advocacy corporation, professionalism, independence, protection of the constitutional right and liberties, institution of civil society.

На протяжении веков, пока существует адвокатура, начиная от Древнего Рима и Афин, ведутся поиски нравственных критериев оценки и ее деятельности, и ее представителей. Существование и деятельность адвокатского сообщества невозможны без соблюдения корпоративной дисциплины и профессиональной этики, заботы адвокатов о чести и достоинстве, а также об авторитете адвокатуры. Полагаем, что кодексы профессиональной этики представляют собой в настоящее время нечто промежуточное между нормами права и морали, и объективно необходимы из-за увеличивающейся дистанции между ними.

Один из передовых отрядов интеллектуалов, призванный конституционно оказывать всем нуждающимся квалифицированную юридическую помощь (ст. 48 Конституции РФ), начал совершенствование адвокатской корпорации с воспитания уважения к ее принципам и праву, воспитывая самих защитников, прививая им азы адвокатской этики, путем закрепления регулирующих это норм в Кодексе профессиональной этики адвоката (далее – КПЭА), состоящем из 2-х разделов: «Принципы и нормы профессионального поведения адвоката» и «Процедурные основы дисциплинарного производства», включающих 27 статей.

Нравственные кодексы адвокатской профессии разрабатывались во многих странах (в Польше – 1970 г., в Венгрии – 1972 г. в Литве – 1974 г. и др.). Адвокаты Западной Европы ориентированы на «Общий кодекс правил для адвокатов стран европейского сообщества».

Принимались соответствующие акты и отдельными коллегиями адвокатов России.

В силу п. 2 ст. 4 закона об адвокатуре КПЭА устанавливает обязательные для каждого адвоката правила поведения при осуществлении адвокатской деятельности, а также основания и порядок привлечения адвоката к ответственности. Он направлен на регулирование отношений, складывающихся в рамках адвокатуры как института гражданского общества, не входящего в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления. Согласно п. 2 ст. 17 закона об адвокатуре, статус может быть прекращен в случае нарушения норм КПЭА (пп. 2) и при неисполнении или ненадлежащем исполнении решений органов адвокатской палаты, принятых в пределах их компетенции (пп. 3), а адвокат привлечен к дисциплинарной ответственности за поступок, порочащий честь и достоинство или умаляющий авторитет адвокатуры (ст. 19).

В ст. 2 КПЭА говорилось, что он дополняет законодательство об адвокатуре, а в результате декабрьских 2004 г. поправок к закону об адвокатуре ст. 4 пополнилась частью второй, согласно которой КПЭА вошел в законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре. Основанием отнесения этого корпоративного акта к источникам права явился сам закон об адвокатуре, содержащий обязанность адвоката соблюдать кодекс. Небольшая часть этических норм содержится и в самом законе об адвокатуре: запрет адвокату принимать поручение в случае, если у него имеется

самостоятельный интерес по предмету соглашения, запрет на дачу публичных заявлений о доказанности вины доверителя или запрет на отказ от принятой на себя защиты. Однако основной массив этических правил содержится именно в дополнительном источнике, в корпоративном акте, базирующемся на сложившихся в корпорации лучших обычаях и традициях, основанных на морали и нравственности.

Корпоративные акты – это формально определенный источник права. Адвокатское сообщество использует два вида корпоративных актов. Первым являются решения Федеральной адвокатской палаты. С позиции теории права государство делегировало полномочия по правотворчеству частично адвокатской корпорации, которая выработала и приняла этические нормы, автоматически приобретшие правовой характер.

Ко второму виду корпоративных актов адвокатского сообщества можно отнести решения адвокатских палат субъектов Российской Федерации, активно ведущих правотворческую деятельность (издание актов, определяющих порядок оказания юридической помощи по назначению). Адвокат, внесенный в реестр субъекта Российской Федерации, обязан подчиняться корпоративным нормам адвокатской палаты. В случае их неисполнения закон об адвокатуре предусматривает санкцию – прекращение статуса адвоката в связи с «неисполнением решений органов адвокатской палаты». Сфера действия адвокатского сообщества обширна, поэтому все нормы, регулирующие его деятельность, не могут быть формально закреплены ни в нормативных, ни даже в корпоративных актах. Особенно это касается норм адвокатской этики. Сам термин «этика» происходит от греческого ethos – обычай, нравственный характер. После формального санкционирования государством обычай становится правом.

Представляется, что применение лучших обычаев не только в решении вопросов адвокатской корпорации, но и во всех поверенных правоотношениях, регулируемых дополнительными источниками права, в том числе кодексами профессиональной этики, обогатит правоприменительную практику и науку.

Современная российская школа права относит корпоративные акты и обычаи к дополнительным нетрадиционным или санкционированным источникам права. Основным источником российского права, бесспорно, является нормативно-правовой акт, следовательно, все иные источники являются второстепенными, что приводит к их достаточно слабой научной проработке.

Нормы, зафиксированные в КПЭА, признаны Конституционным судом бланкетными, не нарушающими права и свободы, даже в случае возбуждения дисциплинарного производства в отношении адвоката, и не влияющими на правовое положение гражданина-доверителя.

Пришло время признать зарождение принципиально новой адвокатуры, получившей законодательно триединый статус, защищающей не только интересы членов своей корпорации, но и всех членов общества перед органами системы публичной власти профессионально и квалифицированно, на принципах нравственности и власти права, требующих дополнительного законодательного закрепления. Уровнем правовой культуры общества определяется очень многое в жизни человека, поэтому методологически необходима нравственность истоков и сущности каждой правовой нормы. Полагаем возможным предложить минимизировать количество принимаемых законов, ограничившись нормами-принципами Конституции РФ, являющимися критерием нравственности в праве и правоприменении с позиции всех слоев общества, требующими обеспечения всеми органами системы публичной власти.

Современное статусное состояние российской адвокатуры именуется нами как «триединство». Сравнительный анализ трех статусов адвокатуры (1. профессии адвокат; 2. сообщества адвокатов; 3. института гражданского общества) позволяет прийти к выводу о том, что субъектом адвокатской деятельности является лишь адвокат, а адвокатура, в ее организационном двуединстве, осуществляет правозащитную деятельность, разграничиваемую по объектам защиты и функциям. К сожалению, функции правозащитной деятельности адвокатуры как института не нашли отражения в законе об адвокатуре и до сих пор не определены самим адвокатским сообществом.

Признание государством адвокатуры институтом гражданского общества налагает на нее бремя обеспечения законности во всем обществе, в том числе со стороны самого государства в лице его органов власти. Двуединство адвокатуры как правозащитной организации обусловлено разделением ее функций на специальные (корпоративные) и общие (общественные). Различны и объекты правозащитной деятельности адвокатуры в двуединстве: для корпорации объект – адвокаты, для института – общество.

Адвокатура призвана конституцией (а значит, народом) реагировать на деяния власти и общества, активизируя его. Именно «активность» (наполненная содержанием, волей к чему-то) есть сущностный

признак гражданского общества. Положительный результат от такой активности может достигаться лишь при наличии профессионализма в сфере защиты прав у членов данного общества, способных быть равными в знании права с государственными чиновниками, призванными исполнять законы, не нарушая конституционные права человека, презюмируя их как основную ценность. До настоящего времени на монографическом уровне практически не исследована новая законодательная концепция разделения понятий «адвокатура» и «адвокатская деятельность», имеющая как сторонников, так и противников.

В своем третьем, институциональном, статусе адвокатура призвана обществом и государством выполнять деятельность отличную от деятельности корпорации. Институциональная адвокатура способна эффективно и профессионально обеспечить демокурию (от лат. kurij – надзор и democ – народ) за обеспечением не только судебной, но исполнительной и законодательной властью конституционных прав и свобод человека, являясь одним из элементов предлагаемого конституционно-правового механизма обеспечения прав и свобод человека, представляющего систему правовых способов, методов и средств воздействия на общественные отношения, в целях обеспечения реализации конституционно гарантированных прав и свобод человека всеми субъектами общества, объединенными единой кросс-культурной целью в понимании истины, как неизбежности такого обеспечения. Неизбежность обеспечения конституционно гарантированных человеку прав и свобод включает их охрану, защиту, а главное – восстановление, путем взаимодействия государственных органов, наделенных властными функциями контроля, и особых институтов гражданского общества, способных эффективно формировать общую и правовую культуру населения, выполнять обеспечительные, охранительные, защитные, информационные, воспитательные, медиационные функции. Обеспечение гарантирования прав и свобод человека возможно лишь при наличии развитой системы конституционно-правовых гарантий, включающей не только деятельность государственных правоохранительных институтов, но и независимых от государства (экономически и организационно) профессионально-правовых правозащитных институтов гражданского общества. Таким институтом, по нашему мнению, является адвокатура, обладающая законодательно закрепленным триединством статусов.[1]

Это концептуальное положение отличается от мнения некоторых ученых, проводящих государственные исследования, полагающих, что государство (его органы) выступает единственным гарантом защиты прав и свобод личности.[2]

Основная глобальная проблема кодификации российского законодательства кроется, на наш взгляд, в определении приоритетов правоприменения в эпоху отдаленности права от нравственности и крайней приближенности к политике.

В силу ст. 2 Конституции РФ человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. Особенно важно в свете рассматриваемых проблем то, что согласно ст. 18 Конституции РФ права и свободы человека определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием.[3]

Конституционно наше государство объявлено и правовым, и социальным. Но пока не господствует закон, пока права человека поставлены в зависимость от произвола чиновника, пока не обеспечена эффективная судебная защита этих прав, уравнивающая взаимную ответственность государства и личности, правовым оно не станет. Правовое государство нельзя построить без поддержки гражданского общества. Только при наличии «обратной связи» можно говорить о положительном эффекте проводимой государством политики построения правового государства.

Одним из основных государственных правоприменителей являются суды, которые, по сути, должны осуществлять защиту прав и интересов граждан, но зачастую усугубляют и без того серьезную путаницу в праве. Судебный прецедент нашей правовой системой не признается источником права, но судьи используют его в последнее десятилетие при переходе на принцип состязательности, освободившись от обязанности поиска истины, гораздо чаще. Руководящие разъяснения, Постановления Пленума Верховного суда и Информационные письма Высшего арбитражного суда РФ являются не разъяснением и толкованием уже существующих норм, а по сути дела созданием новых. Зачастую нижестоящим судам предписывается поступать вразрез с нормами действующего права. Например, при рассмотрении дел о взыскании задолженности арбитражным судам дано было

1 Либанова С.Э. Конституционно-правовые основы деятельности адвокатуры в обеспечении прав и свобод человека в Российской Федерации. – Курган: Курганский гос. ун-т, 2010. – С. 130.

2 Лебедев В.А. Конституционно-правовая охрана и защита прав и свобод человека и гражданина в России. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 2005. – С. 226.

3 Конституция РФ от 12.12.1993 в ред. от 21.07.2007 № 5-ФКЗ.

право понижать проценты за пользование чужими денежными средствами, приравнивая их к неустойке, хотя в ст. 395 ГК РФ такого варианта обеспечения исполнения обязательств не предусмотрено.

Глобальная проблема кроется в отсутствии в России не только единой системы права, но и единства правоприменения в самой судебной системе. Проблемы искусственной криминализации гражданского права явились предметом рассмотрения ученых, участников диалогов первого круглого стола «Проблемы обеспечения единства судебной практики и судебной системы», состоявшегося 27 ноября 2008 г. в Москве.[4]

Недопустимость неадекватного применения уголовного права к гражданским правоотношениям, приводящая к искусственному ограничению средств защиты гражданского права, обусловлена в том числе и невозможностью получения компенсации потерпевшим в полном объеме. Государство регламентирует защиту прав потерпевших за счет преступников, что практически никогда не дает полного возмещения, хотя конституционно обязано обеспечивать защиту граждан от преступлений, следовательно, нести данную обязанность.

Более того, ст. 90 УПК РФ не устанавливает преюдицию для уголовного суда не только в отношении неуголовных судов, но и даже в отношении приговора другого уголовного суда. Каждый уголовный суд действует и правоприменяет сам по себе, имея право принять любое решение, будучи не связан даже судебными актами, которые на тот момент уже существуют. Ярким примером является дело «ЮКОСа». По первому уголовному делу Лебедев и Ходорковский осуждены за налоговые преступления. Имеются несколько решений арбитражного суда, содержащих преюдицию о вхождении компаний в структуру концерна «ЮКОС», совершившего налоговые правонарушения и обязанного заплатить недоимку, пеню, штраф. Решение исполнено, деньги взысканы в пользу бюджета. По новому уголовному делу в основу положены те же фактические обстоятельства, но обвинение квалифицирует их как хищение, что и пытается доказать следствие. Но с похищенного имущества незаконно взыскивать налоги. В литературе отмечалось, что если Ходорковского и Лебедева по новому обвинению осудят, то по вновь открывшимся обстоятельствам придется отменять приговор по предыдущему делу, а затем отменять решения арбитражных судов и возвращать налоги.[5]

Полагаем, что государство станет реально правовым, когда каждый судья, начиная с мирового, при вынесении решений начнет руководствоваться презумпциями соблюдения прав и свобод человека, а не чиновника в публичных спорах, гарантированных Конвенцией о защите прав человека и основных свобод и Конституцией РФ, а решения Конституционного суда РФ получат законодательно большую юридическую силу, чем Верховного и Высшего арбитражного судов, и их исполнение будет обеспечено государством. Для этого достаточно и целесообразно внести изменения в ст. 369 ГПК РФ, ст. 289 АПК РФ, ст. 388 УПК РФ, конкретизировав, что обязательные указания вышестоящих судов для нижестоящих должны базироваться на конституционных принципах и нормах и соответствовать судебным актам Конституционного суда. Для устранения коллизий между нормативными актами ВС РФ и ВАС РФ (например, в случае компенсации утраты товарного вида владельцам транспортных средств за счет страховщиков по договорам добровольного страхования) требуется признать обязательными для всех судов нормативные акты именно Конституционного суда как основанные на нормах и принципах высшего закона страны и исполнять их.

В судейском сообществе Советом судей 21 октября 1993 г. принят «Кодекс чести судьи РФ»,[6] базирующийся на федеральном законе «О статусе судей в РФ». Кодекс акцентирует внимание на чести судьи, исходя из моральной ценности личности, представляющей судебную власть как при исполнении профессиональных обязанностей, так и во внесудебной деятельности. Судьи обязаны руководствоваться общепринятыми нормами нравственности и правилами поведения наряду с конституцией и другими законодательными актами, действующими на территории РФ. Социальное значение соблюдения нравственных норм судьями должно способствовать утверждению в обществе уверенности в справедливости, беспристрастности и независимости суда. Требуется обеспечить соблюдение всеми судьями этого кодекса. В настоящее время это может сделать адвокат, имеющий право обратиться в интересах своего доверителя при нарушении судьей нематериальных норм права (пересмотр решения – компетенция вышестоящей судебной инстанции), а нравственных – в квалификационную комиссию судей, дающую оценку поведению судьи, качества отправления им правосудия от имени государства, наделенную правом

4 Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике // Международная коллективная монография. – М.: Статут, 2009. – С. 30.

5 Там же. – С. 35.

6 «Кодекс судейской этики» (утв. VI Всероссийским съездом судей 2.12.2004) // Российская юстиция, 2005. – № 1–2.

привлечения его к дисциплинарной ответственности, вплоть до лишения судейского статуса.

В остальных сферах профессиональной деятельности юристов этические правила закреплены в федеральных законах, регламентирующих их деятельность (Основы законодательства о нотариате, ФЗ «О прокуратуре», УПК РФ).

Активно проводимые научные исследования и двадцатилетняя адвокатская практика автора свидетельствуют о том, что пробелы в правовых знаниях человек восполняет нравственными представлениями о добре и зле, о справедливом и несправедливом и на этом основании делает вывод о должном правоприменении, оценивая свои поступки и поступки других людей. Более того, нравственные убеждения нередко являются более действенным средством внутреннего самоконтроля, чем отрывочные представления о праве и последствиях его нарушения. Не без оснований некоторыми авторами утверждалась мысль об этико-правовых установках личности, о соединении права и морали в правовой пропаганде, об усилении взаимосвязи между правом и моралью по мере превращения социалистического права в общенародное.[7] Методологически это означает непременное освещение нравственных истоков и нравственной сущности разъясняемой правовой нормы. Уважение к праву основывается не только на его оценке государством, но и на признании его необходимости и справедливости каждым членом общества.

Существующая кодификация не выполняет свою главную роль – отсутствуют четкие и справедливые законы, не вырабатываются эффективные правовые нормы. Власть права наступит, если профессионалы – правоведы-правоприменители будут надлежащим образом исполнять перед обществом, гражданами и юридическими лицами возложенные на них обязанности по обеспечению конституционных прав и свобод человека, руководствуясь нормами морали и нравственности, соблюдая требования Конституции РФ, не прикрываясь несовершенным специальным законом, не соответствующим древним и незыблемым представлениям о добре и зле. Государство реально станет правовым. Правовой нигилизм вытеснит всеобщая правовая культура, что приведет к построению цивилизованного гражданского общества.[8]

Проблема кроется в отсутствии нравственности в праве, в науке о праве, прямым образом влияющих на развитие общества, воспитание правовой культуры, соблюдение конституционных принципов. Юридической науке следует вырабатывать концепции, направленные в первую очередь на защиту конституционных прав граждан с учетом нравственности. Это послужит началом преодоления правового нигилизма в обществе, пониманию права каждым, признанию его и в конечном итоге соблюдению законов и их соответствию конституционным презумпциям. Одной из концепций, способствующих построению правового государства и развитого гражданского общества, может стать следующая концепция: «Невеждой, не знающим нравственный правовой закон, должно быть не престижно, а не соблюдать его – экономически не выгодно».

Представляется обоснованным для возрождения гражданского правосознания и правовой культуры обратиться к кросс-культуре Древнего Рима. Уровнем правовой культуры общества определяется очень многое в жизни человека, поэтому методологически необходима нравственность истоков и сущности каждой правовой нормы. Полагаем возможным предложить минимизировать количество принимаемых законов, ограничившись нормами-принципами Конституции РФ, являющимися критерием нравственности в праве и правоприменении с позиции всех слоев общества, требующими обеспечения всеми органами системы публичной власти. Это позволит создать социокультурную реальность с высокой правовой культурой населения России, обеспечив движение к цивилизованным общественным отношениям (внутригосударственным и межгосударственным), устойчивому правопорядку, ограничивающему возможности для коррупции, криминала и правонарушений. Такой кросс-культурный подход способен реально привести к построению правового государства и развитого гражданского общества, объединенных единой целью, провозглашенной конституционно-приоритетным обеспечением интересов человека и гражданина, их прав и свобод.

Обеспечить эффективное признание государством, всей системой публичной власти презумпции прав и свобод человека и гражданина, базирующейся на конституционных принципах как истине бытия, способен конституционно-правовой механизм обеспечения прав и свобод человека (подразумевается: гражданина, личности, индивида) (далее – механизм конституционного обеспечения). Этот механизм представляет собой систему правовых способов, методов и средств воздействия

7 Бойков А.Д. Правовая культура и вопросы правового воспитания. – М., 1974. – С. 32–33.

8 Либанова С.Э. Взаимодействие кодексов профессиональной этики и кодексов действующего законодательства на примере Кодекса адвокатской этики и Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» от 31 мая 2002 г. с изм. 2005 г. // Международная научно-практическая конференция «Кодификация российского законодательства: теория, практика, техника. – Н. Новгород, 2008. – С. 74.

на общественные отношения, в целях обеспечения реализации конституционно гарантированных прав и свобод человека всеми субъектами общества, объединенными единой кросс-культурной целью в понимании истины как неизбежности такого обеспечения. Неизбежность обеспечения конституционно гарантированных человеку прав и свобод включает их охрану, защиту, а главное – восстановление, путем взаимодействия государственных органов, наделенных властными функциями контроля, и институтов гражданского общества, обладающих особыми качествами, способными эффективно реализовать функцию общественного профессионально-правового надзора за обеспечением системой публичной власти (всеми тремя ветвями власти всех уровней на всей территории РФ) конституционных прав и свобод человека, способными эффективно формировать общую и правовую культуру населения, выполнять обеспечительные, охранительные, защитные, информационные, воспитательные, медиационные функции. Обеспечение гарантирования прав и свобод человека возможно лишь при наличии развитой системы конституционно-правовых гарантий, включающей не только деятельность государственных правоохранительных институтов, но и независимых от государства (экономически и организационно) профессионально-правовых правозащитных институтов гражданского общества (например, адвокатуры в ее триединстве). Это концептуальное положение отличается от мнения некоторых ученых, проводящих государственные исследования, полагающих, что государство (его органы) выступает единственным гарантом защиты прав и свобод личности.[9] Предлагаемый конституционный механизм обеспечения, способный ускорить интеграцию институтов государства и гражданского общества на основе кросс-культурного подхода к общечеловеческим ценностям, сделав правоприменение правовых норм нравственным, соответствующим конституционным принципам и презумпциям, состоит из пяти элементов: 1. Объекты защиты – права и свободы человека и гражданина. 2. Субъекты защиты – государственные органы, государственно-общественные органы, общественные правозащитные объединения и организации, в том числе институт адвокатуры; 3. Основания защиты – нормы, закрепленные в источниках отрасли конституционного права. 4. Гарантии. 5. Способы и методы обеспечения конституционных принципов и презумпций, классифицируемые исходя из статуса субъектов защиты, объединенных едиными целями, задачами, достигаемыми реализацией определенных функций и полномочий. Его сутью является обеспечение (включающее защиту, охрану, восстановление) реализации высшего принципа предназначения государства – заботы о человеке, его конституционных правах и свободах, интегрального взаимодействия институтов, организаций и органов государства и общества по реализации конституционных приоритетов, достигаемое наличием эффективного гражданского надзора (народонадзора – демокурии (латынь)) за обеспечением верховенства права (правовластием, властью права в деятельности правоприменителей) и соблюдением конституционных прав и свобод правоприменителями и законодателями.[10] Обеспечение гарантирования конституционных прав и свобода человека должно стать неизбежным в правовом и социальном аспектах, следуя лингвистическому толкованию.

Нормы права должны быть направлены не только на установление определенных прав и свобод человека, но и на обеспечение их охраны и полное восстановление. В правовом государстве не должно быть пробелов в законодательстве, а законы не могут подменяться подзаконными актами. Право, закрепляя свободу личности в неразрывной связи с ответственностью за свои поступки, создает основу для воспитания молодого поколения и формирования высоконравственной властной элиты. Нередко законы не отражают действительность, не соответствуют ей (процесс законотворчества весьма статичен), в том числе материально не обеспечены, поэтому они остаются не действующими. Если фактически нет права, невозможно признать государство правовым. Гражданину не разобраться в сложных хитросплетениях и коллизиях современной правовой системы, что позволяет ему прийти к выводу о фикции законодательства и неравенстве всех перед законом. Это является одной из веских причин, порождающих рост правового нигилизма в стране и сводящих на нет издание самых совершенных законов, кодифицированных с помощью самых четких кодификационных схем. Правовой нигилизм имеет древние корни. Еще Конфуций предлагал заменить законы традиционными нравственными установлениями. Он предполагал,

9 Лебедев В.А. Конституционно-правовая охрана и защита прав и свобод человека и гражданина в России. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 2005. – С. 266.

10 Либанова С.Э. Власть права, реализуемая путем общественного профессионального надзора над властью чиновников в механизме обеспечения конституционных прав. Международная коллективная монография «2000–2010 годы: эволюция и генезис структуры социально-политических отношений в России и за рубежом». В 3-х частях. – Том 1. / Под общей редакцией Д.П. Пискарева и И.Е. Пискаревой. – М., 2010. – С. 272.

что такие принципы, как «уважай и почитай старшего», смогут заменить навязанные государством нормы.

Законодатель не может быть свободен в правовом государстве, где действует принцип верховенства права. Он зависим от Конституции РФ, от норм международного права и общепризнанных принципов международного права, и он должен находиться под профессиональным правовым общественным надзором гражданского общества в лице его отдельных институтов и, безусловно, под контролем Конституционного суда РФ. Но и тут существуют нерешенные до настоящего времени проблемы, связанные с отсутствием порядка исполнения решений Конституционного суда и неприменении судами всех инстанций самостоятельно законов и подзаконных актов, не несоответствующих Конституции и конституционным принципам.

Интересным представляется экскурс в историю самого понятия «Кодификация». Согласно энциклопедическому словарю Ф.А. Брокгауз – И.А. Ефрон 1890 года, «Кодификация» – выражение, употребляемое со времени Бентама для обозначения законодательной деятельности, направленной на приведение в известность, упорядочение, систематическое объединение и выражение в виде общего закона права страны в целом его объеме или важнейших частях. Кодификация сопровождается пересмотром всех источников права, соглашением их между собой, приспособлением к существующим условиям, дополнением новыми законами и исключением всего отжившего. Эта отличительная черта кодификации придает ей особое значение в историческом развитии права страны, для которой она создается. Кодификация открывает новый период в этом развитии, приурочивая к себе весь дальнейший рост права и подчиняя своему безусловному влиянию юридическую мысль страны.[11] Но проблемы кодификации сегодняшнего дня подтвердили правильность опасений, высказываемых с наибольшей силой Савиньи и повторяемых другими последователями «исторической школы», рассматривающими право, как непосредственное проявление народного убеждения в обычае и науке права, считавшими вмешательство законодателя в народную жизнь в области права явлением, могущим вызываться лишь исключительными обстоятельствами и часто противоречащим правильному его росту. По их мнению, кодификация, подчиняющая всю жизнь руководству общего закона, устраняющая обычай и приурочивающая к себе дальнейшее развитие юриспруденции, является в особенности вредной для этого роста. Последователи «исторической школы» доказывали, что кодификация, фиксируя право данного момента в его существующем выражении, придает обязательную силу не только ясно осознанным и хорошо сформулированным нормам, но и неразвившимся, проявляющимся в данное время в виде одностороннем или уродливом, что без кодификации последние получили бы в будущем свое полное выражение, при ней обречены на приложение их к жизни именно в этом несовершенном виде. Актуальным для сегодняшнего дня представляется вывод данной школы о том, что заботы государства должны быть направлены не на кодификацию, а по преимуществу на развитие юриспруденции, которая объединит право в научной системе лучше, чем законодательство.[12] Согласно энциклопедическому словарю, кодекс – это систематический сборник законов, относящихся к отделу или целой совокупности отделов права, изданный законодательной властью. Иногда употребляют это слово в более широком смысле: Кодекс морали, Кодекс грамматических правил и т.д.

Существующее в настоящее время хаотическое состояние источников права является обычным поводом к совершенствованию кодификации. Количество законов и подзаконных актов на сегодняшний день таково, что их не только невозможно все знать, но и прочитать, даже специалисту. Никакая юриспруденция не может уже определить состав действующего права вследствие огромного накопления отдельных законов, неясности терминов, отсутствия единого терминологического ряда для одних и тех же явлений и целого ряда иных причин.

При систематизации существующего законодательства возможно выявление с точки зрения парадигм и презумпций, вырабатываемых десятилетиями юридической наукой, обоснованности и законности новоизданных нормативных актов, призванных к появлению определенными группами политиков. Рецензирование всех правовых актов при их правоприменении с позиции презумпции соответствия конституционному требованию обеспечения прав и свобод человека будет способствовать отделению политических актов от юридических. Представляется, что это приведет

11 Энциклопедический словарь, репринтное воспроизведение издания Ф.А. Брокгауз – И.А. Ефрон, 1890. – СПб.: Семеновская типо-литография, Фонтанка, 92; Издательский центр «Терра», 1990 / под ред. проф. И.Е. Андриевского.

12 Энциклопедический словарь, репринтное воспроизведение издания Ф.А. Брокгауз – И.А. Ефрон, 1890. – СПб.: Семеновская типо-литография, Фонтанка, 92; Издательский центр «Терра», 1990.

в последующем к достижению построения гармоничного общества и соблюдению конституции, а не позволит извлекать прибыль за счет хотя бы временного нарушения или ущемления чьих-то прав. Например, за счет нарушения прав предпринимателей и сбора с них незаконных акцизов для экономической раскрутки регионального предприятия, хотя бы временно, под угрозой государственных органов при обращении в суд получить неимоверное количество всякого рода проверок.

Но само по себе право не в состоянии гарантировать ни преобладания в обществе добрых нравов, ни успешности либеральных реформ. При полноте законодательства и его относительном совершенстве (абсолютное, полагаем, невозможно) требуется профессиональное и нравственное правоприменение. Это входит в круг обязанностей органов исполнительной и судебной власти и требует надзора со стороны определенных институтов гражданского общества. Издавна существовала концепция, согласно которой государство создает право, которое впоследствии это государство связывает широкой системой норм, сетью запретов и дозволений. Все это сказалось на современном состоянии законности и правопорядка так называемых развитых капиталистических стран – прежде всего государств Западной Европы. В настоящий момент проблема правового нигилизма в них практически не существует. Население этих стран соблюдает законы, люди следуют предписанию норм права не потому, что за их неисполнение следует ответственность, а потому что «так требует закон» (dura lex, sed lex). Рядовым гражданам пример законопослушного поведения подает их правительство. Первенство, без сомнения, принадлежит Германии, где не только обыватели неукоснительно следуют букве закона, но и правительство. Немцы никогда не переходят улицу на красный свет, даже при отсутствии автомобилей, и не мусорят на улицах.

Таким образом, одной из актуальнейших проблем совершенствования системы права в Российской Федерации является достижение с ее помощью основных целей развития общества: построение правового государства и цивилизованного гражданского общества. Эффективные средства решения очерченной проблемы следует исследовать с двух позиций:

1. Пути совершенствования законотворчества: 1.1. принятием законов, содержащих оптимально приближенные к нравственности правовые нормы; 1.2. принципиальное сокращение количества самих источников права.

2. Пути совершенствования правоприменения: 2.1. толкование многочисленных коллизий права, законодательства, отрасли и т.п. в соответствии с конституционными презумпциями; 2.2. активное использование нравственных критериев (нравственность правоприменителей, нравственность защитников, воспитание через право нравственности общества).

Пристатейный библиографический список

1. Бойков А.Д. Правовая культура и вопросы правового воспитания. – М., 1974.
2. Либанова С.Э. Конституционно-правовые основы деятельности адвокатуры в обеспечении прав и свобод человека в Российской Федерации. – Курган: Курганский гос. ун-т, 2010.
3. Либанова С.Э. Власть права, реализуемая путем общественного профессионального надзора над властью чиновников в механизме обеспечения конституционных прав. Международная коллективная монография «2000–2010 годы: эволюция и генезис структуры социально-политических отношений в России и за рубежом» / Под общей редакцией Д.П. Пискарева и И.Е. Пискаревой. – Москва, 2010. – Т. 1.
4. Либанова С.Э. Взаимодействие кодексов профессиональной этики и кодексов действующего законодательства на примере Кодекса адвокатской этики и Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» от 31 мая 2002 г. с изм. – 2005 // Международная научно-практическая конференция «Кодификация российского законодательства: теория, практика, техника. – Н. Новгород, 2008.
5. Лебедев В.А. Конституционно-правовая охрана и защита прав и свобод человека и гражданина в России. – М.: Изд-во Моск. ун-та, 2005.
6. Верховенство права и проблемы его обеспечения в правоприменительной практике // Международная коллективная монография. – М.: Статут, 2009.
7. Энциклопедический словарь, репринтное воспроизведение издания Ф.А. Брокгауз – И.А. Ефрон, 1890. – СПб.: Семеновская типо-литография, Фонтанка, 92. Издательский центр «Терра». – 1990.

Бусурина Е.О.

ПРИНУДИТЕЛЬНОЕ ОБУЧЕНИЕ ПО ПОВЫШЕНИЮ КВАЛИФИКАЦИИ КАК МЕРА ДИСЦИПЛИНАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ АДВОКАТА

Статья посвящена исследованию принудительного обучения по повышению квалификации адвоката в качестве меры дисциплинарной ответственности. В ней анализируется обязанность адвоката постоянно совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию, а также дисциплинарная практика адвокатских палат субъектов Российской Федерации.

Ключевые слова: дисциплинарная ответственность, дисциплинарный проступок, повышение квалификации.

Busurina E.O.

COMPULSORY TRAINING ON IMPROVEMENT OF QUALIFICATION AS A MEASURE OF DISCIPLINARY RESPONSIBILITY

The article is devoted to research a compulsory training on improvement of qualifications of advocate as a disciplinary measure. The author analyses the duty of advocate to improve their knowledge and their skills, as well as the disciplinary practice of the advocate chambers of the subjects of the Russian Federation.

Keywords: disciplinary liability/responsibility, disciplinary case, improvement of qualifications.

Основные принципы, касающиеся роли юристов,[1] принятые восьмым Конгрессом ООН, относят непрерывное образование и постоянное совершенствование знаний адвокатами к международно-признанным стандартам адвокатской профессии, несоблюдение которых является основанием для привлечения к дисциплинарной ответственности, и обязывают профессиональные объединения (палаты) адвокатов способствовать непрерывному образованию и подготовке юристов (п.п. 24 и 29). Одной из обязанностей адвоката, предусмотренной статьей 7 Закона об адвокатуре, является требование постоянно совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию. Это обусловлено непрерывным изменением законодательства и практики его применения, развитием теории права.

Федеральной палате адвокатов (далее ФПА) и адвокатским палатам субъектов РФ принадлежит основополагающая роль в обеспечении надлежащего уровня подготовки адвокатов, позволяющего им оказывать квалифицированную юридическую помощь. Федеральный Закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации[2]» (далее – Закон об адвокатуре) устанавливает, что адвокатские палаты субъектов РФ обязаны:

– обеспечить контроль над профессиональной подготовкой лиц, допускаемых к осуществлению адвокатской деятельности (п. 4 ст. 29);

– содействовать повышению профессионального уровня адвокатов, в том числе утверждать программы повышения квалификации адвокатов и обучения стажеров адвокатов, организовать профессиональное обучение по данным программам (подп. 8 п. 3 ст. 31).

Совет ФПА РФ содействует повышению профессионального уровня адвокатов, в том числе путем утверждения программ повышения квалификации адвокатов и обучения стажеров адвокатов, организации профессионального обучения по таким программам, так как наметились тенденции сближения современной российской адвокатуры с общеевропейскими стандартами организации адвокатуры. Решением Совета ФПА РФ от 30 ноября 2007 г. (протокол № 3) была утверждена Единая методика профессиональной подготовки и переподготовки адвокатов и стажеров адвокатов,[3] которая позволила установить единые требования к региональным программам обучения адвокатов. Абзац второй пункта 8 данной методики предусматривает ответственность адвоката за уклонение от постоянного совершенствования знаний и повышения квалификации. Так адвокаты, не выполняющие обязанности постоянно совершенствовать свои знания и повышать свою квалификацию, не выполняющие требований, предусмотренных Единой методикой и решений органов самоуправления адвокатских палат по вопросам повышения квалификации, подлежат привлечению к дисциплинарной ответственности в соответствии с Кодексом профессиональной этики адвоката[4] (далее – КПЭА).

В связи с этим ряд адвокатских палат предусмотрел возможность применения принудительного прохождения обучения в случае невыполнения

1 Приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями. – Гавана, 27.08 – 7.09.1990.

2 Собрание законодательства РФ, 2002. – № 23. – Ст. 2102.

3 Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – 2008. – № 2/20. – С. 54–61.

4 Вестник адвокатской палаты г. Москвы. – 2005. – № 4–5.

адвокатом обязанности по повышению квалификации. Например, Положение о порядке повышения профессиональной квалификации адвокатов адвокатской палаты Волгоградской области,[5] разработанное в целях обеспечения реализации решения Совета ФПА РФ от 25.06.2004 г. и 30.11.2007 г., в пункте 5.6. закрепляет: «Адвокаты, не прошедшие в установленном в настоящем положении порядке и в установленные сроки обязательное обучение либо самообучение, обязаны в течение шести месяцев пройти полное тематическое обучение по п. 3.1. «а» настоящего положения либо вправе подтвердить самостоятельное поддержание своей профессиональной квалификации путем сдачи экзамена по вопросам, предусмотренным для лиц, претендующих на получение статуса адвоката, в порядке, установленном Советом Адвокатской палаты Волгоградской области». Некоторыми адвокатскими палатами субъектов РФ уже выработана определенная позиция при рассмотрении данной категории дел, которая заключается в избрании предупреждения в качестве основной меры ответственности и продлении срока для обязательного повышения квалификации.

Так Советом адвокатской палаты Самарской области было рассмотрено дисциплинарное дело в отношении адвоката Х.,[6] чей непрерывный стаж адвокатской деятельности по состоянию на 26 июня 2009 г. составлял не менее 5 лет, который не прошел обязательного повышения квалификации в соответствии с Программой повышения квалификации адвокатов и обучения стажеров, не представил документального подтверждения повышения своей квалификации в иных видах и формах, принимаемых к зачету в соответствии с Программой, не прошел квалификационный экзамен. До этого за неисполнение обязанности по совершенствованию своих знаний к нему дважды применялась мера ответственности в виде предупреждения о прекращении статуса и продлялся срок для повышения квалификации на 4 месяца.

Принимая во внимание, что подобная дисциплинарная практика существует в ряде регионов, считаем возможным рассматривать ее в качестве предпосылки для законодательного закрепления меры ответственности в виде принудительного обучения по повышению квалификации. Данная мера может применяться как основное, так и в качестве дополнительного наказания. Например, при нарушении адвокатом обязанности постоянно совершенствовать свои знания и повышать квалификацию к нему следует применить данную меру в качестве основного наказания. В случае если будет установлено, что адвокат совершил правонарушение из-за недостаточной профессиональной квалификации, то данную меру следует избрать в качестве дополнительной к основному виду, например, замечанию или предупреждению.

При избрании данной меры Совету адвокатской палаты следует определить ту область юридических знаний, в которой адвокату следует повысить свою квалификацию, а также определить необходимое количество часов, которые адвокат должен затратить на улучшение своих знаний, и установить сроки для выполнения данного вида ответственности. Повышение квалификации должно включать в себя, как минимум, ту область юридической деятельности, в которой адвокат проявил недостаточную компетенцию, но не обязательно должно ею ограничиваться. Результатом, подтверждающим успешное повышение квалификации, должен стать соответствующий экзамен.

На практике может возникнуть вопрос, каким образом стоит определять область юридических знаний, в которой адвокат недостаточно квалифицирован, для принудительного отправления его на курсы повышения квалификации? Проанализировав дисциплинарную практику адвокатских палат субъектов РФ, мы пришли к выводу, что достаточно часто причиной совершения правонарушения является несоблюдение адвокатом законодательства РФ в той или иной области права. Например, адвокат подготовил «исковое заявление, которое суд неоднократно оценивал как несоответствующее требованиям ГПК РФ[7]», дал доверителю «несоответствующую действующему законодательству консультацию относительно порядка реагирования на вынесение судом определения об оставлении искового заявления без движения», что, несомненно, свидетельствует о недостаточной квалификации адвоката в области гражданского процессуального права. Или адвокат, принявший поручение на защиту в стадии предварительного следствия по соглашению, отказался от защиты обвиняемого в суде первой инстанции из-за отсутствия у доверителя средств оплатить услуги адвоката, что является грубым нарушением не только Уголовно-процессуального кодекса РФ (п. 7 ст. 49), но и Закона об адвокатуре (п.п. 6 п. 4 ст. 6) и КПЭА (п. 2 ст. 13). В результате рассмотрения данного дела Квалификационная комиссия оправданно пришла

5 Электронная версия газеты «Волгоградский адвокат». – № 9–10 (34–35), октябрь 2008.

6 Решение Совета палаты адвокатов Самарской области. – № 11-01-13/СП.

7 Заключение Квалификационной комиссии Палаты адвокатов Нижегородской области по дисциплинарному производству в отношении адвоката К.Н.М. от 15 июля 2009.

к заключению, «что адвокат С. неправильно понимает или даже не знает закона».[8] А следовательно, для оказания квалифицированной помощи такому адвокату необходимо улучшить свои знания, например, на курсах повышения квалификации.

По вопросам подготовки и повышения профессионального уровня адвокатов ФПА РФ активно сотрудничает с Московской государственной юридической академией имени О.Е. Кутафина (МГЮА), при которой действует Институт адвокатуры, а также с Российской академией адвокатуры и нотариата (РААН). В 2009 г. ФПА РФ подписала соглашение о сотрудничестве с Российской правовой академией Минюста России (РПА МЮ РФ). Для совершенствования единой системы профессионального обучения (переподготовки) адвокатов и реализации на постоянной основе образовательных программ ФПА в сентябре 2011 г. создала Центр правовых исследований, адвокатуры и дополнительного профессионального образования ФПА РФ. Одной из главных целей создания Центра является организация эффективной системы повышения квалификации адвокатов, их профессионального обучения и дополнительного образования.

В качестве примера для реализации исследуемой меры ответственности можно рассмотреть курсы повышения квалификации адвокатов, действующие при РААН уже около восьми лет. Так Адвокатской палатой г. Москвы для адвокатов со стажем адвокатской деятельности до одного года предусмотрено обязательное прохождение курса в объеме не менее 30 часов по программе «Введение в профессию», организуемого Советом АП г. Москвы на базе данного ВУЗа. Данный курс освещает базовые направления адвокатской деятельности, основные проблемы, возникающие у адвоката на практике. Также при РААН действуют Высшие курсы повышения квалификации ФПА РФ по отдельным правовым дисциплинам для адвокатов всех субъектов РФ на основе очной формы обучения:[9] «Деятельность адвоката в арбитражном процессе», «Деятельность адвоката в гражданском процессе», «Деятельность адвоката в уголовном процессе», «Защита прав адвокатов», «Специальные знания в деятельности адвоката», тренинг «Медиация в адвокатской деятельности», тренинг «Психология профессиональной деятельности адвоката», тренинг «Судебные прения» и тренинг «Юридическая риторика в деятельности адвоката». То есть данные курсы охватывают основные направления адвокатской деятельности, способствуют совершенствованию адвокатских знаний и направлены на повышение квалификации адвокатов.

После прохождения адвокатом обучения в любом учебном заведении, обладающем правом на проведение курсов, повышающих квалификацию адвокатов, он получает документ государственного образца, который необходимо предъявить в адвокатскую палату субъекта РФ в установленный срок. После этого адвокату назначается дата сдачи экзамена в квалификационной комиссии. По результатам сдачи экзамена комиссия принимает либо решение об успешном выполнении меры ответственности в виде принудительного обучения по повышению квалификации, либо о неисполнении или ненадлежащем исполнение адвокатом решения Совета адвокатской палаты в случае непредставления документа, свидетельствующего о прохождении курсов повышения квалификации, или несдачи экзамена.

Таким образом, считаем необходимым дополнить пункт 6 статьи 18 КПЭА подпунктом 5 – «принудительное обучение по повышению квалификации».

Пристатейный библиографический список

1. Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – 2008. – № 2/20.
2. Вестник адвокатской палаты г. Москвы. – 2005. – № 4–5.

8 Заключение Квалификационной комиссии Адвокатской палаты Свердловской области по дисциплинарному производству в отношении адвоката С. от 8 декабря 2009.

9 Программа обучения на Высших курсах повышения квалификации адвокатов ФПА РФ, действующих при Российской академии адвокатуры и нотариата на 2012/2013 учебный год. URL: http://www.raa.ru/2010-11-07-19-02-12/r-mainmenu-100?start=2 (дата обращения: 7.10.2012).

Рагулин А.В.

РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ПРАВ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА, ОБЕСПЕЧЕНИЕ ИХ РЕАЛИЗАЦИИ И ОХРАНЫ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ГОСУДАРСТВ ВОСТОЧНОЙ ЕВРОПЫ

В статье на основе анализа законодательства ряда государств Восточной Европы (Румыния, Венгрия, Черногория, Македония, Албания, Босния и Герцеговина, Болгария) рассмотрены вопросы правовой регламентации, обеспечения реализации и уголовно-правовой охраны профессиональных прав адвоката-защитника на территории соответствующих государств.

Ключевые слова: адвокатура, профессиональные права адвоката-защитника, евразийская адвокатура.

Ragulin A.V.

REGULATION OF THE PROFESSIONAL RIGHTS OF THE ADVOCATE DEFENDER, ENSURING THEIR REALIZATION AND PROTECTION BY THE LEGISLATION OF THE STATES EASTERN EUROPE

In article on the basis of the analysis of the legislation of a number of the states of Eastern Europe (Romania, Hungary, Montenegro, Macedonia, Albania, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria) are considered questions of a legal regulation, ensuring realization and criminal legal protection of the professional rights of the advocate defender in the territory of the respective states.

Keywords: legal profession, professional rights of the advocate defender, Euroasian advocacy.

Прежде всего, следует отметить, что о необходимости использования сравнительно-правового метода в целях модернизации собственного законодательства писал М. Ансель, указывая что: «…изучение зарубежного права открывает перед юристом новые горизонты, позволяет ему лучше узнать право своей страны, ибо специфические черты этого права особенно отчетливо выявляются в сравнении с другими системами…».[1] Признавая полезность сравнительно-правового метода, С.Л. Зивс считал его одним из конкретных способов применения диалектико-материалистического метода в исследовании вопросов государства и права,[2] а Ю.А. Тихомиров посвятил значительную часть своих работ вопросам сравнительного правоведения.[3] В связи с этим особо актуальным представляется проведение сравнительно-правовых исследований в сфере регламентации профессиональных прав адвоката-защитника. Одним из направлений этих исследований является рассмотрение соответствующих вопросов применительно к государствам Восточной Европы.

На основании ст. 1 Закона «Об адвокатуре» Румынии адвокат является свободным, независимым и профессиональным членом организации адвокатов, а в соответствии с ч. 2 ст. 2 Закона на адвоката возложена функция содействия в реализации и защите прав и свобод человека. В ч. 5 ст. 2 Закона указывается, что при осуществлении защиты адвокат вправе и в то же время он обязан настаивать на обеспечении свободного доступа к правосудию и на соблюдении надлежащей правовой процедуры. Согласно ст. 6 Закона любой адвокат вправе заключать соглашения о сотрудничестве с экспертами и другими специалистами.

В Румынском законодательстве закреплены и правовые нормы, направленные на обеспечение гарантий независимости адвоката-защитника. Так в соответствии со ст. 33 Закона «Об адвокатуре» в целях обеспечения тайны актов и профессионального характера деятельности адвокатов, жилище или рабочее помещение адвокатов являются неприкосновенными. Обыск в доме или офисе адвоката не может быть произведен без полученного прокурором специально для этой цели ордера окружного суда. В ч. 2 ст. 33 указывается, что не могут быть прослушаны и зафиксированы с помощью технических средств телефонные разговоры адвоката, связанные с его профессиональной деятельностью, а ст. 34 Закона предписывает, что контакты между адвокатом и его клиентом не могут быть запрещены или прямо либо косвенно контролироваться государственными органами.

В ст. 37 Закона указывается, что адвокат находится под защитой закона и не может подвергаться оскорблениям, клевете или угрозам в связи с исполнением профессиональных обязанностей. Эти деяния наказываются лишением свободы на срок от трех месяцев до двух лет или штрафом. Совершение насилия в отношении адвокатов наказывается лишением свободы на срок от шести месяцев до трех лет. Уголовные дела по вышеуказанным

1 Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. – М.: Прогресс, 1981. – С. 38.

2 Зивс С.Л. О методе сравнительного исследования в науке о государстве и праве // Советское государство и право. – 1964. – № 3. – С. 23–35.

3 Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. — М.: НОРМА, 1996. – С. 432; К юбилею Юрия Александровича Тихомирова // Евразийский юридический журнал. – 2011. – № 8 (39). – С. 140–141.

фактам возбуждаются только по жалобе потерпевших. Кроме того, согласно ч. 6 ст. 37 Закона, адвокат не может быть привлечен к уголовной ответственности в связи с его заявлениями, сделанными в письменной или устной форме в суде или других органах в связи с выполнением поручения на ведение дела.

Вышеизложенное позволяет прийти к выводу о том, что в законе, направленном на регулирование профессиональной деятельности адвокатов, профессиональные права адвоката-защитника в полном объеме не закрепляются. Кроме того, как следует из анализа текста УПК Румынии, они и в его нормах определяются лишь в общем виде. Так в соответствии со ст. 32 УПК, адвокат-защитник имеет те же права, что и подозреваемый (обвиняемый), за исключением прав, предоставляемых лично ему. Согласно ст. 81 УПК, подозреваемый или обвиняемый, а соответственно и адвокат-защитник вправе участвовать в доказывании, предлагать исследовать доказательства, делать выводы по результату исследования доказательств, вправе знакомиться с материалами дела, реализовывать иные права, предусмотренные законом.

В Уголовном законодательстве Румынии присутствуют правовые нормы, направленные на охрану профессиональных прав адвоката. Вместе с этим анализ объективной стороны уголовно-наказуемых деяний, представленных в УК Румынии, позволяет отметить некоторую фрагментарность уголовно-правовой охраны профессиональных прав адвоката-защитника, поскольку она осуществляется лишь применительно к непосредственному участию адвоката-защитника в судебном заседании, к деятельности адвоката-защитника по предоставлению доказательств, а также к иным действиям по реализации профессиональных прав, но только в случае, если посягательство совершается в насильственной форме или с угрозой применения насилия. Так в соответствии со ст. 348 УК Румынии, предусматривающей уголовную ответственность за воспрепятствование деятельности правосудия, принятие участия в демонстрациях или встречах вблизи или в помещении суда в момент слушания дела, в целях запугивания или влияния на приговор, должно быть наказано лишением свободы на срок от 1 до 5 лет. То же наказание должно быть назначено за любую угрозу или попытку запугивания, совершенную в отношении судьи, прокурора, лица, осуществляющего уголовное расследование, адвоката, эксперта или переводчика в связи с исполнением им профессиональных обязанностей.

В ч. 3 ст. 348 УК Румынии указывается, что попытка принудить лицо к непредставлению доказательства должна быть наказана лишением свободы от 1 до 3 лет или штрафом. В ст. 337 УК Румынии предусмотрена уголовная ответственность за воспрепятствование участию в судебном заседании, совершенное в отношении свидетеля, эксперта, переводчика, защитника, по любой причине путем применения насилия, угрозы или любым другим способом, в том числе и путем совершения вышеуказанных действий к их супругам или близким родственникам. Данное деяние наказывается лишением свободы на срок от одного до семи лет.

Несколько поверхностной нам представляется процессуальная регламентация профессиональных прав адвоката-защитника и по законодательству Венгрии. Так в соответствии со ст. 3 Закона «Об адвокатах» они должны действовать свободно и независимо. В соответствии с ч. 2 ст. 8 условия конфиденциальности распространяются на все документы, подготовленные адвокатом, а также на все другие документы, находящиеся в его владении, которые содержат в себе любую информацию, связанную с делом. Адвокат может не раскрывать любую информацию и содержание любых документов, относящихся к его клиенту, даже по официальному запросу, поступившему к нему. При этом нормы, содержащие профессиональные права адвоката, в Законе отсутствуют. Кроме того, анализ текста УПК Венгрии позволяет утверждать, что профессиональные права адвоката-защитника в нем определены лишь в общем виде. В соответствии со ст. 50 УПК Венгрии права адвоката-защитника по участию в конкретных следственных действиях и судебном рассмотрении уголовного дела признаются равными с правами подзащитного. К ним, в соответствии со ст. 143 УПК Венгрии, относится право знать, в чем он подозревается (обвиняется), право участвовать в следственных действиях, право изучать документы, содержащиеся в материалах уголовного дела, право готовиться к защите, право высказывать предложения и комментарии относительно предъявленного обвинения, право предъявлять доказательства, направленные на защиту, на любой стадии уголовного процесса, право получать на руки копию обвинительного заключения. Вместе с этим в УПК Венгрии выделяются и профессиональные права адвоката, существующие как бы в дополнение к правам, предоставленным УПК для его подзащитного. Так в ст. 48 УПК Венгрии указывается, что адвокат имеет право быть проинформированным о задержании подзащитного, встречаться с подзащитным перед первым допросом, совершать любые законные действия в интересах подзащитного, приносить ходатайства и жалобы в интересах подзащитного.

Уголовно-правовых норм, направленных на охрану профессиональных прав адвоката-защитника, законодательство Венгрии не содержит.

Уравнивание профессиональных прав адвоката-защитника с правами подзащитного, отсутствие введения уголовного наказания за ненасильственную деятельность, посягающую на профессиональные права адвоката-защитника, а также некоторая фрагментарность правовой регламентации профессиональных прав адвоката-защитника характерны и для законодательства Черногории.

В соответствии со ст. 66 УПК Черногории адвокат-защитник имеет право представлять обвиняемого на любом этапе рассмотрения уголовного дела. В соответствии со ст. 72 УПК после завершения предварительного расследования или после составления обвинительного акта без производства предварительного расследования или даже ранее, в случае, если лицо привлекается в качестве обвиняемого, адвокат-защитник вправе исследовать материалы дела и предметы, служащие доказательствами, перед первым допросом. Адвокат-защитник вправе изучить содержание постановления о возбуждении производства по делу и рапорт о совершенном преступлении, если вышеуказанное постановление не было представлено.

В соответствии со ст. 73 УПК, если обвиняемый находится в заключении, и произведен его допрос, адвокат-защитник может общаться с ним в устной или письменной форме. В ч. 2 ст. 73 УПК указывается, что в исключительных случаях следственный судья может издать распоряжения о том, чтобы письма адвоката-защитника и его подзащитного доставлялись только после предварительного изучения судьей. Это допускается только в случае, если есть разумное основание полагать, что посредством писем предпринимаются мероприятия, направленные на побег из места заключения, или они используется для оказания воздействия на свидетелей, запугивания свидетелей или для иного нарушения процедуры предварительного расследования. Следственный судья обязан составить отчет по результатам исследования писем. По тем же причинам следственный судья вправе приказать, чтобы официальное лицо присутствовало при устном общении между обвиняемым и его защитником. Тем не менее, в ч. 3 ст. 73 указывается, что когда предварительное расследование завершено или составлен обвинительный акт, запрещается ограничивать право на общение между обвиняемым и его защитником свободно и без наблюдения.

В соответствии со ст. 74 УПК адвокат-защитник вправе и обязан выполнять все действия в пользу обвиняемого, которые вправе совершать сам обвиняемый, а в соответствии со ст. 4 УПК обвиняемый имеет следующие права: знать об уголовном преступлении, в котором он обвиняется, и об основаниях обвинения против него; делать заявления относительно всех фактов и доказательств, имеющихся против обвиняемого; представить все факты и доказательства, свидетельствующие в пользу обвиняемого; вправе, чтобы при его допросе присутствовал адвокат-защитник, в том числе и вправе на свидание с ним до первого допроса; иметь достаточное время и возможности для подготовки к защите. Наряду с этим, в соответствии со ст. 76 УПК, адвокат-защитник вправе присутствовать при производстве обыска, а согласно ст. 81 УПК не подлежат изъятию и использованию в качестве доказательств письма обвиняемого его защитнику (кроме случаев, когда имеются доказательства того, что в результате написания писем совершается уголовное преступление).

Нормы, уравнивающие объем профессиональных прав адвоката-защитника с правами подзащитного, а также положения, предусматривающие возможность обоснованного ограничения права адвоката-защитника на конфиденциальное свидание со своим подзащитным, характерны и для Македонии, однако в этой стране, в отличие от Черногории, введена уголовная ответственность за посягательство на право получения юридической помощи, а также присутствует ряд иных правовых норм, способствующих тому, что профессиональная деятельность адвоката-защитника являлась более защищенной.

Согласно ст. 2 Закона «Об адвокатуре» Республики Македония, деятельность адвоката является самостоятельной и независимой общественной службой по оказанию юридической помощи в соответствии с законом об адвокатуре и иными законами. Согласно ст. 4 Закона «Об адвокатуре» Республики Македония, государственные органы, органы местного самоуправления и юридические лица должны предоставить каждому срок в пределах восьми дней для приглашения адвоката в связи с соответствующим делом. В соответствии со ст. 17 Закона адвокаты автономны и независимы в своей деятельности и правомочны самостоятельно решать, каким образом им действовать, отстаивая права и интересы сторон.

В законодательстве Македонии уделено необходимое внимание нормам, направленным на обеспечение адвокатской тайны. Так в ч. 2 ст. 4 Закона указывается, что принадлежащие адвокату книги и предметы, документы, а также сведения в электронной форме и другие средства коммуникации являются неприкосновенными и не подлежат

просмотру, копированию, проверке и изъятию за исключением случаев, прямо предусмотренных законом. В ч. 3 ст. 4 отмечается, что коммуникации между адвокатами и коммуникации между адвокатом и его клиентом, вне зависимости от формы, в которой они выполнены, не подлежат просмотру, копированию, проверке или изъятию и не могут быть использованы в качестве материала для разбирательства, которое может быть рассмотрено в суде и в других государственных органах в соответствии с законом. Кроме того, в ч. 3 ст. 23 содержится правило, согласно которому обыск офиса адвоката может быть произведен только в присутствии самого адвоката и представителя ассоциации адвокатов Республики Македония, при этом изъятие вещей в ходе обыска может быть осуществлено только в отношении специально изложенных в судебном решении о разрешении производства обыска предметов и документов.

Наряду с этим уделяется внимание и вопросам обеспечения неприкосновенности адвоката-защитника. Так в ст. 23 Закона указывается на то, что адвокат не может быть привлечен к ответственности за мнение, выраженное при оказании юридической консультации и при осуществлении иных действий, связанных с оказанием юридической помощи. В ч. 2 ст. 23 отмечается, что адвокат не может быть задержан, кроме случаев задержания на месте совершения преступления, без предварительного согласия ассоциации адвокатов Македонии.

Кроме того, в Македонии установлена уголовная ответственность за посягательство на право получения юридической помощи: согласно ст. 153 УК Республики Македония лицо, которое мешает другому лицу использовать его право на защиту, представить жалобу или использовать иные юридические средства, путем применения силы или серьезной угрозой, должно быть наказано штрафом или лишением свободы на срок до одного года. Согласно ч. 2 ст. 153 УК, если вышеуказанное преступление совершается должностным лицом и при этом используется его должностное положение или полномочие, такое деяние наказывается лишением свободы на срок от трех месяцев до трех лет. Исходя из ч. 3 ст. 153 УК, следует, что возбуждение уголовных дел по преступлениям, предусмотренным ч. 1 ст. 153 УК, осуществляется в порядке частного обвинения, а уголовное преследование по преступлению, предусмотренному ч. 2 ст. 153 УК, осуществляется в публичном порядке.

В соответствии со ст. 63 УПК Республики Македония, каждый имеет право на помощь адвоката-защитника на стадии предварительного расследования и судебного рассмотрения уголовного дела. В ч. 2 ст. 62 УПК указывается, что перед первым допросом подозреваемому разъясняется право по своему выбору пригласить адвоката-защитника и право на консультацию с ним до первого допроса. В соответствии со ст. 69 УПК в случае, когда прокурор для инициирования возбуждения уголовного судопроизводства представляет следственному судье решение о производстве расследования, адвокат-защитник имеет право на доступ к записям и иному собранному материалу, который служит доказательством. В ст. 70 УПК содержится правило, в соответствии с которым содержащийся под стражей может свободно и без постороннего наблюдения переписываться и иметь встречи со своим защитником. В исключительных случаях в ходе расследования следственный судья имеет право установить наблюдение за встречами, если есть обоснованное подозрение, что обвиняемый может нарушить режим содержания под стражей.

Анализ текста УПК Македонии показывает, что в нем отсутствует единая правовая норма, содержащая перечень профессиональных прав адвоката-защитника, что не делает чести законодателю, поскольку определенным образом затрудняет практическую реализацию профессиональных прав адвоката. Однако установление гарантий, направленных на сохранение адвокатской тайны и установление уголовной ответственности за посягательства на право получения юридической помощи, свидетельствуют о том, что правовая регламентация деятельности адвоката-защитника в Македонии все же находится на достаточно высоком уровне.

Введение уголовной ответственности за насильственное посягательство на адвоката-защитника при отсутствии в тексте УПК РФ единой нормы, определяющей перечень его профессиональных прав, характерно и для законодательства Албании. Так в соответствии со ст. 79 УК Албании, умышленное убийство адвоката, связаннее с исполнением им своих обязанностей или по причине исполнения им профессиональных обязанностей, когда эти качества жертвы были известны преступнику, наказываются лишением свободы не менее чем на 20-летний срок или пожизненным лишением свободы.

В статьях, предусматривающих ответственность за преступления против правосудия, также предусмотрены нормы, обеспечивающие уголовно-правовую охрану личных и профессиональных прав адвоката. Так в соответствии со ст. 316 УК Албании, применение насилия или угроза совершения насильственных действий в отношении адвоката-защитника с целью воспрепятствовать выполнению

им профессиональных обязанностей или по причине выполнения этих обязанностей, наказываются штрафом или лишением свободы на срок до семи лет. Потерпевшими от вышеуказанного деяния также признаются судья, члены состава суда, прокурор, эксперты или арбитры, разрешающие соответствующее дело. Уголовно-правовая охрана всех этих лиц осуществлена и в статьях 317 и 318 УК Албании. В ст. 317 УК установлена уголовная ответственность за угрозу соответствующим лицам в связи с их профессиональной деятельностью, которая наказывается штрафом или тремя годами лишения свободы. Ст. 318 УК Албании предусматривает ответственность за оскорбление вышеуказанных лиц из мести за осуществление ими профессиональной деятельности. Данное деяние наказывается штрафом или лишением свободы сроком до двух лет.

Что же касается вопроса о процессуально-правовой регламентации института профессиональных прав адвоката-защитника по законодательству Албании, отметим, что необходимо обратить внимание на следующие основные положения законодательства этого государства.

Согласно ч. 2 ст. 6 УПК Албании адвокат-защитник должен помогать обвиняемому в реализации его процессуальных прав, гарантированных УПК, и защите его законных интересов. В соответствии со ст. 50 УПК адвокат-защитник имеет те же права, что и его подзащитный, за исключением ряда прав, которые принадлежат ему лично:

– право свободно и лицом к лицу общаться с задержанным, арестованным или осужденным;

– право быть предварительно уведомленным о месте и времени производства следственных действий, в которых должен принять участие его подзащитный, и право участвовать в них;

– право задавать вопросы подзащитному, свидетелям и экспертам;

– право знакомиться со всеми материалами уголовного дела по окончании предварительного расследования.

В ст. 34 УПК отдельно предусматривается право адвоката-защитника на уведомление о задержании его подзащитного. На основании ст. 39 УПК Албании обвиняемый, а соответственно и его защитник, имеют право на ясное и подробное объяснение существа обвинения, ознакомление с доказательствами, выдвигаемыми против обвиняемого, и на указание на источники соответствующих доказательств. В ч. 2 той же статьи предусматривается право стороны защиты объяснять и указывать на все обстоятельства, могущие быть полезными для стороны защиты.

В тексте УПК Албании указывается и на право представителя стороны защиты участвовать в следственных действиях, судебных заседаниях и на право обжаловать судебное решение.

Интересным представляется положение ч. 3 ст. 50 УПК Албании, содержащее в себе норму о возможности подзащитного отменить действие или решение адвоката-защитника. Так в соответствии с этой нормой подзащитный имеет право отменить высказанное адвокатом-защитником утверждение и действие до того, как судом будет вынесено решение относительно них. Представляется, что данную норму следует расценивать как средство, направленное на формирование единой процессуальной позиции стороны защиты, пресекающую деятельность адвоката-защитника вопреки интересам подзащитного.

Значительное внимание в тексте УПК Албании уделено вопросам обеспечения сохранности адвокатской тайны при обыске в офисе адвоката. В соответствии со ст. 52 УПК, осмотр и обыск в офисе адвоката-защитника допускаются только в случае, если он или иные лица, продолжительное время работающие в том же офисе, являются обвиняемыми, и только для того, чтобы доказать наличие совершения преступлений ими. Еще одним основанием для производства осмотра или обыска в офисе адвоката является цель поиска материальных доказательств преступного деяния или поиск предметов, в отношении которых установлены специальные правила оборота. В ч. 2 ст. 52 УПК указывается, что перед осмотром, обыском или временной конфискацией, производимой в офисе адвоката-защитника, производящие эти действия лица информируют представителя коллегии адвокатов о необходимости присутствия одного из ее членов в ходе проведения этих операций. В любом случае копия протокола осмотра или обыска посылается в руководящий орган коллегии адвокатов. Согласно ч. 3 ст. 52 УПК Албании обыск, осмотр и изъятие в помещении адвоката-защитника производятся лично судьей, а во время предварительного расследования эти действия производятся прокурором на основании специального решения судьи. В ч. 6 ст. 52 УПК отмечается, что если результаты обыска, осмотра и изъятия выполнены с нарушением вышеуказанных правил (кроме правила о предварительном уведомлении коллегии адвокатов и правила о присутствии члена коллегии адвокатов при мероприятии), они не должны использоваться. Кроме того, в соответствии с ч. 4 ст. 52 УПК Албании запрещается перехватывать любым способом содержание диалогов между адвокатом-защитником и его помощниками, а также

между ними и его клиентами. Наряду с этим, в соответствии с ч. 5 ст. 52 УПК Албании запрещается любая форма контроля над корреспонденцией адвоката и его подзащитного.

Большее внимание вопросам правовой регламентации профессиональных прав адвоката-защитника уделил законодатель Болгарии, уравнявший адвокатскую деятельность с деятельностью судей и к тому же предоставивший адвокатам право заверять копии документов и право инициировать дисциплинарное преследование нарушителей его профессиональных прав. Так в соответствии с Законом Болгарии «Об адвокатах», адвокат пользуется равным уважением с судьями, и с ним осуществляется такое же взаимодействие, как между судьей и юрисдикционными и административными и иными органами страны (ч. 1 ст. 10). Там же содержится указание на то, что если адвокат не получил необходимого уважения и сотрудничества в процессе исполнения своих обязанностей, совет адвокатов по своей инициативе или по запросу этого адвоката должен уполномочить одного из своих членов расследовать соответствующий случай вместе с представителем судебного или административного органа, отобранного ответственным лицом последнего. В ст. 11 Закона указывается, что если совет адвокатов по результатам расследования устанавливает, что в данном случае имело место неправомерное поведение, он дает рекомендацию для инициирования дисциплинарного производства в отношении судьи, прокурора или о наложении дисциплинарного наказания на государственного служащего соответствующего административного органа, при этом, согласно ч. 2 ст. 11, наложение дисциплинарной санкции не препятствует адвокату требовать возмещения в ходе установленной процедуры судопроизводства. Таким образом, в Болгарии предусматривается процедура дисциплинарного преследования должностных лиц, нарушающих профессиональные права адвокатов, а также судебный способ защиты профессиональных прав.

Наряду с этим закон «Об адвокатах» прямо предусматривает и ряд профессиональных прав адвоката. Так в ст. 12 указывается, что адвокат вправе иметь беспрепятственный доступ и возможность наведения справок о каких-либо событиях, относящихся к делу, а также право требования документов и получения информации в приоритетном порядке от судов юрисдикционных органов, органов предварительного расследования, административных и иных органов страны. В соответствии со ст. 13 Закона, адвокат в целях своей профессиональной деятельности может удостоверять копии документов, которые были ему предоставлены в связи или по поводу соответствующих процедур, где он выступает в качестве доверенного лица или защитника. В таких особых случаях эти документы имеют силу официально удостоверенных документов.

Согласно ст. 17 Закона документы адвоката и его дела являются неприкосновенными и не могут быть подвергнуты изучению или конфискации, корреспонденция между адвокатом и его клиентом также является неприкосновенной, не должна подвергаться изучению и использоваться в качестве доказательств. В ст. 19 Закона предусматривается право адвоката на встречу с лицами, находящимися под стражей и в местах лишения свободы, без присутствия представителей администрации, при этом их беседы должны быть свободными от любых форм секретной записи или контроля.

Профессиональные права адвоката-защитника развиваются и конкретизируются в тексте УПК Болгарии. Так в соответствии с положениями УПК Болгарии, адвокат-защитник имеет право вступить в уголовное дело с момента, когда лицо было задержано и когда оно было вызвано в качестве обвиняемого, а в ч. 2 ст. 97 указывается, что орган, осуществляющий расследование, должен объяснить обвиняемому то, что он имеет право на адвоката-защитника, а также немедленно позволить ему связаться с ним. Органам необходимо не предпринимать каких-либо действий по расследованию, связанных с привлечением к этим действиям обвиняемого, до вызова адвоката-защитника.

В соответствии с ч. 1 ст. 98 УПК адвокат-защитник должен оказывать юридическую помощь обвиняемому и способствовать всем действиям, необходимым для установления фактических и юридических обстоятельств дела в интересах стороны защиты, на основе внутреннего убеждения, которое базируется на доказательствах и законе, при этом на основании ст. 99 УПК адвокат-защитник имеет следующие права: встречаться с обвиняемым конфиденциально, ознакомиться со всеми материалами расследования и получить выписки всех материалов, в которых нуждается адвокат-защитник; собирать доказательства; принимать участие в следственных действиях; делать запросы, выдвигать комментарии и выступать с возражениями, обжаловать постановления суда и органов, осуществляющих судебное производство, нарушающих права и интересы обвиняемого.

Таким образом, в законодательстве Болгарии установлена двухуровневая система профессиональных прав адвоката-защитника, однако несмотря на достаточно детальную процессуальную

регламентацию профессиональных прав адвоката-защитника, в УК Болгарии не предусматривается уголовная ответственность за воспрепятствование деятельности адвоката-защитника. Этот недостаток некоторым образом компенсируется процедурой дисциплинарного воздействия, установленной в ст. 10–11 Закона «Об адвокатах».

Достаточно скрупулезно к регламентации профессиональных прав адвоката-защитника подошел законодатель Боснии и Герцеговины. Пристальное внимание в Законе «О профессии адвоката» уделено и гарантиям независимости адвоката. Так в соответствии со ст. 26 Закона, адвокат не должен подвергаться уголовной или гражданской ответственности за утверждение, сделанное им в ходе оказания юридической помощи перед судом или другими органами.

В соответствии со ст. 27 Закона суды должны информировать ассоциацию адвокатов без задержки обо всех фактах задержания адвокатов или их стажеров. В соответствии со ст. 28 Закона компетентный суд может издать ордер на обыск адвоката или его архива в случаях, предусмотренных УПК, обыск может быть выполнен только относительно документов и дел, специально упомянутых в ордере на обыск. Отделению ассоциации адвокатов, на чьей территории находится офис адвоката, должно быть сообщено об обыске. Кроме того, обыск может быть выполнен только в том случае, если официальный и надлежащим образом информированный представитель ассоциации присутствует во время обыска. Во время проведения обыска не должна быть нарушена тайна документов и материалов, разглашение которых может причинить вред интересам доверителей соответствующего адвоката. Доказательства, полученные в нарушении настоящей статьи, не могут использоваться в любой судебной процедуре против адвоката или его клиентов. Вышеуказанные гарантии, несомненно, повышают сохранность адвокатской тайны и, как следствие, престиж адвокатской деятельности в Боснии и Герцеговине.

В УПК содержится ряд норм, направленных на обеспечение сохранности адвокатской тайны. Так в ст. 67 УПК предусмотрен порядок конфискации почты, телеграмм и других сообщений подозреваемого (обвиняемого), однако в ч. 6 ст. 67 отмечается, что эти меры не должны применяться к переписке между подозреваемым (обвиняемым) и защитником. В ст. 71 УПК предусматривается процедура исследования полученных предметов и документов, причем в ч. 2 этой статьи отмечается, что прокурор, производящий данную процедуру, обязан уведомить адвоката-защитника о содержании соответствующих предметов и документов. Согласно ст. 82 УПК адвокат-защитник не подлежит заслушиванию в качестве свидетеля о фактах, которые стали ему известными в связи с исполнением обязанностей защитника. Кроме того, в ст. 116 УПК предусматривается использование специальных действий, условий и приборов для получения доказательств по делу (наблюдение и техническая запись коммуникаций, доступ к компьютерным системам и компьютеризированная обработка данных, наблюдение и техническая запись помещений, людей и объектов, использование тайных исследователей и осведомителей, моделированная покупка определенных объектов, моделируемое взяточничество, контролируемая поставка). Согласно ч. 4 ст. 116 УПК применение соответствующих действий к коммуникациям между подозреваемым (обвиняемым) и его защитником запрещается.

Уголовное законодательство Боснии и Герцеговины также уделяет некоторое внимание деятельности адвоката-защитника. Так в соответствии со ст. 231–232 УК Боснии и Герцеговины, адвокат-защитник не является субъектом таких преступлений, как укрывательство преступления и неинформирование о лице, разыскиваемом международным уголовным трибуналом.

Наряду с этим в ст. 241 УК Боснии и Герцеговины устанавливается уголовная ответственность за воспрепятствование осуществлению правосудия, однако ответственность за ненасильственное воспрепятствование деятельности адвоката-защитника (кроме обещаний или подкупа) в УК не установлена. Так согласно ч. 1 ст. 241, если кто бы то ни было использует физическую силу, угрозу, запугивание или обещание, предложение неуместных преимуществ для того, чтобы вызвать лжесвидетельство или вмешаться в представление доказательств по уголовным делам, он наказывается заключением на срок от одного до десяти лет. В ч. 2 ст. 241 отмечается, что если кто бы то ни было использует физическую силу, угрозы или запугивания и тем самым вмешивается в официальную деятельность судьи, прокурора или иного лица, следящего за соблюдением законов относительно преступника в соответствии с законодательством Боснии и Герцеговины, он должен быть наказан лишением свободы на срок от одного до десяти лет.

Уголовно-процессуальное законодательство Боснии и Герцеговины закрепляет и детализирует профессиональные права адвоката-защитника.

В ст. 47 УПК предусматривается, что в ходе расследования защитник имеет право на изучение документов и собирание предметов в интересах

подозреваемого (обвиняемого), однако это право может быть ограничено в случае, если раскрытие данных документов подвергает опасности цель расследования. Несмотря на это, когда подозреваемый или обвиняемый находится под стражей до суда, прокурор должен представить доказательства для предварительного изучения судье или на предварительное слушание с целью информирования о них адвоката-защитника. В ч. 3 ст. 47 УПК указывается, что после составления обвинительного акта адвокат-защитник, а также подозреваемый (обвиняемый) имеет право изучать все документы и доказательства. В соответствии с ч. 4 ст. 47 УПК в случае приобретения новых доказательств или иной информации, могущей служить доказательством на стадии судебного разбирательства, судья, как и прокурор, обязан предъявить их для осмотра и изучения адвокату-защитнику. Адвокат-защитник также вправе снимать копии со всех файлов и документов.

В ст. 48 УПК предусматривается право на осуществление коммуникаций с подозреваемым и обвиняемым, при этом если подозреваемый или обвиняемый заключается под стражу, он должен быть немедленно наделен правом общаться с защитником в письменной или устной форме. Во время беседы подозреваемый или обвиняемый может быть подвергнут наблюдению, но диалог не может быть прослушан.

Согласно ст. 226 УПК после подготовки обвинительного акта обвиняемый и адвокат-защитник вправе знакомиться с материалами уголовного дела, исследовать все доказательства и заявлять ходатайства о назначении предварительного слушания. В соответствии со ст. 260 УПК в ходе судебного следствия после оглашения обвинительного акта прокурором адвокат-защитник вправе сформулировать утверждение защиты и кратко указать на доказательства, которые будут представлены защитой. Согласно п. «б» ч. 2 ст. 261 УПК сторона защиты вправе представить доказательства после стороны обвинения. В ч. 4 ст. 267 УПК указывается, что адвокат-защитник вправе обращаться к судье с ходатайством о том, чтобы полиция предприняла меры для защиты свидетеля. В ч. 1 ст. 269 УПК предусматривается право адвоката-защитника на приглашение эксперта за свой счет.

Вышеприведенный анализ норм законодательства ряда государств Восточной Европы по сравнению с законодательством Российской Федерации позволяет нам выделить следующие положительные черты, касающиеся законодательной регламентации профессиональных прав адвоката-защитника и их обеспечения.

1. Анализ законодательства ряда восточноевропейских государств (Румыния, Албания, Македония, Босния и Герцеговина) позволяет убедиться в необходимости существования в Российском законодательстве правовых норм, обеспечивающих повышенную уголовно-правовую охрану адвоката-защитника как лица, выполняющего публично-правовую функцию и участвующего в процессе отправления правосудия, и в необходимости уголовно-правовой охраны профессиональных прав адвоката.

2. Следует положительно оценить опыт Болгарии в уравнивании статуса адвоката со статусом судьи. Заслуживает внимания и опыт Болгарии во введении внесудебной процедуры расследования случаев, связанных с нарушениями профессиональных прав адвокатов сотрудниками любых государственных органов, с возможностью привлечения лиц, виновных в нарушениях, к дисциплинарной ответственности решениями руководителей соответствующих органов.

3. Представляется целесообразным использовать в российском законодательстве имеющуюся в законодательстве большинства восточноевропейских государств процессуально-правовую регламентацию правил проведения обыска в жилище или служебном помещении адвоката при совокупном соблюдении ряда условий (особый порядок получения разрешения на обыск в жилище или служебном помещении адвоката; предоставление возможности отыскания и изъятия только тех предметов, которые определены в судебном разрешении на производство обыска; проведение обыска в присутствии самого адвоката и представителя органов адвокатского самоуправления). Наряду с этим введение запрета на производство обыска в жилище или служебном помещении адвоката во всех случаях, если только адвокат или иные лица, занимающие эти помещения, являются подозреваемыми или обвиняемыми, либо случаев, когда имеется цель поиска материальных доказательств преступного деяния, либо предметов, в отношении которых установлены специальные правила оборота (Албания), позволило бы практически полностью обеспечить сохранность адвокатской тайны и защитить ее от раскрытия, а деятельность адвоката-защитника – от неуместного вмешательства.

4. Важным, с точки зрения обеспечения сохранности адвокатской тайны, нам представляется существование в законодательстве восточноевропейских государств запрета на прослушивание и фиксацию телефонных переговоров и иных коммуникаций между адвокатом-защитником и его доверителем (Румыния, Македония, Албания,

Болгария, Босния и Герцеговина). Не менее важным представляется и указание в законодательстве на то, что принадлежащие адвокату книги, предметы, документы, а также сведения в электронной форме и другие средства коммуникации являются неприкосновенными и не подлежат просмотру, копированию, проверке и изъятию за исключением случаев, прямо предусмотренных законом (Македония, Болгария, Черногория).

5. Ценной гарантией независимости адвоката является необходимость предварительного получения согласия от органа адвокатского самоуправления на задержание адвоката (Македония) или информирования этого органа обо всех фактах задержания адвокатов (Босния и Герцеговина).

6. Представляется правильным указание в законодательстве некоторых восточноевропейских государств (Румыния, Македония) на то, что адвокат-защитник не может быть привлечен к ответственности за мнение, выраженное при оказании юридической консультации и при осуществлении иных действий, связанных с оказанием юридической помощи, причем вне зависимости от наличия каких-либо иных обстоятельств (например, как в Российской Федерации – вступившего в законную силу приговора суда).

7. Представляется целесообразным обеспечить внедрение ряда профессиональных прав адвоката-защитника, присутствующих в законодательстве восточноевропейских государств, в российское законодательство. Это касается, в частности:

– права на получение информации о задержании подзащитного (Венгрия, Албания);

– права на изучение содержания постановления о возбуждении производства по делу перед первым допросом подзащитного (Черногория);

– права на ознакомление с доказательствами, выдвигаемыми против обвиняемого, и на указание на источники соответствующих доказательств при предъявлении обвинения (Албания);

– права иметь беспрепятственный доступ и возможность наведения справок относительно каких-либо событий, относящихся к делу (Болгария);

– права удостоверять копии документов, которые были предоставлены адвокату в связи или по поводу соответствующих процедур, где он выступает в качестве доверенного лица или защитника (Болгария);

– права быть предварительно уведомленным о месте и времени производства следственных действий, в которых должен принять участие его подзащитный (Албания).

Наряду с этим представляется правильным законодательный подход тех государств Восточной Европы, в которых профессиональные права адвоката-защитника не уравниваются с правами их подзащитных (Румыния, Македония), либо права адвоката-защитника предоставляются как дополнительные к правам подзащитных (Венгрия, Черногория, Албания), а содержится особая правовая норма (нормы), предусматривающая перечень профессиональных прав адвоката-защитника как самостоятельного участника уголовного судопроизводства (Болгария, Босния и Герцеговина).

Полагаем, что выявленные выше положительные черты законодательства следует учесть и использовать при дальнейшем реформировании Российского законодательства, регламентирующего профессиональные права адвоката-защитника, обеспечение их реализации и правовую защиту.

Пристатейный библиографический список

1. Ансель М. Методологические проблемы сравнительного права // Очерки сравнительного права. – М.: Прогресс, 1981.
2. Зивс С.Л. О методе сравнительного исследования в науке о государстве и праве // Советское государство и право. – 1964. – № 3.
3. Тихомиров Ю.А. Курс сравнительного правоведения. – М.: НОРМА, 1996.
4. К юбилею Юрия Александровича Тихомирова // Евразийский юридический журнал. – 2011. – № 8 (39).

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА
Ius est ars boni et aequi
www.eurasniipp.ru info@eurasniipp.ru +7-903-31-257-90

Соловьева Т.В.

РЕАЛИЗАЦИЯ АКТОВ ЕСПЧ НАЦИОНАЛЬНЫМИ СУДАМИ РОССИИ

Данная статья посвящена рассмотрению процедуры реализации постановлений Европейского суда по правам человека национальными судами РФ. Автор выделяет различные формы реализации данных актов в зависимости от характера предписаний, в них содержащихся, и от конкретного суда судебной системы РФ.

Ключевые слова: Европейский суд по правам человека, реализация, постановление, Конституционный суд, Верховный суд, суды общей юрисдикции.

Solovieva T.V.

REALIZATION OF ACTS OF THE ECHR BY NATIONAL COURTS OF THE RUSSIA

This article deals with the procedure for implementing decisions of the European Court of Human Rights by the national courts of the Russian Federation. The author highlights the various forms of implementation of these acts, depending on the nature of the prescriptions contained in them, and the particular court of the judicial system of the Russian Federation.

Keywords: European Court of Human Rights, the implementation, the decision, the Constitutional Court, Supreme Court, courts of general jurisdiction.

Реализация постановлений Европейского суда по правам человека является актуальной и животрепещущей темой для Российской Федерации. Несмотря на то, что участником Совета Европы Россия стала еще в 1998 году, и с этого момента граждане стали обращаться за защитой в Европейский суд по правам человека, до сих пор количество жалоб на действия (бездействие) российских органов государственной власти не сокращается, а увеличивается с каждым годом. Те преобразования в законодательной и правоприменительной сфере, которые были осуществлены российскими властями, не смогли оказать должного эффекта в сфере защиты прав.

Тема исполнения решений Европейского суда по правам человека (далее – Европейский суд) является малоизученной не только в России, но и во многих других государствах – участниках Конвенции. О недостатке внимания к ней остается лишь сожалеть, поскольку данная тема исключительно важна и актуальна, точно так же как важна тема исполнения решений национальных судов.[1]

В 2002 году М.Б. Лобов на Интернет-конференции Совета Европы и Европейского суда по правам человека «Европейские стандарты защиты прав человека. Обеспечение доступа в Российской Федерации», проходившей 12 февраля 2002 г. в г. Москве, сказал: «Следует пожелать, чтобы в будущем информационные проекты, посвященные механизму Евроконвенции по правам человека, включали бы также больше информации по теме исполнений решений Европейского суда и больше включали резолюций Комитета министров, которые посвящены этой тематике».[2]

Для того чтобы четко выстроить порядок реализации актов Европейского суда по правам человека, необходимо определить роль норм международного права в системе российского права. Это связано с тем, что нормы Конвенции и иные международные нормы являются источником российского права.

Традиционно выделяют две основные правовые семьи: общего права (англо-американская семья) и романо-германского права. Россия приблизилась к романо-германской семье, несмотря на влияние общего права.[3]

Итак, англосаксонские и скандинавские государства традиционно разделяли позицию дуализма, в соответствии с которой международное публичное право и национальное право являют собой различные и независимые правовые системы. Однако в течение последнего десятилетия скандинавские государства приняли законодательные акты, придавшие Конвенции прямое действие на их территории. Во всех восточноевропейских государствах Конвенция имеет прямое действие.[4]

Единственным государством, не придавшим Конвенции прямого действия, остается Ирландия. В результате «механизм не имеет правовой

1 Осман-Заде С. Европейская конвенция по правам человека и национальные правовые системы стран – членов Совета Европы. Роль Комитета министров // Юрист-международник. – 2005.— № 2. – С. 21–30.

2 См.: Интернет-конференция Совета Европы и Европейского суда по правам человека «Европейские стандарты защиты прав человека. Обеспечение доступа в Российской Федерации». URL: http://www.garweb.ru/co№f/coe/20020212/i№dex.htm (дата обращения: 7.10.2012 г.).

3 Давид Р., Жоффе-Спинози К. Основные системы современности. / Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Международные отношения. – 2009. – С. 183.

4 Обязательства государств – участников Европейской конвенции о защите прав человека по исполнению постановлений Европейского суда / под ред. Л.М. Чуркиной; Общ. ред. С.И. Беляева. – Екатеринбург, 2005. – С. 31 (автор главы – Л.М. Чуркина).

ценности по сравнению с национальным правом: Конвенция является обязательной для государства, но не внутри государства». Прецедентное право Страсбургского суда значительно влияет на правовую систему Австрии. С 1974 г. положения Конвенции после ратификации и подписания «автоматически и прямо» применяются в Швейцарии как национальное законодательство. С 7 августа 1952 г. Конвенция стала частью внутреннего права Германии. Как правило, Германия стремится предпринимать превентивные действия, чтобы предотвратить признания нарушений Конвенции.

Что касается РФ, отметим: первоначально положения советских конституций и законодательства не регулировали вопросы применения международного права в национальной правовой системе. Только после конституционных реформ в начале 1980-х и начале 1990-х гг. Комитет Конституционного Надзора СССР и Конституционный суд РСФСР начали применять международные нормы по правам человека.[5] До появления Конституции 1993 г. принципы международного права и международные договоры не могли стать обязательными в глазах российского населения. Это признание ценности международно-правовых норм демонстрирует желание России воспринять либеральные принципы международных отношений.[6]

В настоящее время Конституция РФ закрепила национальный статус всех ратифицированных международных договоров, а также их приоритет над национальным законодательством. Однако некоторые неопределенности относительно конкретного места Конвенции в иерархической системе законодательства остались. Нет единого мнения о том, должна ли Конвенция превалировать над Конституцией РФ.[7]

По нашему мнению, Конвенция не может стоять в системе источников национального права, поскольку это противоречит ее характеру (наднациональный межгосударственный акт). Она действует параллельно с Конституцией, при этом определяет и сдерживает нормы Конституции РФ. Прецеденты Европейского суда по правам человека, в силу того, что обладают свойством обязательности и нормативности, являются формой приведения в действие отдельных норм Конвенции. Постановления Европейского суда по правам человека, обладая определенными свойствами, признанными российским законодателем и судами, имеют и определенную специфику реализации.

Реализация постановлений Европейского суда по правам человека представляет проблему, поскольку в международном праве действует принцип суверенного равенства государств, то есть реализация данных актов представляет вопрос, относящийся как к правовой, так и к политической сфере.[8]

Следует обратить внимание, что фундаментальным принципом, которым руководствуется государство при исполнении решения Европейского суда, является свобода государств – участников Конвенции в выборе средств для исполнения этих решений.[9] Отметим, что это условная свобода в выборе средств реализации конкретных постановлений Европейского суда по правам человека, поскольку все они согласуются с контролирующим органом Совета Европы. Именно государство определяет совокупность средств и способов реализации названных актов и является ответственным субъектом за их осуществление перед Европейским судом по правам человека.

Причем здесь под термином «ответственность» необходимо понимать именно ту ответственность, о которой говорится в преамбуле Конституции РФ, т.е. об ответственности как о способности проявлять заботу о будущем, быть причиной тех изменений, которые нужны, причем по собственному намерению, а не от обязанности претерпевать негативные последствия.[10]

По мнению А.Р. Султанова, ответственность за быстрое приведение законодательства в соответствие с требованиями соблюдения прав человека и основных свобод должна лежать в первую очередь на законодателе, во вторую очередь может быть также взята и Правительством РФ, которое, обладая законодательной инициативой, может выступить инициатором приведения законодательства в соответствие с европейскими стандартами прав и свобод человека. Кроме того, и граждане могут внести свой вклад в приведение российского законодательства в соответствие с требованиями европейских стандартов. Нормы, допускающие нарушение прав и свобод человека, можно рассматривать как не соответствующие Конституции РФ. Отсюда следует возможность обращения в Конституционный

5 Бурков А.Л. Конвенция о защите прав человека в судах России. – М.: Волтерс Клувер, 2010. – С. 53–54.

6 Давид Р., Жоффе-Спинози К. Указ соч. – С. 185.

7 Бурков А.Л. Указ соч. – С. 85–86.

8 Чуркина М.Л. Исполнение постановлений Европейского суда по правам человека в Восточной и Западной Европе // Обеспечение прав и свобод человека и гражданина. Сборник материалов международной научно-практической конференции (Тюмень, 17–19 ноября 2005 г.). // Тюмень. – 2005. – С. 12.

9 Лобов М.Б. Неисполнение судебных решений – проблема общая // Бюллетень Европейского суда по правам человека. – 2006. – № 11. – С. 51.

10 Султанов А.Р. Об исполнении постановлений Европейского суда по правам человека как средстве реализации конституционных ценностей // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 4.— С. 16.

суд РФ лиц, чьи права нарушены применением норм, допускающих нарушение прав и свобод человека, с требованием признать их не соответствующими Конституции РФ.[11]

В Постановлении от 26 февраля 2010 г. № 4-П Конституционный суд прямо указал, что не только Конвенция о защите прав человека и основных свобод, но и решения Европейского суда по правам человека – в той части, в какой ими, исходя из общепризнанных принципов и норм международного права, дается толкование содержания закрепленных в Конвенции прав и свобод, включая право на доступ к суду и справедливое правосудие, – являются составной частью российской правовой системы, а потому должны учитываться федеральным законодателем при регулировании общественных отношений и правоприменительными органами при применении соответствующих норм права.[12]

Становится очевидным, что законодатель и исполнительная власть в рамках обязательств по исполнению международных обязательств государства уже не может исходить исключительно из собственного усмотрения в сфере регулирования отношений, возникающих в ходе реализации права на судебную защиту, они жестко ориентированы на вырабатываемые Европейским судом по правам человека стандарты правосудия.[13]

Постановления Европейского суда по правам человека направлены абсолютно всем государственным органам Российской Федерации. В данной статье мы попытаемся выделить формы реализации обозначенных актов судебными органами.

Стоит отметить, что необходимость законодательных реформ встает в меньшинстве дел, поскольку конституция и законы государств-участников редко находятся в открытом противоречии с Конвенцией, но предусматривают возможность различного толкования. Самые многочисленные нарушения Конвенции связаны, таким образом, с проблемами, лежащими в сфере правоприменительной практики государственных органов, прежде всего судов. Изменение судебной практики может, следовательно, стать необходимой мерой общего характера в целях предотвращения новых нарушений Конвенции. Следовательно, ключевая роль в процессе исполнения государством решений Европейского суда принадлежит именно судьям.[14] Здесь мы выделим два вида субъектов, ответственных за реализацию постановлений Европейского суда по правам человека, а именно Конституционный суд РФ и суды общей юрисдикции.

Конституционный суд РФ. Что касается характера влияния решений Европейского суда на практику Конституционного суда РФ, то это во многом предопределяется особенностями юридической природы конвенционно-толковательных положений, в которых находит свое воплощение специфическая форма реализации Европейским судом нормоконтрольной функции.[15]

Так, Н.С. Бондарь утверждает, что Конституционный суд РФ применяет постановления Европейского суда по правам человека при обосновании своей правовой позиции и при формировании резолютивной части постановления.[16] Кроме того, Конституционный суд РФ использует положения постановлений Европейского суда по правам человека при осуществлении конституционного толкования законоположений и Конституции РФ.

Практикой для Конституционного суда, начало которой было положено еще до вступления в силу для России Конвенции, стало привлечение в качестве таких доводов положений самой Конвенции, а впоследствии и решений Европейского суда. Привлекая в качестве доводов правовую позицию Европейского суда, Конституционный суд проявляет стремление тесно увязывать свою позицию с позицией этого суда, принимая решения, которые не просто соответствуют, но опираются на практику Европейского суда.

В качестве примера применения позиций Европейского суда по правам человека Конституционным судом РФ можно назвать постановление № 10-П/2010 от 21.04.2010,[17] в котором указано, что вопреки принципу справедливости и основанным на нем конституционным гарантиям судебной защиты прав и свобод человека (статьи 19, 46, 47 и 123 Конституции Российской Федерации), взаимосвязанные

11 Султанов А.Р. Польза от проигрыша // Эж-Юрист. – 2008. – № 5.

12 Постановление Конституционного суда РФ от 26 февраля 2010 г. № 4-П по делу о проверке конституционности части второй статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан А.А. Дорошка, А.Е. Кота и Е.Ю. Федотовой // СЗ РФ. – 2010. – № 11. – Ст. 1255.

13 Анишина В.И. Влияние решений Европейского суда по правам человека на российское правосудие // Международное публичное и частное право. – 2007. – № 1. – С. 59–62.

14 Осман-Заде С. Указ. соч. – С. 21–30.

15 Бондарь Н.С. Европейский конституционализм в аспекте национальной конституционной и европейской конвенционной юрисдикций. (Рабочие материалы к Международному форуму по конституционному правосудию, 18–20.11.2010). URL: http://www.ksrf.ru/Search/Pages/default.aspx (дата обращения: 7.10.2012).

16 Бондарь Н.С. Конвенционная юрисдикция Европейского суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного суда РФ // Журнал российского права. – 2006. – № 6 – С. 113–127.

17 Постановление Конституционного суда РФ № 10-П/2010 от 21.04.2010 «По делу о проверке конституционности части первой статьи 320, части второй статьи 327 и статьи 328 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с жалобами гражданки Е.В. Алейниковой и общества с ограниченной ответственностью «Три К» и запросами Норильского городского суда Красноярского края и Центрального районного суда города Читы» // «Российская газета». – 2010. – № 103.

положения части второй статьи 327 и статьи 328 ГПК Российской Федерации, не допуская пересмотра в ординарной инстанции ошибочного судебного постановления апелляционного суда, принятого по правилам производства в суде первой инстанции, нарушают конституционное право лиц, вопрос о правах и об обязанностях которых разрешен мировым судьей без привлечения их к участию в деле, и лиц, участвующих в деле и не извещенных о времени и месте судебного заседания, на эффективную судебную защиту и на восстановление их нарушенных прав и законных интересов. Тем самым нарушается и закрепленное в пункте 1 статьи 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод право на справедливое судебное разбирательство в его истолковании Европейским судом по правам человека, который неоднократно указывал на необходимость соблюдения «справедливого баланса» в реализации права на защиту и принципа равенства сторон (постановления от 30 октября 1991 г. по делу «Боргерс (Borgers) против Бельгии» и от 27 октября 1993 г. по делу «Домбо Бехеер Б.В. (Dombo Beheer B.V.) против Нидерландов»). В данном постановлении Конституционный суд РФ обратился не только к нормам Конвенции (статья 6) и также в обоснование своей позиции использовал постановления Европейского суда по правам человека, вынесенные против иных государств.

Кроме того, непосредственным выполнением постановления Европейского суда по правам человека можно считать признание Конституционным судом РФ отдельных положений законодательства не соответствующими Конституции РФ. Так Европейский суд по правам человека, рассмотрев жалобу П.В. Штукатурова, в Постановлении от 27 марта 2008 г. по делу «Штукатуров (Shtukaturov) против России» констатировал нарушение в отношении заявителя прав на свободу и личную неприкосновенность, на справедливое судебное разбирательство и на уважение частной и семейной жизни, закрепленных Конвенцией. И в дальнейшем Конституционный суд РФ уже констатировал несоответствие Конституции РФ положений части первой статьи 284 ГПК РФ в своем постановлении.[18]

Также Конституционный суд РФ может при рассмотрении запросов отдельных государственных органов выносить определенные предписания законодательным органам, что будет являться как непосредственной, так и опосредованной формами реализации постановлений Европейского суда по правам человека. Так в мае 2006 г. Кабинет министров Республики Татарстан обратился в Конституционный суд РФ с запросом о соответствии ст. 389 ГПК РФ Конституции РФ. В данном запросе Кабинет министров РТ ссылался на то, что данная статья не соответствует не только Конституции РФ, но и Конвенции и практике Европейского суда по правам человека. В вынесенном постановлении № 2-П от 5 февраля 2007 г.[19] Конституционный суд РФ, ссылаясь на позиции Европейского суда по правам человека, признал положения статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 ГПК РФ не противоречащими Конституции РФ, при этом указал, что надзорное производство в РФ подлежит реформированию, и обязал федерального законодателя в разумные сроки установить процедуры, реально обеспечивающие своевременное выявление и пересмотр ошибочных судебных постановлений до их вступления в законную силу и привести правовое регулирование надзорного производства в соответствие с признаваемыми Российской Федерацией международно-правовыми стандартами. Таким образом, можно отметить две формы реализации постановлений Европейского суда по правам человека, а именно непосредственное применение (в части обоснования своей позиции) и опосредованное выполнение – в части вынесения предписаний законодателю о необходимости изменения действующего законодательства. Тем самым частично были реализованы постановления Европейского суда по правам человека по делу «Рябых против России», «Волкова против России», «Засурцев против России» и др.

Правовые позиции Европейского суда по правам человека, оказывая заметное воздействие на практику конституционного правосудия, в то же время во многом именно благодаря решениям Конституционного суда РФ приобретают качества внутригосударственной формально-юридической значимости, через конституционно-судебное правоприменение и нормативно-интерпретационную деятельность Конституционного суда наращивают свой нормативный потенциал.[20]

18 Постановление Конституционного суда РФ от 27.02.2009 № 4-П «По делу о проверке конституционности ряда положений статей 37, 52, 135, 222, 284, 286 и 379.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации и части четвертой статьи 28 Закона Российской Федерации «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании» в связи с жалобами граждан Ю.К. Гудковой, П.В. Штукатурова и М.А. Яшиной» // «Российская газета». – 2009. – № 45.

19 Постановление Конституционного суда РФ от 5.02.2007 № 2-П «По делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кабинета министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ «Нижнекамскнефтехим» и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан» // «Российская газета». – 2007. – № 31.

20 Бондарь Н.С. Европейский конституционализм в аспекте национальной конституционной и европейской конвенционной юрисдикций. (Рабочие материалы к Международному форуму по конституционному правосудию, 18–20.11.2010).URL: http://www.ksrf.ru/Search/Pages/default.aspx (дата обращения: 7.10.2012).

Таким образом, мы можем сделать вывод, что Конституционный суд РФ реализует постановления Европейского суда по правам человека в двух формах:

а) применение позиций Европейского суда по правам человека при толковании законов и Конституции РФ (при этом применяются позиции, выработанные в решениях Европейского суда по правам человека), направленных в отношении РФ и иных стран;

б) выполнение постановлений Европейского суда по правам человека, принятых в отношении РФ, в части ликвидации несовершенства законодательства. При этом выполнение может быть как непосредственным (признание определенных норм не соответствующими Конституции РФ), так и опосредованным (предписания федеральному законодателю о необходимости внесения изменений в законодательство).

Суды общей юрисдикции. Как и Конституционный суд РФ, суды общей юрисдикции должны применять положения Конвенции и правовые позиции Европейского суда по правам человека при осуществлении правосудия.

В частности, о необходимости применения правовых позиций Европейского суда по правам человека говорится в п. 10–15 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации», п. 4 в Постановления Пленума Верховного суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении», в преамбуле п. 1, п. 9 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 24 февраля 2005 г. № 3 «О судебной практике по делам о защите чести и достоинства граждан, а также деловой репутации граждан и юридических лиц».[21]

В соответствии с существующей системой судов общей юрисдикции необходимо рассмотреть формы реализации постановлений Европейского суда по правам человека Верховным судом РФ и нижестоящими судами.

Пленум Верховного суда РФ может применять позиции Европейского суда по правам человека при формировании постановлений и обзоров судебной практики. Например, Верховный суд РФ указал, что иная оценка имеющихся в деле доказательств сама по себе не может являться основанием для отмены в порядке надзора решения суда, вступившего в законную силу. И в обоснование своей позиции сослался на постановление Европейского суда по правам человека по делу «Рябых против Российской Федерации» в решении от 24 июля 2003 года, право на судебное разбирательство, гарантированное п. 1 ст. 6 Конвенции, должно толковаться в свете преамбулы к Конвенции, в которой, в соответствующей ее части, верховенство права признается частью общего наследия договаривающихся государств. Одним из основополагающих аспектов верховенства права является принцип правовой определенности, который среди прочего требует, чтобы принятое судами окончательное решение не могло быть оспорено. Правовая определенность подразумевает недопустимость повторного рассмотрения однажды решенного дела. Принцип устанавливает, что ни одна из сторон не может требовать пересмотра окончательного и вступившего в законную силу постановления только в целях проведения повторного слушания и получения нового постановления. Полномочие вышестоящего суда по пересмотру дела должно осуществляться в целях исправления судебных ошибок, неправильного отправления правосудия, а не пересмотра по существу. Пересмотр не может считаться скрытой формой обжалования, в то время как лишь наличие двух точек зрения по одному вопросу не может являться основанием для пересмотра. Отступления от этого принципа оправданны, только когда они являются обязательными в силу обстоятельств существенного и непреодолимого характера.[22]

Кроме того, Пленум Верховного суда РФ может выступать с правом законодательной инициативы, если Европейский суд указывает на системные недостатки в законодательстве РФ. Например, постановление Пленума Верховного суда РФ «О внесении в Государственную думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации»[23] от 14 июля 2010 г. Данное постановление содержит проект Федерального закона, предусматривающий внесение изменений в главу 42 ГПК РФ. Европейский суд не раз указывал на необходимость включения в законодательство РФ положений, которые бы предусматривали возможность пересмотра постановлений по вновь открывшимся обстоятельствам.

21 Султанов А.Р. Влияние на право России. // Конвенция о защите прав человека и основных свобод и прецедентов Европейского суда по правам человека // Журнал российского права. – 2007. – № 12. – С. 85–93.

22 Обзор законодательства и судебной практики Верховного суда Российской Федерации за 1 квартал 2009 года. URL: http://www.supcourt.ru/ (дата обращения: 7.10.2012).

23 Постановление Пленума Верховного суда РФ «О внесении в Государственную думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона «О внесении изменений в Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации». URL: http://www.supcourt.ru/ (дата обращения: 7.10.2012).

Что касается нижестоящих судов, отметим необходимость их при рассмотрении и разрешении конкретных дел обращаться к практике Европейского суда по правам человека во избежание в будущем возможных нарушений прав и свобод граждан.

Постановления Европейского суда по правам человека ложатся в основу судебного решения независимо от мнения законодательной власти, к прерогативам которой отнесено принятие норм, имеющих юридическую силу источника права. То есть новый судебный источник права, получаемый российскими судами без вмешательства других ветвей государственной власти, выводит судебную деятельность на качественно новый уровень. Придает ей свойства самостоятельной и независимой власти, прежде всего в случаях, когда национальное законодательство противоречит Конвенции и решениям Европейского суда по правам человека или когда оно недостаточно, пробельно и российский суд применяет правовые позиции Европейского суда напрямую в конкретных делах при осуществлении правосудия.[24]

Действительно, судьи применяют нормы Конвенции и ссылаются на постановления Европейского суда по правам человека. Так, согласно справке по результатам обобщения практики применения судами Саратовской области норм международного права и постановлений Европейского суда по правам человека в соответствии с положениями Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации № 5 от 10.10.2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»: разрешая гражданские дела по искам к средствам массовой информации о защите чести, достоинства и деловой репутации, о взыскании компенсации морального вреда (всего 10 дел), суды ссылались на правовую позицию Европейского суда по правам человека, изложенную в его Постановлениях: от 19.03.1997 г. по делу «Хорнсби (Hornsby) против Греции», от 18.11.2004 г. по делу «Вассерман против России», от 8.07.1986 г. по делу «Лингенс против Австрии» и от 7.12.1976 г. «Хейдисайд против Великобритании», от 21.07.2005 г. «Гринберг против Российской Федерации», в решении от 23 сентября 1994 г. по делу «Иерсилд против Дании». При рассмотрении дела о восстановлении в родительских правах в судебном постановлении имелась ссылка на Постановление Европейского суда по делу «Ольссон против Швеции» от 24.03.1988 г. и на Постановление по делу «Эрикссон против Швеции» от 22.06.1989 г. При рассмотрении иска о вмешательстве в частную жизнь (1 дело) – ссылка на Постановление Европейского суда по правам человека от 24 июня 2004 г. по делу «Фон Ганновер (Принцесса Ганноверская) против Германии». При разрешении заявления об отсрочке исполнения судебного решения (2 дела) – на Постановление Европейского суда по правам человека от 7.05.2002 г. по делу «Бурдов (Burdov) против России».[25]

На практике национальные суды сохраняют значительную свободу действия в вопросах применения страсбургских прецедентов. Если национальные суды не разделяют позицию, высказанную Европейским судом, они даже могут попытаться проигнорировать ее, продолжая следовать «старому» подходу к проблеме.[26]

Помимо применения уже существующих актов Европейского суда по правам человека суды общей юрисдикции, начиная с 1 января 2012 года, обязаны пересматривать национальные судебные решения на основании постановлений Европейского суда по правам человека, вынесенных против РФ по конкретному делу, т.е. можно выделить еще одну форму реализации постановлений Европейского суда по правам человека – исполнение.

Подводя итог, отметим, что суды общей юрисдикции реализуют постановления Европейского суда по правам человека в части осуществления мер индивидуального и общего характера в трех формах: 1. применение правовых позиций Европейского суда по правам человека, а именно Верховный суд РФ использует их для формирования единообразной судебной практики рассмотрения и разрешения гражданских дел. Кроме того, и Верховный суд РФ, и нижестоящие суды могут принимать итоговые решения по делу, основывая их на позициях Европейского суда по правам человека; 2. выполнение постановлений Европейского суда по правам человека, т.е. разработка Пленумом Верховного суда РФ проектов федеральных законов и представление их в органы законодательной власти в порядке осуществления законодательной инициативы; 3. исполнение конкретными судьями

24 Анишина В.И. Указ. соч. – С. 59–62.

25 Справка по результатам обобщения практики применения судами Саратовской области норм международного права и постановлений Европейского суда по правам человека в соответствии с положениями Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации № 5 от 10.10.2003 г. «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». URL: http://oblsud.sar.sudrf.ru/modules.php?№ame=docum_sud&id=9591 (дата обращения: 7.10.2012).

26 Гарлицкий Л. Сотрудничество и конфликт: несколько наблюдений из практики взаимодействия Европейского суда по правам человека и национальных органов правосудия. // Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы. Сборник докладов. – М.: Институт права и публичной политики. – 2006. – С. 9–26.

постановлений Европейского суда по правам человека, которым выявлена необходимость пересмотра уже вступившего в законную силу решения суда.

При этом первая и вторая формы направлены на реализацию постановлений Европейского суда по правам человека в части мер общего характера, а третья форма – в части мер индивидуального характера.

Реализация постановлений Европейского суда по правам человека судами РФ протекает в различных формах, что связано с характером предписаний, содержащихся в данных актах. Как правило, меры индивидуального характера исполняются судами, а меры общего характера выполняются. В случае, когда Европейский суд по правам человека дает толкование относительно конкретной нормы Конвенции, то такое толкование должно применяться судами РФ. Существование различных форм реализации постановлений Европейского суда по правам человека позволяет полно и всесторонне менять и совершенствовать судебную практику.

Пристатейный библиографический список:

1. Анишина В.И. Влияние решений Европейского суда по правам человека на российское правосудие // Международное публичное и частное право. – 2007. – № 1.
2. Бондарь Н.С. Европейский конституционализм в аспекте национальной конституционной и европейской конвенционной юрисдикций (Рабочие материалы к Международному форуму по конституционному правосудию – 18–20.11.2010).
3. Бондарь Н.С. Конвенционная юрисдикция Европейского суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного суда РФ // Журнал российского права. – 2006. – № 6.
4. Бурков А.Л. Конвенция о защите прав человека в судах России. – М.: Волтерс Клувер, 2010.
5. Гарлицкий Л. Сотрудничество и конфликт: несколько наблюдений из практики взаимодействия Европейского суда по правам человека и национальных органов правосудия. // Имплементация решений Европейского суда по правам человека в практике конституционных судов стран Европы. Сборник докладов. - М.: Институт права и публичной политики, 2006.
6. Давид Р., Жоффе-Спинози К. Основные системы современности. / Пер. с фр. В.А. Туманова. – М.: Международные отношения, 2009.
7. Лобов М.Б. Неисполнение судебных решений – проблема общая // Бюллетень Европейского суда по правам человека. – 2006. – № 11.
8. Осман-Заде С. Европейская конвенция по правам человека и национальные правовые системы стран – членов Совета Европы. Роль Комитета министров // Юрист-международник. – 2005. – № 2.
9. Обязательства государств – участников Европейской конвенции о защите прав человека по исполнению постановлений Европейского суда. / Под ред. Л.М. Чуркиной. Общ. ред. С.И. Беляева. - Екатеринбург, 2005.
10. Султанов А.Р. Влияние на право России // Конвенция о защите прав человека и основных свобод и прецедентов Европейского суда по правам человека // Журнал российского права. – 2007. – № 12.
11. Султанов А.Р. Об исполнении постановлений Европейского суда по правам человека как средстве реализации конституционных ценностей // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 4.
12. Султанов А.Р. Польза от проигрыша // Эж-Юрист. – 2008. – № 5.
13. Чуркина М.Л. Исполнение постановлений Европейского суда по правам человека в Восточной и Западной Европе. // Обеспечение прав и свобод человека и гражданина. Сборник материалов международной научно-практической конференции (Тюмень, 17–19 ноября 2005). - Тюмень, 2005.

Уважаемые коллеги!

Представляем вашему вниманию научную сеть «Современное право»

Научная сеть «Современное право» создается с целью обмена информацией по всем отраслям права и обсуждения актуальных проблем юридической науки. К участию в проекте приглашаются вузы, юридические компании, адвокатские объединения, средства массовой информации и т.д. Надеемся, что возможность общения on-line с целью пополнения своих знаний привлечет молодых юристов, делающих первые шаги в науке. Проектом предусмотрены возможности создания клубов, персональных блогов, а также размещение авторских статей, обзоров конференций и семинаров.

*Адрес сети – **www.nauka-pravo.com***

Также разрабатывается англоязычная версия научной сети «Современное право».

the independent international scientific network of lawyers

"Modern Law"

Рахимбердин К.Х.

ОБЗОР ВЫПОЛНЕНИЯ РЕКОМЕНДАЦИЙ НАЦИОНАЛЬНОГО ПЛАНА ДЕЙСТВИЙ В ОБЛАСТИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В РЕСПУБЛИКЕ КАЗАХСТАН ЗА 2009–2012 ГОДЫ. ПРАВА ОСУЖДЕННЫХ

В статье приводится обзор выполнения рекомендаций Национального плана действий в области прав человека в Республике Казахстан за 2009–2012 годы в части прав осужденных.

Ключевые слова: права осужденных, уголовно-исполнительное право, исполнение наказаний.

Rakhimberdin K.Kh.

THE REVIEW OF IMPLEMENTATION OF RECOMMENDATIONS OF THE NATIONAL PLAN OF ACTION IN THE FIELD OF HUMAN RIGHTS IN THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN FOR 2009–2012. RIGHTS OF THE CONDEMNED

In article the review of implementation of recommendations of the National plan of action in the field of human rights is provided in the Republic of Kazakhstan for 2009-2012 regarding the rights condemned.

Keywords: the rights condemned, the criminal and executive right, execution of punishments.

Введение

Существующий Национальный план действий в области прав человека в Республике Казахстан на 2009–2012 годы является документом стратегического значения, отражающим парадигму совместных усилий государства и гражданского общества по обеспечению и продвижению ценностей защиты прав человека. В этом русле огромное значение имеют права, свободы и законные интересы осужденных. Актуальность подобной проблемы представляется вполне очевидной, поскольку осужденные – это лица, существенно ограниченные в своем правовом статусе, находящиеся под контролем государства, и от того, насколько соблюдаются их основные права и насколько соответствуют требованиям закона ограничения в их правах и свободах, во многом зависит успешность реинтеграции осужденных в общество, безопасность в учреждениях, исполняющих наказания, а также безопасность иных граждан, взаимодействующих с осужденными.

Целью настоящего обзора является правовой анализ уровня и глубины реализации Национального плана в области права человека в Республике Казахстан на 2009–2012 годы в отношении осужденных, содержащихся в пенитенциарных учреждениях и равно находящихся на свободе. Состояние показателей защищенности прав осужденных и решения проблем обеспечения прав человека в процессе применения наказаний и иных мер уголовного правового воздействия в Республике Казахстан. Данная цель обусловливает необходимость постановки следующих задач обзора:

1. Характеристика правового статуса осужденных в контексте гуманизации деятельности уголовно-исполнительной системы Республики Казахстан.

2. Выявление основных путей обеспечения прав, свобод и законных интересов осужденных.

3. Оценка состояния прав осужденных в свете имплементации международно-правовых актов, посвященных правам человека, в национальное законодательство и уголовно-исполнительную политику Республики Казахстан.

4. Разработка рекомендаций по совершенствованию механизма реализации правовых гарантий защищенности осужденных, их ресоциализации и обеспечения конституционно-правового статуса человека и гражданина в Республике Казахстан применительно к осужденным.

В процессе подготовки настоящего обзора использовались такие методы научного познания социально-правовой проблематики защиты прав осужденных, как системно-логический, сравнительно-правовой, проблемно-поисковый, конкретно-социологический, эвристический, а также контент-анализ, обобщение выводов по вопросам реализации правового статуса осужденных. Необходимо отметить, что при выполнении обзора были задействованы статистические показатели, отражающие динамику уголовной и уголовно-исполнительной политики Республики Казахстан, численность осужденных, находящихся под различными формами посткриминального контроля, справочный материал и монографические исследования, связанные с комплексом проблем, рассматриваемых в данном обзоре.

Описание ситуации

В течение 2011–2012 годов в Республике Казахстан последовательно реализовывался путь на гуманизацию уголовной и уголовно-исполнительной политики, модернизацию законодательства в сфере борьбы с преступностью, внедрение новых моделей и технологий ресоциализирующего предупредительного воздействия на осужденных. Подобные процессы проявились в следующих направлениях:

1. Реализация традиционных классических средств снижения численности тюремного населения Республики Казахстан. В русле данного направления была проведена седьмая амнистия осужденных,[1] показатели которой можно проиллюстрировать следующим образом. По состоянию на 11 июня 2012 г. в рамках реализации Закона «Об амнистии в связи с двадцатилетием государственной независимости Республики Казахстан» места лишения свободы покинули 2511 человек. Постановлением суда еще 665-ти осужденным сокращены сроки наказания, а также по различным причинам отказано судом 60 осужденным. Что касается лиц, осужденных к наказаниям, не связанным с лишением свободы, то на 1 июня т.г. судами приняты без малого 8 тысяч положительных решений об их освобождении от дальнейшего отбывания наказания, в том числе 1156 женщин и 160 несовершеннолетних.[2]

Амнистия предполагает освобождение от наказания, его дальнейшего отбывания и означает не только «разгрузку» пенитенциарных учреждений Комитета уголовно-исполнительной системы МВД Республики Казахстан, но и прекращение уголовно-правовых отношений, восстановление в полном объеме конституционно-правового статуса осужденных, обусловленного их освобождением от наказания.

2. Следующим стратегическим направлением законодательных изменений в реализации прав и законных интересов осужденных стала деятельность по созданию национальной модели системы пробации в Республике Казахстан. Этому предшествовала кропотливая содержательная работа, интегрировавшая усилия казахстанской и зарубежной юридической науки, опыт реформирования уголовно-исполнительной системы, имеющийся у ее руководства, ресурсы международных и национальных правозащитных общественных объединений по продвижению в уголовно-исполнительную практику ценностей пробации как уникального метода ресоциализации правонарушителей, широко используемого в различных современных государствах. Созданию нормативно-правовыхоснов пробации предшествовали обсуждение данной проблематики в казахстанской научной и периодической печати; организация круглых столов, в том числе с участием зарубежных экспертов; проведение научно-практических конференций международного уровня, дискуссии относительно форм и содержания деятельности службы пробации, выбора ее наиболее оптимальных средств посткриминального контроля и ресоциализации в отношении осужденных, ведомственной принадлежности и системной подчиненности службы пробации. Итогом этой работы, отразившим совместные усилия государственных институтов и гражданского общества Казахстана, стало принятие Закона Республики Казахстан от 15 февраля 2012 г. № 556-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам службы пробации». На основании данного закона были созданы правовые основы системы пробации в Республике Казахстан и появилась благоприятная возможность формирования собственного национального опыта пробационной модели в Казахстане, как в одном из крупнейших государств региона Центральной Азии. Несомненно, что пробация, будучи внедренной в практику казахстанской уголовно-исполнительной системы, предполагает фактическую смену парадигмы ее деятельности, поскольку миссия пробации, как показывают исследования различных отечественных и зарубежных авторов, заключается в обеспечении безопасности общества и реинтеграции правонарушителей с использованием гуманитарных социально-правовых технологий некарательного восстановительного воздействия. Служба пробации фактически сочетает меры контроля и социальной защиты правонарушителей и абсолютно лишена милитаризованного контекста, свойственного уголовно-исполнительным системам большинства государств СНГ. Необходимо отметить, что указанные законодательные изменения проявились, в частности, в институционализации термина «пробация», закреплении пробационного надзора в отношении лиц, осужденных условно, с отсрочкой отбывания наказания и к наказаниям, не связанным с лишением свободы. Наряду с этим были закреплены юридические основания проведения социально-психологического исследования личности «адресата» пробации.

3. Следующим направлением законодательных изменений, способствующих либерализации уголовной политики Республики Казахстан, стала модернизация структуры составов преступлений в экономической деятельности, предусмотренных Уголовным кодексом Республики Казахстан.[3]

1 Закон Республики Казахстан от 28 декабря 2011 г. № 521-IV Об амнистии в связи с двадцатилетием государственной независимости Республики Казахстан. URL: http://adilet.minjust.kz/rus/docs/Z1100000521#z52 (дата обращения: 7.10.2012).

2 URL: http://kuis.kz/ru/news/542 (дата обращения: 7.10.2012).

3 Закон Республики Казахстан от 9 ноября 2011 г. № 490-IV «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Казахстан по вопросам совершенствования правоохранительной деятельности и дальнейшей гуманизации уголовного законодательства». URL: http://adilet.minjust.kz/rus/docs/Z1100000490 (дата обращения: 7.10.2012).

В данном русле заслуживают внимания такие проявления, как частичная декриминализация названной главы УК РК и ее депенализация, выразившаяся в расширении возможностей применения имущественных санкций (штрафа, конфискации), с сужением сферы наказания в виде лишения свободы за экономические преступления. Например, за незаконное предпринимательство, за злостное уклонение от погашения кредиторской задолженности и др.

Таким образом, существует выраженная доминанта гуманизации уголовной политики и деятельности по исполнению уголовных наказаний, что в свою очередь непосредственно влияет на состояние прав и свобод граждан, находящихся в орбите уголовной юстиции. Это проявляется и в осуществляемой в настоящее время работе по подготовке проектов новых Уголовного кодекса, Уголовно-процессуального кодекса, Уголовно-исполнительного кодекса Республики Казахстан, в которых также должна найти последовательное выражение идея защиты прав человека.

Вместе с тем нельзя не отметить и существование целого ряда проблем и противоречий в реализации законодательных изменений в области уголовной и уголовно-исполнительной политики Казахстана, затрагивающих сферу и прав, и свобод человека. К ним относятся:

А). Нечеткость концептуальной модели амнистии, в которой должны сочетаться не только вопросы освобождения осужденных от наказания или отбывания, но и постпенитенциарная ресоциализация осужденных, вопросы их материально-бытового устройства, трудовой адаптации, восстановления утерянных социально полезных связей и отношений. Лишь при решении данного комплекса сложных вопросов институт амнистии осужденных будет соответствовать своему назначению, а социально-юридическая защищенность осужденных после освобождения из пенитенциарных учреждений станет важным противодействием рецидиву преступлений с их стороны.

Б). Институционализация пробации в Казахстане не должна свестись к банальному ребрендингу, т.е. механическому изменению наименований уголовно-исполнительных инспекций на службу пробации.[4] Должны произойти содержательные изменения в деятельности УИИ, прежде всего касающиеся обеспечения приоритета воспитательной, социальной работы с осужденными. Для внедрения в практику социального исследования правонарушителя нужны четкие организационно-правовые механизмы осуществления такого исследования, а они в настоящее время законом не созданы. Нецелесообразно также делить пробацию на приговорную и досудебную, поскольку с учетом мирового опыта пробация должна осуществляться с начального этапа уголовного процесса, когда служба пробации готовит для суда социальный доклад о личности правонарушителя. Наряду с этим необходимо создание надлежащих правовых основ участия институтов гражданского общества в осуществлении пробационного надзора и мер по ресоциализации правонарушителей, находящихся на пробации.

В). Что касается нормативной конструкции состава преступлений в сфере экономической деятельности, то необходимо учитывать, что любые законодательные изменения в данной области должны быть социально и криминологически обоснованы. Декриминализации должны подлежать только те составы преступлений в УК РК, существование которых, ввиду отсутствия необходимости уголовно-правовой охраны соответствующих объектов, лишено смысла. Что касается депенализации данных преступлений, то необходимо принять меры к тому, чтобы были исключены случаи нарушения прав граждан на равенство перед законом и судом в связи с их имущественным положением. Совершенно нежелательны ситуации, когда виновный в экономических преступлениях может избежать лишения свободы только потому, что платежеспособен и готов уплатить крупный штраф, в то время как малоимущие граждане будут подвергаться более строгим мерам уголовно-правового воздействия, поскольку имущественные наказания станут для них непосильным бременем.

Названные проблемы правового регулирования и законодательных изменений носят институциональный характер, и от степени их решения зависит не только имплементация международных стандартов прав человека в законодательство и уголовно-исполнительную практику, но и позитивные изменения в правовом положении осужденных уже в настоящее время, когда процессы упомянутой имплементации выглядят далеко не завершенными.

В связи с этим большое значение имеет состояние защищенности прав осужденных в наиболее строгом виде уголовно-правового воздействия – к лишению свободы. Вполне очевидно, что изоляция осужденных от общества создает повышенные риски, нарушения прав человека в пенитенциарных учреждениях увеличивает вероятность пыток и жестокого обращения по отношению к осужденным.

4 Рахимбердин К.Х. Служба пробации или ребрендинг уголовно-исполнительных инспекций Казахстана? // Евразийский юридический журнал. – 2011. – № 6. – С. 24–26.

Для снижения уровня подобных рисков в мировой практике апробированы такие способы, как подготовка персонала тюремных учреждений, убежденного в этических ценностях человеческого достоинства, уважения личности осужденных, гуманного обращения с ними и осуществление независимого общественного контроля, выступающего составной частью Национального превентивного механизма предупреждения пыток и жестокого обращения. С учетом данных положений представляется необходимым дальнейшее осуществление демилитаризации уголовно-исполнительной системы, особенно значимое в связи с тем, что Комитет уголовно-исполнительной системы после десяти лет реформ и ориентации на соблюдение международных стандартов прав осужденных передан из гражданского ведомства – Министерства юстиции Республики Казахстан в ведомство силовое – Министерство внутренних дел Республики Казахстан.[5]

Поэтому остается актуальной задача подготовки сотрудников УИС как профессионалов в области социальной работы с осужденными, способных решать задачи их исправления, применять психолого-педагогические технологии и средства разрешения конфликтов, обеспечивать безопасность осужденных, неприкосновенность их человеческого достоинства, подготовленных к успешной практической деятельности в учреждениях, исполняющих уголовные наказания.

Другим стратегическим направлением в защите прав человека при отбывании наказания выступает общественный контроль, полагаем, что с учетом зарубежного опыта подобного контроля следует расширить юридические возможности его применения в Республике Казахстан. Это можно сделать путем расширения субъектного состава. В казахстанской юридической науке отмечается участие в общественном контроле не только общественно-наблюдательных комиссий (ОНК), но и других институтов гражданского общества (общественных и религиозных объединений, СМИ, высших образовательных учреждений, адвокатуры и др.).[6] Следует преодолеть риск бюрократизации общественных наблюдательных комиссий, так как действующее законодательство делает их зависимыми от должностных лиц УИС и не создает механизма учета рекомендаций ОНК в деятельности органов и учреждений, исполняющих наказания. По-видимому, целесообразно предусмотреть право на внезапные визиты представителей ОНК в пенитенциарные учреждения, так как подобные визиты могут стать хорошим стимулом работы администрации пенитенциарных учреждений по предупреждению пыток и жестокого обращения. Кроме того, в орбиту общественного контроля необходимо включить не только исправительные учреждения, но и УИИ, исполняющие наказания и меры уголовно-правового воздействия без лишения свободы.

Большое значение имеют также вопросы реализации осужденными конституционного права на свободу совести, в этом русле имеются явные очевидные достижения, связанные с тем, что крупнейшие религиозные конфессии Казахстана с начала осуществления реформ УИС получили возможность установления контакта с осужденными и оказания им духовной помощи в последующей ресоциализации. Кроме того, представители религиозных традиционных конфессий (ислама, православного христианства и др.) могут способствовать не только исправлению осужденных, но и предупреждению религиозного экстремизма, имеющего выраженную опасность для личности, общества и государства. В связи с этим является нелогичным решение руководства Комитета уголовно-исполнительной системы о закрытии молельных комнат и мест отправления религиозных обрядов в пенитенциарных учреждениях.[7] Фактически оно нарушает права осужденных на реализацию права на отправления религиозных обрядов. Чем бы ни мотивировалось подобное решение, в результате оно снижает возможность администрации пенитенциарных учреждений опираться на помощь и поддержку духовенства, представляющего мировые религии в Казахстане, в социальной работе с осужденными и противодействии религиозному экстремизму, который в настоящее время проник в среду осужденных, находящихся в условиях изоляции от общества.[8]

Заслуживает внимание и такое направление, связанное с обеспечением прав осужденных, как модернизация системы исполнения наказаний в виде лишения свободы. В этом русле в настоящее время обсуждается вопрос о переходе к покамерным условиям содержания осужденных в пенитенциарных

5 Указ Президента Республики Казахстан от 26 июля 2011 г. № 129 «О пенитенциарной системе Республики Казахстан». URL: http://adilet.minjust.kz/rus/docs/U1100000129#z4 (дата обращения: 7.10.2012).

6 Рахимбердин К.Х. Гражданское общество Казахстана и его роль в гуманизации уголовной политики. – Усть-Каменогорск: Либриус, 2010. – С. 218.

7 В связи с реализацией норм Закона Республики Казахстан от 11 октября 2011 г. № 483-IV «О религиозной деятельности и религиозных объединениях».

8 По данным старшего научного сотрудника НИИ Академии Комитета уголовно-исполнительной системы МВД РК Г. Кужабаевой, в настоящее время в исправительных колониях страны содержатся 65 террористов и почти 300 экстремистов. URL: http://www.zakon.kz/top_news/4493817-zhangazy-kunserkin-v-kazakhstane.html (дата обращения: 7.10.2012).

учреждениях. Фактически это означает трансформацию колонийской модели исполнения наказания в тюремную. Как отмечается в юридической науке, наиболее оптимальным является путь конвергенции, т.е. постепенного сближения и взаимопроникновения «колонийской» и «тюремной» моделей. Незамедлительное внедрение покамерного содержания без учета коллективистского менталитета большинства осужденных может оказаться весьма болезненным процессом. Более того, следует учесть и такие следующие факторы, как экономические затраты общества и государства на обеспечение покамерного содержания всех осужденных к лишению свободы[9] и проблему обеспечения социально полезных контактов с внешним миром, которая при переходе на покамерные условия содержания приобретет еще большую актуальность.

Утвержденная Постановлением Правительства Республики Казахстан от 9 июня 2012 г. № 775 Программа развития уголовно-исполнительной системы в Республике Казахстан на 2012–2015 годы, несомненно, имеет позитивное значение, так как выражает определенную концепцию процесса развития УИС, однако приоритетом этого развития программа практически закрепляет приоритет развития наказания в виде лишения свободы и переход к покамерному содержанию осужденных, предусматривая на эти цели значительные объемы финансирования. Данное обстоятельство создает определенную вероятность отношения к наказаниям и мерам без изоляции от общества как к чему-то второстепенному и менее важному, что совершенно недопустимо.[10]

Нельзя не отметить и такой вопрос, как привлечение осужденных в местах лишения свободы к труду. Традиционно в казахстанской уголовно-правовой доктрине еще с советского времени труд рассматривался как важнейшее средство обеспечения исполнения наказаний. Действующее уголовно-исполнительное законодательство Казахстана рассматривает труд как одно из средств исправления осужденных, приобщения к ценностям социальной жизнедеятельности человека на свободе. В то же время нельзя абсолютизировать значение труда, поскольку в местах лишения свободы он носит, как правило, неквалифицированный, лишенный творческих начал характер. В современных условиях невозможно обеспечить реализацию труда соответствующей колонийской модели исполнения лишения свободы советского времени.[11] Недопустимо использовать труд осужденных в целях извлечения прибыли. Этот труд, исходя из международно-правовых актов, должен быть сориентирован на сохранение у осужденных социально полезных навыков, мотивации к труду и умения организации собственного времени. Поэтому представляется необходимым, чтобы труд осужденных был связан с учетом не только их возраста и состояния здоровья, но также уровня образования, квалификации, способности к определенным видам труда и творческой составляющей этого труда.

Рекомендации

Подводя итог настоящему обзору, представляется необходимым обозначить следующие рекомендации, связанные с реализацией Национального плана действий в области прав человека в отношении лиц, отбывающих наказания и иные меры уголовно-правового воздействия:

1. Обратить внимание государственных органов в сфере исполнения наказаний, здравоохранения, социальной защиты, а также неправительственных организаций на необходимость принятия мер по содействию ресоциализации осужденных, освобожденных от наказания и его отбывания на основании акта амнистии. Данные меры, к которым могут относиться квотирование рабочих мест на предприятиях, беседы психологов и социальных работников, поощрение участия в реализации социальных проектов, содействие в восстановлении семейных связей и др. призваны уменьшить вероятность рецидива преступлений и риск криминальных конфликтов амнистированных лиц с иными гражданами.

2. Для наиболее оптимального решения проблем криминализации и декриминализации, пенализации и депенализации преступлений в сфере экономической деятельности в УК РК целесообразно объединить усилия казахстанской юридической науки, общественности и государственных органов Республики Казахстан посредством проведения

9 Так, по данным МВД РК, предусматривается разработка типового проекта специализированного исправительного учреждения с камерным содержанием на 1500 мест, ориентировочно на строительство одного такого учреждения потребуются 12 млрд. тенге. URL: http://www.zakon.kz/top_news/4493232-segodnja-iz-76-ispravitelnykh.html (дата обращения: 7.10.2012).

10 В 2011 году по учетам уголовно-исполнительных инспекций КУИС МВД РК прошли 41105 человек, из них 6643 женщины и 1466 несовершеннолетних. URL: http://www.zakon.kz/4496934-v-kazakhstane-utverzhdena-programma.html (дата обращения: 7.10.2012).

11 Эту проблему признает и КУИС МВД РК, так, согласно официальным данным, в настоящее время из 26061 трудоспособного осужденного заняты трудом всего 11714 человек или 44,9 %, из них 6234 работают на предприятиях уголовно-исполнительной системы, 3005 – на хозяйственном обслуживании и 2475 – на других оплачиваемых работах. Функционирующие при исправительных учреждениях республиканские государственные предприятия «Енбек», «Енбек-Караганда», «Енбек-Оскемен» из-за устаревших производственных мощностей не могут в достаточном количестве обеспечить рабочими местами всех трудоспособных осужденных. URL: http://www.zakon.kz/4496934-v-kazakhstane-utverzhdena-programma.html (дата обращения: 7.10.2012).

круглых столов, конференций и обсуждения в научной печати проблем, связанных с изменениями уголовного законодательства об экономических преступлениях. В этой связи необходимо создать Рабочую группу по подготовке изменений УК РК в отношении определения преступности и наказуемости общественно опасных деяний, посягающих на отношения в сфере экономической деятельности. В состав Рабочей группы необходимо включить представителей академической науки, НПО, бизнес-структур, национальных и зарубежных экспертов.

3. Продолжить деятельность по созданию и развитию национальной системы пробации в Казахстане посредством:

1) формирования эффективно действующего института общественных помощников с определением их правового статуса;

2) совершенствования форм пробационного надзора и внедрения в его практику современных электронных технологий (электронные браслеты);

3) разработки и внедрения алгоритма социально-правового исследования личности адресата пробации, удобного для практического осуществления сотрудниками службы пробации, утвердив данный алгоритм приказом МВД РК.

4. Продолжить деятельность по созданию новых форм общественного контроля, соответствующих требованиям НПМ, предупреждения пыток и жестокого обращения. В связи с этим необходимо:

1) расширить субъектный состав общественного контроля, предоставив полномочия по его осуществлению общественным и религиозным объединениям, СМИ и другим лицам;

2) дополнить перечень объектов общественного контроля в законодательстве, включив в него службу пробации, исполняющих условное осуждение, отсрочку отбывания наказания, наказания, не связанные с лишением свободы;

3) расширить полномочия ОНК и разработать механизм обеспечения результатов их деятельности;

4) внести соответствующие институциональные изменения, посвященные общественному контролю, в законодательство Республики Казахстан.

5. В целях совершенствования форм и методов воспитательного воздействия на осужденных необходимо уйти от существующей в современных условиях модели самодеятельных организаций осужденных в исправительных учреждениях, позволяющей администрации учреждений УИС использовать самодеятельные организации в качестве инструментария решения задач управления и контроля.

6. Разработать и апробировать модели трудовой занятости осужденных в исправительных учреждениях, мотивации осужденных к труду. Подготовить предложения в уголовно-исполнительное законодательство Республики Казахстан по совершенствованию правового регулирования привлечения осужденных к труду.

7. Комитету УИС МВД РК внедрять в уголовно-исполнительную практику современные технологии социальной работы с осужденными, переориентировав исправительные учреждения на решение задач ресоциализации осужденных и на преодоление милитаризованного уклада организации жизнедеятельности осужденных в условиях изоляции их от общества.

8. Создать взаимодействие «колонийских» и «тюремных» элементов в исполнении наказаний в виде лишения свободы, обеспечив конвергенцию данных элементов для эффективного решения задач ресоциализации осужденных.

9. Оптимизировать образовательную, профессиональную подготовку сотрудников КУИС МВД РК на основе изучения практикоориентированных дисциплин, знаний, умений и навыков в сфере ресоциализации осужденных, учета рекомендаций международных стандартов прав человека и изучения отечественного опыта в области методики воспитательного воздействия на лиц, отбывающих наказания, и иные меры уголовно-правового воздействия.

10. Образовать экспертную группу по осуществлению независимой общественной экспертизы проектов новых УК, УПК, УИК РК с участием представителей академической науки, правозащитных организаций и иных институтов гражданского общества Казахстана, национальных и международных экспертов в сфере, регулируемой уголовным, уголовно-процессуальным и уголовно-исполнительным законодательством. Регулярно освещать деятельность экспертной группы в СМИ Казахстана и обеспечивать ознакомления с ее оценками и рекомендациями членов Рабочей группы по подготовке новых кодексов РК.

11. Содействовать созданию и развитию НПМ по предупреждению пыток и жестокого обращения посредством гармонизации уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного законодательства РК, формирования института «тюремного» омбудсмена, совершенствования форм и методов общественного контроля над соблюдением прав человека в пенитенциарных учреждениях (проведение внезапных посещений в учреждения, расширение состава участвующих в общественном контроле и др.).

12. Разработать алгоритм перехода исправительных учреждений КУИС МВД РК на покамерные условия содержания осужденных с учетом возможных рисков, конфликтных ситуаций, обусловленных подобным переходом, а также принятием во внимание особенностей менталитета сотрудников УИС и влияния покамерного содержания на достижение цели наказания и решение задач ресоциализации осужденных. В связи с этим целесообразно провести мониторинг потребностей и ожиданий осужденных, персонала УИС по поводу перехода на покамерные условия изоляции от общества, организовать круглые столы по данной проблеме с участием психологов, социальных работников и представителей гражданского общества. Провести тренинги для сотрудников УИС обучающего характера, связанные с взаимодействием с осужденными, находящимися в условиях покамерного режима содержания.

13. Разработать методические рекомендации по социальной работе с осужденными, находящимися в группе повышенного риска (ВИЧ-инфицированные, больные туберкулезом, страдающие тяжелыми формами заболевания и др.[12]). Подготовить алгоритм проведения воспитательной работы с осужденными и сотрудниками КУИС МВД РК по повышению толерантности к осужденным, находящимся в группе риска, с целью предупреждения их дискриминации, жестокого обращения и иных форм криминальной виктимизации личности.

14. Обратить внимание на необходимость предупреждения и пресечения ситуаций неинституциональной стратификации осужденных и использования администрацией исправительных учреждений средств манипулирования осужденными, провоцирующих нарушения равенства осужденных перед законом и ущемления прав и свобод человека в пенитенциарных учреждениях.

15. Восстановить в исправительных учреждениях молельные комнаты и другие места для отправления религиозных обрядов осужденных. КУИС МВД РК заключить Меморандум с руководством традиционных для Казахстана религиозных конфессий, обеспечив возможность участия исламского и православного духовенства и других священнослужителей, представляющих другие религии, в осуществлении духовно-нравственного воздействия на осужденных, в предупреждении религиозного экстремизма среди осужденных, в решении задач по ресоциализации лиц, отбывающих наказания.

16. Органам государственной власти Республики Казахстан целесообразно переориентировать практику применения наказаний на меры, не связанные с лишением свободы, использовать для этого возможности пробационного надзора, существующие наказания без лишения свободы, технологии медиации, меры воспитательного предупредительного воздействия в отношении несовершеннолетних правонарушителей. Изменение доминанты уголовной и уголовно-исполнительной политики Казахстана позволит создать эффективную некарательную модель ответственности правонарушителей, учитывающую интересы безопасности общества, потребности пострадавших от преступлений и задачи ресоциализации осужденных.

12 По состоянию на 1 января 2012 г. более 20 % осужденных состоят на диспансерном учете по поводу различных заболеваний, в том числе 11599 – больных социально значимыми заболеваниями, из них 2110 больны активным туберкулезом, 1870 – ВИЧ-инфекцией, 194 – сифилисом, 4055 – наркоманией, 3564 – алкоголизмом. URL: http://www.zakon.kz/4496934-v-kazakhstane-utverzhdena-programma.html (дата обращения: 7.10.2012).

Пристатейный библиографический список

1. Рахимбердин К.Х. Гражданское общество Казахстана и его роль в гуманизации уголовной политики. – Усть-Каменогорск: Либриус, 2010.

2. Рахимбердин К.Х. Служба пробации или ребрендинг уголовно-исполнительных инспекций Казахстана? // Евразийский юридический журнал. – 2011. – № 6. – С. 24–26.

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Ius est ars boni et aequi

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru info@eurasniipp.ru +7-903-31-257-90

Каменков В.С.

ВАЖНЕЙШИЕ КРИТЕРИИ ОЦЕНКИ РЕЗУЛЬТАТИВНОСТИ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ СУДЕБНОЙ СИСТЕМЫ

В статье на основе анализа законодательства Российской Федерации и Беларуси, а также научных работ рассмотрены основные критерии оценки результативности деятельности судебной системы.

Ключевые слова: судоустройство, результативность деятельности судов, судебная система.

Kamenkov V.S.

THE MOST IMPORTANT CRITERIA OF THE ASSESSMENT OF PRODUCTIVITY ACTIVITY OF JUDICIAL SYSTEM

In article on the basis of the analysis of the legislation of the Russian Federation and Belarus and also scientific works the main criteria of an assessment of productivity of activity of judicial system are considered.

Keywords: sudoustroystvo, productivity of an activity of the courts, judicial system.

Основной закон нашего государства провозгласил, что государственная власть в Республике Беларусь осуществляется на основе разделения ее на законодательную, исполнительную и судебную (ст. 6).

В данной и иных нормах Конституции Беларуси утверждено самостоятельное положение судебной власти в структуре государственной власти как независимой, суверенной отрасли, равновеликой законодательной и исполнительной отраслям государственной власти.

В развитие Конституции Республики Беларусь Кодекс о судоустройстве и статусе судей[1] (далее – КоССС) конкретизировал положения о структуре, носителях, статусе, функциях и задачах судебной власти.

Судебная власть в Республике Беларусь принадлежит судам, образованным в порядке, установленном Конституцией Республики Беларусь и КоССС. Она осуществляется только судами в лице судей и привлекаемых в установленных законодательными актами порядке и случаях к осуществлению правосудия народных заседателей посредством конституционного, гражданского, уголовного, хозяйственного и административного судопроизводства.

Судебная власть самостоятельна, она взаимодействует с законодательной и исполнительной властями (ст. 2 КоССС).

Судебную систему Республики Беларусь составляют:

– Конституционный суд Республики Беларусь – орган судебного контроля над конституционностью нормативных правовых актов в государстве, осуществляющий судебную власть посредством конституционного судопроизводства;

– общие суды, осуществляющие правосудие посредством гражданского, уголовного и административного судопроизводства;

– хозяйственные суды, осуществляющие правосудие посредством хозяйственного и административного судопроизводства.

Система общих и хозяйственных судов строится на принципах территориальности и специализации.

Образование чрезвычайных судов запрещается (ст. 5 КоССС).

Конституционный суд Республики Беларусь призван обеспечивать верховенство Конституции Республики Беларусь и ее непосредственное действие на территории Республики Беларусь, соответствие нормативных правовых актов государственных органов Конституции Республики Беларусь, утверждение законности в нормотворчестве и правоприменении, решение других вопросов, предусмотренных Конституцией Республики Беларусь, настоящим Кодексом и иными законодательными актами.

Общие и хозяйственные суды в Республике Беларусь призваны защищать гарантированные Конституцией Республики Беларусь и иными актами законодательства личные права и свободы, социально-экономические и политические права граждан, конституционный строй Республики Беларусь, государственные и общественные интересы, права организаций, индивидуальных предпринимателей, а также обеспечивать правильное применение законодательства при осуществлении правосудия, способствовать укреплению законности и предупреждению правонарушений (ст. 6 КоССС).

При таких судьбоносных для граждан, субъектов предпринимательской деятельности, для экономики и в целом для страны функциях и задачах судов возникает вопрос – как оценить, эффективно

1 Кодекс Республики Беларусь от 29.06.2006 № 139-З (ред. от 28.12.2009) «Кодекс Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей». «Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь» – 12.07.2006. – № 107. – 2/1236.

ли они работают? Надлежащим ли образом суды выполняют свои функции и задачи? Или их можно критиковать, кому ни попало? Благо, что в судебном процессе, как известно, как минимум две стороны. Одна из них (выигравшая) всегда будет довольна судом. Другая (проигравшая) – всегда недовольна. Но это субъективные критерии и оценки. Есть ли объективные?

Или суды вообще не надо оценивать, потому что они эффективны всегда? Или категория эффективности не относится к судам?

Вопросы оказались не такими простыми, какими казались вначале. Автор этого материала попытался собрать различные точки зрения по этим вопросам из различных государств и международных организаций. И вот что получилось. «… нет пока надежных критериев эффективности деятельности любого судьи (и даже суда того или иного уровня звенности любой судебной системы)». Если сейчас кто-то предпринял бы разработку методики определения победителя в соревновании между судьями, например, одного арбитражного суда (или между арбитражными судами субъектов РФ), то вряд ли смог бы корректно решить эту задачу. Как формализовать, в частности, этические аспекты деятельности арбитражного судьи? Ведь и их нельзя рассматривать изолированно. Исследователи философско-правовой доктрины судейской этики указывают: «Вообще же принцип добросовестности при осуществлении правосудия тесно связан с фундаментальными основаниями его отправления – профессионализмом, следованием внутреннему убеждению, которое формировалось в процессе судоговорения».[2] Трудно вроде и возразить. Можно только согласиться. И не только в отношении этических аспектов, но и моральных, психологических. Как, например, оценить и чем измерить эмоции, чувства, переживания судьи, который готовится вынести решение о ликвидации действующего предприятия с работающими там людьми или смертный приговор? Все это как-то формально учесть просто невозможно. Давайте вчитаемся в следующие строки.

«Психологическая структура деятельности судьи предопределяет наличие определенной структуры психических свойств личности (интеллектуальных, эмоционально-волевых, коммуникативных, морально-нравственных), которыми нужно овладеть для выполнения функций этой деятельности. Прежде всего, судье необходимы свойства, обеспечивающие успешность в познавательной деятельности, к ним относятся такие интеллектуальные качества как: широта, глубина, самостоятельность, критичность и гибкость мышления; способность к анализу и обобщению информации; умение выделять главное из большого количества информации; умение прогнозировать; отсутствие эмоциональной деструкции; упорство при решении задач; развитая интуиция, творческое мышление; общая эрудированность; хорошая память, способность распределять и сосредоточивать внимание».[3]

Тогда может показаться актуальным другое предложение: перейти только на количественные показатели. Кто из судей рассмотрел большее количество дел в установленные сроки, тот и молодец. Опять не подходит. Поскольку в судах имеются разные по сложности категории дела. Порой, например, рассмотрение одного дела о банкротстве можно сравнить по количеству и сложности с рассмотрением сотни иных дел. Или рассмотрение дела с участием иностранца (с дальнего «зарубежья») никак не уложить в национальные временные рамки, поскольку есть международные «каноны» – стандарты о сроках надлежащего уведомления сторон и рассмотрения таких дел.

Однако и «сбрасывать со счетов» количественный показатель тоже нельзя. Ведь количество, как известно, напрямую влияет на качество, в том числе и правосудия. Или нельзя, скажем, не учитывать сроки рассмотрения дел. Модным стало говорить, что главное не в сроках рассмотрения дела, а в законности и справедливости принятого судом решения. Но если главной целью правосудия является эффективная защита прав и законных интересов субъекта, то длительное рассмотрение дела в суде как раз может привести к усугублению нарушенного права, а не к его защите. Условно говоря, лицу, умершему или ликвидированному, не дождавшемуся судебного решения, все равно, какое оно будет. Но только количественный фактор при оценке деятельности судов тоже нельзя делать главенствующим.

«Представляется, что наделение количественного показателя определяющим значением не соответствует общим тенденциям повышения эффективности судебной системы. В арбитражных судах и судах общей юрисдикции до настоящего времени отсутствует обязательное к исполнению нормирование труда. Отмечается, что отсутствует элементарная возможность для восстановления здоровья и работоспособности судебных работников. Подобная ситуация приводит к поспешному

2 Клеандров М.И. Статус судьи: правовой и смежные компоненты. / Под ред. М.М. Славина. – М.: НОРМА, 2008. – С. 171.

3 Чуева Е.Н. Психодиагностическое обследование личности кандидатов на должности судей как одна из составляющих повышения качества правосудия и эффективности судебной системы // Администратор суда. – 2010. – № 2. – С. 15–19.

и поверхностному рассмотрению дел, влечет за собой судебные ошибки. В результате мы видим отсутствие зримой культуры правосудия, их замещение отрицательными реакциями на нервное напряжение».[4]

Итак, что получается. Судебная власть вне критики, вне оценки. Но в судах ведь тоже люди работают, для которых также важны определенные оценки их деятельности, для них тоже нужны определенные мерила количества и качества. Или работу судов и судей невозможно оценить? Так ли это? «…ни от отдельных судей, ни от отдельных судов, а равно их систем руководство государства, общество не вправе требовать более того, на что отдельные судьи, суды способны в текущий момент времени как элементы аппарата государственного управления. В то же время общество, его лидеры, а равно отдельные граждане для повседневной оценки результатов судебной деятельности должны владеть определенными критериями эффективности их деятельности. Очевидно, что в решении задач повышения эффективности судебных систем значительная роль принадлежит правовой науке, в первую очередь ведущей ее отрасли – теории государства и права. Именно она обязана вооружить как «созидателей» судебных систем, так и их руководителей конкретными рекомендациями о рациональных путях организации судебной власти, судебного строительства, методах улучшения всех видов и форм судебной деятельности».[5] А новая Рекомендация 42 CM/Rec (2010)12 Комитета Министров Совета Европы «Судьям государств-членов: независимость, эффективность, ответственность»[6] предусматривает, что «…с целью содействия эффективному осуществлению правосудия и постепенному усовершенствованию его качества… государства-члены должны вводить системы оценки судей органами судебной власти» (п. 42).

И еще. «Когда органы судебной власти устанавливают системы оценки судей, такие системы должны основываться на объективных критериях. Эти критерии должны быть опубликованы компетентным судебным органом. Процедура должна предусматривать возможность судей выражать свое мнение о собственной деятельности и об оценке этой деятельности, а также оспаривать оценку в независимом органе власти или суде» (п. 58).

Постараемся разобраться с теорией и практикой.[7]

Вначале нужно определиться с определением термина «критерий эффективности». Можно взять за основу следующую дефиницию. Критерий эффективности – признаки, грани, стороны проявления управления (управленческой системы), посредством анализа которых можно определять уровень и качество управления, его соответствие потребностям и интересам общества.[8] При этом будем помнить, что судебная власть отличается от исполнительной и законодательной ветвей государственной власти спецификой своих функций. «Судебная власть – это особая форма деятельности государства, осуществляющая свои властные полномочия специально созданными государственными органами – судами – в строго установленной законом процессуальной форме в сфере защиты конституционного строя, прав и законных интересов человека и гражданина, государственных органов, предприятий, учреждений, организаций и иных объединений».[9] Но в силу публичности и социальной направленности судебная власть должна осуществляться судами эффективно. Вот как разнообразно выглядят определения эффективности судебной власти. «При этом под эффективностью правосудия следует понимать способность суда как органа государственной (судебной) власти надлежащим образом обеспечивать реализацию целевых установок судопроизводства, в которых выражается его социальное предназначение».[10]

«Эффективность судебного разбирательства в арбитражном суде подразумевает совокупность мер, направленных в первую очередь на обеспечение доказательств по рассматриваемому делу в суде».[11] «Осуществление правосудия в обществе должно быть эффективным. Ясно, что критерии эффективности правосудия динамичны во времени и разнообразны в пространстве. Тем не менее, можно выделить следующие критерии эффективности правосудия. Судебно-властные отношения

4 Топильская Л. Как нам обустроить судебную власть? // Российская юстиция. – 2000. – № 11; Гагиев А.К. Цели и задачи судопроизводства в отечественном и зарубежном цивилистическом процессе в контексте повышения эффективности правосудия // Общество и право. – 2009. – № 3. – С. 50–60.

5 Колоколов Н.А. Судебная власть как общеправовой феномен. – М.: Юрист, 2007. – С. 225.

6 Принята Комитетом Министров 17 ноября 2010 на 1098-м заседании заместителей министров. – Вісник Верховного суду України, 12 (124). – 2010. – С. 37–40.

7 Кстати, в Высшем хозяйственном суде Республики Беларусь сейчас ведется работа по отысканию объективных критериев оценки деятельности судей и судов. Будем благодарны за высказанные мысли, предложения и критические оценки.

8 Колоколов Н.А. Судебная власть как общеправовой феномен. – М.: Юрист, 2007. – С. 328; Атаманчук Г.В. Теория государственного управления. – М., 2004. – С. 480–481.

9 Фоков А.П. Судебная власть в системе разделения властей // Российский судья. – 2009. – № 11. – С. 2–3.

10 Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. – М.: Проспект, 2010. – С. 53.

11 Чучунова Н. Эффективность судебного разбирательства в арбитражном суде // Арбитражный и гражданский процесс. – 2007. – № 5.

эффективны уже потому, что, несмотря на присущий им комплекс недостатков, в разрешении определенного рода конфликтов альтернативы им нет. Суд эффективен тогда, когда неэффективны иные методы разрешения конфликтов. Суд гарантирует достижение тех целей, достижение которых иными методами заведомо невозможно.

Считается, что суд – дорог. Данное суждение неверно, ибо судебные процедуры в конечном итоге гораздо дешевле иных форм разрешения конфликтов. Суд эффективен потому, что он приемлем тогда, когда иным путем определить цену иска невозможно, например, при взыскании в пользу потерпевших сумм компенсации морального вреда при убийстве. Суд эффективен потому, что принимаемые им решения отвечают социальным ожиданиям. Суд эффективен потому, что он уводит конфликт из повседневной реальности в сферу апробированных временем стабильных таких социальных постулатов, как право. Суд эффективен потому, что он при необходимости в состоянии дополнить право нормами морали, нравственности, обосновать необходимость данного дополнения, убедить в этом стороны и общество. Суд эффективен потому, что в отличие от других органов в состоянии оперировать комплексом таких категорий, как законность, обоснованность и справедливость. Суд эффективен потому, что данная инстанция – последняя».[12]

«Таким образом, эффективность гражданского и арбитражного процесса определяется в первую очередь способностью суда надлежащим образом осуществлять реализацию целевых установок судопроизводства по гражданским делам. Являясь критерием эффективности, процессуальные цели выступают одновременно и в роли специального критерия при определении актуальности проблем гражданского и арбитражного процесса».[13]

«Российская Федерация, несомненно, нуждается в сильном правовом государстве и такого же уровня судебной власти. Но определяющим при выборе ее концепции должен стать не способ организации, а совершенно другие критерии, способные оценить эффективность ее деятельности. В частности, ими могут быть: 1) оптимальный объем судебной юрисдикции; 2) принципы организации суда, связанные с обеспечением доступности правосудия; 3) оперативность судопроизводства; 4) качество осуществляемого правосудия – законность, обоснованность и справедливость принимаемых судебных актов; 5) безусловное их исполнение. В конечном итоге эффективность суда определяется его возможностью выполнять возложенные на него задачи по осуществлению защиты. И здесь нельзя не привести общую, весьма высокую оценку выполнения судами этих функций, данную недавно Д.А. Медведевым. «В России, – сказал он, – создана работоспособная система судебных органов, которая способна защитить права и законные интересы граждан и юридических лиц»».[14]

В Российской Федерации на правительственном уровне еще определили важнейшие целевые индикаторы, определяющие эффективность судебной системы. Среди них имеются такие, как доля граждан, доверяющих органам правосудия и не доверяющих им; количество дел, рассмотренных судами в срок; доля исполненных судебных решений и другие.[15] Такая палитра мнений о действенности судебной власти определенным образом вычленяет и критерии оценки эффективности. При этом нужно понимать, что критерии эффективности могут определяться как внутри конкретного суда, внутри судебной подсистемы (например, эффективность работы хозяйственных судов, общих судов), так и в целом судебной системы государства.

К примерному перечню общих критериев эффективности судебной власти можно отнести:

– объем судебной юрисдикции (количество субъектов, которые потенциально вправе обратиться в конкретный суд или судебную систему, количество правовых актов и действий, которые можно обжаловать в суд, в процентном отношении к числу населения, числу субъектов предпринимательской деятельности и т.п.);

– наличие методологических, методических и иных научных разработок по судопроизводству, внедрение их в практику рассмотрения судебных дел;

– показатель доверия к судебной системе (количество субъектов, обратившихся за конкретный временный период за судебной защитой в данный суд или судебную систему (количество обращений); количество заявленных и удовлетворенных отводов судьям; количество судей, привлеченных к ответственности; количество и показатели проведенных опросов (мониторинг);

– коэффициент доступности к судебной защите и судебной информации (количество дел, принятых к производству суда (судебной системы) в

12 Колоколов Н.А. Судебная власть как общеправовой феномен. – М.: Юрист, 2007. – С. 52.

13 Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. – М.: Проспект, 2010. – С. 53.

14 Терехин В.А. Модернизация судоустройства и судебных инстанций как приоритетное направление судебно-правовой политики // Российская юстиция. – 2010. – № 5. – С. 38.

15 Постановление Правительства РФ от 21.09.2006 № 583 (ред. от 10.09.2010) «О федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России» на 2007–2012 годы». – Собрание законодательства РФ. – 9.10.2006. – № 41. – Ст. 4248.

соотношении к числу отказанных к принятию, возвращенных заявлений; количество судебных постановлений, к которым имеется свободный информационный доступ). При этом нужно помнить, что «…приветствуется создание должностей судебных докладчиков или служб по связям с общественностью при судах, судебных советах или других независимых органах власти. Судьи должны быть сдержанны в отношениях со средствами массовой информации»;[16]

– показатель оперативности правосудия (количество дел, рассмотренных с вынесением окончательного судебного постановления (решения, определения о прекращении и т.д.) в установленные законом сроки);

– показатель «свободы» и справедливости (гуманичности) или альтернативности правосудия (количество дел, оконченных с помощью примирительных, посреднических и иных альтернативных процедур, способствующих продолжению нормальных отношений между сторонами);

– коэффициент технологичности (количество дел, рассмотренных с использованием современных информационных технологий, приведших к экономии времени и материальных затрат суда (судов) и сторон);

– показатель качества правосудия (число необжалованных судебных постановлений и оставленных без изменения после обжалования; количество отмененных и измененных судебных постановлений из-за нарушения процессуальных норм);

– показатель упреждения и диалога с обществом (количество частных определений, информаций о выявленных нарушениях, число лекций, семинаров, выездных судебных заседаний, участия в заседаниях исполкомов, иных государственных и других органов, внесенных предложений по совершенствованию законодательства, участие представителей общества в органах судейского самоуправления и т.п.);

– коэффициент оптимальности процедур по обжалованию и пересмотру судебных постановлений (количество судебных инстанций для обжалования, сроки обжалования и возможность их восстановления, компетенция судебных инстанций по пересмотру судебных постановлений, исключительность надзорной судебной инстанции и т.д.);

– показатель исполнимости судебных постановлений (количество реально и своевременно исполненных судебных постановлений (без возвращенных, направленных для исполнения в иные организации и т.п.); количество исполненных решений судов и арбитражей иностранных государств и решений данной судебной системы (суда) за рубежом.

Кроме того, в рамках конкретного суда или судебной подсистемы можно выделять так называемые внутренние критерии эффективности судей и правосудия. Например, своевременность и правильность применения обеспечительных мер, привлечение третьих лиц в процесс, принятие встречных исков, качество подготовки дел к судебному разбирательству, результативность проведения торгов, в том числе электронных торгов. Приведенный перечень критериев, конечно, не является исчерпывающим. Он может видоизменяться в зависимости от субъектного состава, от границ его применения и иных точек зрения. Главное в другом – научиться объективно ценить труд судьи в обществе, в государстве, каждой личности. От этого выиграют все указанные субъекты.

Пристатейный библиографический список

1. Атаманчук Г.В. Теория государственного управления. – М., 2004.
2. Жилин Г.А. Правосудие по гражданским делам: актуальные вопросы. – М.: Проспект, 2010.
3. Клеандров М.И. Статус судьи: правовой и смежные компоненты. / Под ред. М.М. Славина. – М.: НОРМА, 2008.
4. Колоколов Н.А. Судебная власть как общеправовой феномен. – М.: Юрист, 2007.
5. Терехин В.А. Модернизация судоустройства и судебных инстанций как приоритетное направление судебно-правовой политики // Российская юстиция, 2010. – № 5.
6. Топильская Л. Как нам обустроить судебную власть? // Российская юстиция. – 2000. – № 11.
7. Гагиев А.К. Цели и задачи судопроизводства в отечественном и зарубежном цивилистическом процессе в контексте повышения эффективности правосудия // Общество и право. – 2009. – № 3.
8. Фоков А.П. Судебная власть в системе разделения властей // Российский судья. – 2009. – № 11.
9. Чуева Е.Н. Психодиагностическое обследование личности кандидатов на должности судей как одна из составляющих повышения качества правосудия и эффективности судебной системы // Администратор суда. – 2010. – № 2.
10. Чучунова Н. Эффективность судебного разбирательства в арбитражном суде // Арбитражный и гражданский процесс. – 2007. – № 5.

16 Рекомендация 42 CM/Rec (2010)12 Комитета министров Совета Европы «Судьям государств-членов: независимость, эффективность, ответственность». Принята Комитетом министров 17 ноября 2010 на 1098-м заседании заместителей министров // Вісник Верховного суду України. – 12 (124) 2010. – С. 37–40.

Попелюшко В.А.

ШТРИХИ К «ПОРТРЕТУ» НОВОГО УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА УКРАИНЫ

В статье посредством характеристики полномочий сторон и суда (следственного судьи) предпринята попытка представить в общих чертах форму уголовного производства Украины по ее новому Уголовному процессуальному кодексу (2012 г.).

Ключевые слова: новый УПК Украины, форма уголовного производства, сторона обвинения, сторона защиты, следственный судья, полномочия.

Popelyushko V.A.

STROKES TO «PORTRAIT» OF NEW CRIMINAL PROCEDURAL CODE OF UKRAINE

In article by means of the characteristic of powers of the parties and court (the investigatory judge) attempt to present in general a form of criminal proceedings of Ukraine under its new Criminal procedural code (2012) is undertaken.

Keywords: New Criminal Procedure Code of Ukraine, form of criminal proceedings, charge party, protection party, investigatory judge, powers.

Для уголовной юстиции, уголовного процесса и адвокатуры Украины в частности, 2012 год оказался знаменательным. Давно задекларированное Украиной стремление в Европу и приверженность европейским ценностям в данных сферах увенчались принятием Верховной Радой Украины в ночь на 13 апреля 2012 г. долго ожидаемого, откровенно экспансированного США Уголовного процессуального кодекса Украины и приведением в соответствие с его положениями Законов Украины, регулирующих устройство и деятельность уголовных судов и всех иных органов уголовной юстиции. А 5 июля 2012 г. парламент Украины с той же целью принял новый Закон Украины об адвокатуре с более широким названием – «Об адвокатуре и адвокатской деятельности». Таким образом, со дня вступления нового УПК в силу, а именно с 19 ноября 2012 г. органам уголовной юстиции и адвокатуре Украины, предварительно реорганизовавшись под новые Законы, предстоит работать в новых, как утверждают создатели и приверженцы нового УПК, реальных состязательных уголовных процессуальных условиях, с использованием предоставленных новым УПК и Законом несколько непривычных процессуальных средств. Каковы эти условия? Дано ли адвокату-защитнику исполнить свой профессиональный долг по защите прав свобод и законных интересов подзащитного в новой форме уголовного процесса Украины? Ответ на эти (и многие другие) вопросы даст, безусловно, практика. Тем не менее...

Уголовное производство, так означен теперь в законе уголовный процесс (уголовное судопроизводство) в Украине, состоит из досудебного расследования и судебного производства. Досудебное расследование имеет две формы – досудебное следствие относительно расследования преступлений и дознание относительно расследования уголовных проступков, закон о которых еще предстоит принять. Началом досудебного расследования признан момент внесения сведений об уголовном правонарушении (родовое понятие, включающее преступления и уголовные проступки) в Единый реестр досудебных расследований (институтов возбуждения уголовного дела и привлечения лица в качестве обвиняемого теперь нет), а его окончанием – вынесения решения о прекращении уголовного производства (уголовное дело в новом УПК – термин-понятие собственно материалов уголовного производства) либо составлением обвинительного акта. Осуществление досудебного расследования возложено на следователя (органа внутренних дел, органа безопасности, органа, осуществляющего контроль над соблюдением налогового законодательства, органа государственного бюро расследований) и поставлено под надзор прокурора в форме руководства работой следователя. Судебное производство состоит из производства в суде первой инстанции, производства по пересмотру судебных решений в апелляционном, кассационном порядке, Верховным судом Украины, а также по вновь открывшимся обстоятельствам (п.п. 4, 5, 6, 10 ст. 3 УПК).

Новая форма досудебного расследования предусматривает наличие противоборствующих сторон и независимого от сторон суда в лице следственного судьи распределения процессуальных функций между сторонами, а также между сторонами и следственным судьей (ст. 22, §§ 2, 3 гл. 3 УПК).

К стороне обвинения отнесены: следователь, руководитель органа досудебного расследования, прокурор, а в случаях, предусмотренных УПК, также потерпевший, его представитель и законный представитель (п. 19 ст. 3 УПК). Факультативным субъектом стороны обвинения, а именно в случаях

исполнения их сотрудниками поручений следователя, прокурора по производству следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий в уголовном производстве признаны оперативные подразделения органов внутренних дел, органов безопасности, органов, осуществляющих контроль над соблюдением налогового законодательства, органов Государственной пенитенциарной службы Украины, органов Государственной пограничной службы, органов Государственной таможенной службы Украины (ст. 41 УПК).

Следователь как процессуально основной субъект стороны обвинения из-за выполнения им наибольшего объема работы на стадии досудебного расследования наделен весьма широкими полномочиями. Он, при наличии к тому оснований, уполномочен начинать досудебное расследование самостоятельно, а в предусмотренных законом случаях – на основании решения следственного судьи производить такие следственные (розыскные) действия как: допрос; предъявление лица, вещей, трупа для опознания; проникновение в жилище или иное владение лица; обыск, в том числе обыск жилища или иного владения лица; осмотр, в том числе осмотр трупа; следственный эксперимент; освидетельствование лица; привлечение эксперта для производства экспертизы. Следователь уполномочен также самостоятельно, с разрешения прокурора либо на основании решения следственного судьи (в зависимости от вида негласного следственного (розыскного) действия), производить следующие негласные следственные (розыскные) действия: аудио-, видеоконтроль лица; наложение ареста на корреспонденцию; снятие информации с транспортных телекоммуникационных сетей; снятие информации с электронных информационных сетей; обследование публично недоступных мест, жилища и иного владения лица; установление местонахождения радиоэлектронного средства; аудио-, видеоконтроль места; контроль над совершением преступления; негласное получение образцов для сравнительного исследования. Он также наделен правом использовать конфиденциальное сотрудничество (гл.гл. 19, 20, 21 УПК). Показания, вещественные доказательства, документы, заключения экспертов, собранные следователем путем проведения следственных (розыскных) действий и негласных следственных (розыскных) действий, а также собранные оперативными подразделениями при проведении ими следственных (розыскных) действий по поручению следователя, являются, согласно новому УПК, процессуальными источниками доказательств (гл. 21, ст. 84 УПК).

Следователь вправе также собирать доказательства путем назначения ревизий и проверок в порядке, определенном законом, истребования от органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений и организаций, служебных и физических лиц вещей, копий документов, сведений, заключений экспертов, заключений ревизий и актов проверок, проведения иных процессуальных действий, предусмотренных УПК (ст.ст. 40, 93 УПК).

Собрав доказательства, достаточные для подозрения определенного лица в совершении уголовного правонарушения, следователь по согласованию с прокурором составляет письменное уведомление о подозрении, в котором: отображает анкетные сведения о лице, уведомляемом о подозрении (фамилию, имя, отчество, дату и место рождения, местожительство, гражданство), указывает наименование (номер) уголовного производства, в пределах которого осуществляется уведомление; формулирует содержание подозрения, правовую квалификацию уголовного правонарушения, в совершении которого подозревается лицо, с указанием статьи (части статьи) закона Украины об уголовной ответственности; кратко излагает фактические обстоятельства уголовного правонарушения, в котором подозревается лицо, с указанием времени, места его совершения, а также иных существенных обстоятельств, известных на момент уведомления о подозрении; перечисляет права подозреваемого (п. 3 ч. 1 ст. 126, ст. 127 УПК). С момента уведомления о подозрении лицо приобретает статус подозреваемого (ч. 1 ст. 42 УПК).

Признав же собранные в ходе досудебного расследования доказательства достаточными для составления обвинительного акта, следователь по поручению прокурора (либо прокурор) сообщает стороне защиты о завершении досудебного расследования и предоставлении доступа к его материалам (ч. 1 ст. 290 УПК).

Закон обязывает стороны на завершающем этапе досудебного расследования осуществить взаимное открытие друг другу материалов, письменно подтвердить этот факт с указанием наименования таких материалов под угрозой того, что нераскрытые стороной материалы не могут быть использованы ею в суде. Предписание закона на этот счет категорическое: «суд не имеет права допустить сведения, содержащиеся в них, в качестве доказательства» (ч. 12 ст. 290 УПК).

Сторона уголовного производства обязана осуществлять открытие друг другу также дополнительных материалов, полученных до или во время судебного разбирательства (ч. 11 ст. 290 УПК).

После открытия сторонами материалов досудебного расследования и ознакомления с ними, а также ознакомления с материалами потерпевшего и иных участников уголовного производства следователь составляет подлежащий утверждению прокурором обвинительный акт, в котором отображает: наименование уголовного производства и его регистрационный номер; анкетные сведения каждого обвиняемого, потерпевшего; фамилию, имя, отчество и занимаемую должность следователя, прокурора; изложение фактических обстоятельств уголовного правонарушения со ссылкой на положения закона и статью (части статьи) закона Украины об уголовной ответственности и формулировку обвинения; обстоятельства, отягчающие или смягчающие наказание; размер вреда, причиненного уголовным правонарушением; размер расходов на привлечение эксперта (в случае проведения экспертизы в ходе досудебного расследования); дату и место его составления и утверждения (ч.ч. 1, 2 ст. 291 УПК).

К обвинительному акту прилагаются: реестр материалов досудебного расследования; гражданский иск, если он был предъявлен в ходе досудебного расследования; расписка подозреваемого в получении копии обвинительного акта, копии гражданского иска и реестра материалов досудебного расследования. Предоставление суду иных документов до начала судебного разбирательства запрещается (ч. 4 ст. 291 УПК).

Одновременно с передачей обвинительного акта в суд прокурор обязан под расписку предъявить его копию и копию реестра материалов досудебного расследования подозреваемому, его защитнику и законному представителю (ст. 293 УПК).

Подозреваемый, обвинительный акт в отношении которого передан в указанном порядке в суд, приобретает процессуальный статус обвиняемого (подсудимого) (ч. 2 ст. 42 УПК).

После получения обвинительного акта суд не позже пяти дней со дня его поступления назначает подготовительное судебное заседание, которое происходит при участии всех участников уголовного производства и, если нет к тому препятствий, разрешив вопросы, связанные с подготовкой к судебному разбирательству, постановляет определение о назначении судебного разбирательства (ст.ст. 314, 315 УПК).

Документы, прочие материалы, представленные суду в ходе судебного производства его участниками, судебные решения и иные документы и материалы, имеющие значение для этого уголовного производства, приобщаются к обвинительному акту и наряду с показаниями в суде обвиняемого, потерпевшего, свидетелей являются предметом исследования в режиме состязания сторон на этапе так называемой процедуры судебного разбирательства (§ 3 гл. 28 УПК).

В случае отказа прокурора от поддержания государственного обвинения, обвинение вправе поддерживать потерпевший, но уже по процедуре частного обвинения (ст. 340 УПК).

Сторону защиты по новому УПК Украины представляют: подозреваемый, обвиняемый (подсудимый), осужденный, оправданный, их защитники и законные представители (п. 19 ст. 3 УПК).

Сторона защиты появляется, а соответственно функция защиты возникает на стадии досудебного расследования в момент приобретения лицом, преследуемым в уголовном процессуальном порядке, статуса подозреваемого, то есть, как уже было сказано, в момент вручения ему следователем или прокурором письменного уведомления о подозрении, либо в момент задержания лица по подозрению в совершении уголовного правонарушения (ч. 1 ст. 42 УПК). В обоих случаях подозреваемому немедленно разъясняются его права, в том числе право по первому требованию иметь защитника и свидание с ним до первого допроса с соблюдением условий, обеспечивающих конфиденциальность общения (п. 3 ч. 3 ст. 42 УПК). Если подозреваемый изъявляет желание иметь защитника или участие защитника является обязательным согласно закону, защитник привлекается в уголовное производство самим подозреваемым, его законным представителем либо иными лицами по просьбе либо с согласия подозреваемого (ч. 1 ст. 48 УПК), или следователем, прокурором, следственным судьей или судом (ч. 1 ст. 49 УПК).

По общему правилу участие защитника является обязательным в уголовном производстве в отношении особо тяжких преступлений. В иных случаях обязательное участие защитника обеспечивается: 1) в отношении лиц, подозреваемых или обвиняемых в совершении уголовного правонарушения, в возрасте до 18 лет – с момента установления факта несовершеннолетия или возникновения любых сомнений в том, что лицо является совершеннолетним; 2) в отношении лиц, для которых предполагается применение принудительных мер воспитательного характера, – с момента установления факта несовершеннолетия или возникновения любых сомнений в том, что лицо является несовершеннолетним; 3) в отношении лиц, которые вследствие психических или физических недостатков (немые, глухие, слепые и т.п.) не способны в полной мере реализовать свои права, – с момента установления этого факта; 4) в отношении лиц,

для которых предполагается применение принудительных мер медицинского характера или решается вопрос об их применении, – с момента установления наличия у лица психического заболевания или иных сведений, вызывающих сомнения относительно его вменяемости; 5) в отношении реабилитации умершего лица – с момента возникновения права на реабилитацию (ст. 52 УПК).

Следователь, прокурор, следственный судья или суд обязаны обеспечить участие защитника в уголовном производстве, если: 1) участие защитника является обязательным согласно требованиям УПК, а подозреваемый, обвиняемый не привлек защитника; 2) подозреваемый, обвиняемый заявил ходатайство о привлечении защитника, но из-за отсутствия средств или по иным объективным причинам не может его привлечь самостоятельно; 3) следователь, прокурор, следственный судья или суд решит, что обстоятельства уголовного производства требуют участия защитника, а подозреваемый, обвиняемый не привлек его; 4) привлечение защитника предусмотрено законом, регулирующим предоставление безоплатной правовой помощи (ч. 1 ст. 49 УПК).

Защитником в уголовном производстве Украины теперь может быть лишь адвокат, то есть физическое лицо, которое имеет полное высшее юридическое образование, владеет государственным языком, имеет стаж работы в отрасли права не меньше двух лет, сдало квалификационный экзамен, прошло стажировку (кроме лиц, которые на день обращения с заявлением о допуске к сдаче квалификационного экзамена имеют стаж работы помощника адвоката не меньше одного года за последние два года), приняло присягу адвоката Украины и получало свидетельство о праве на занятие адвокатской деятельностью (ст. 6 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности»).

Защитником, согласно ч. 1 ст. 45 УПК, является адвокат, осуществляющий защиту подозреваемого, обвиняемого, осужденного, оправданного, лица, в отношении которого предполагается применение принудительных мер медицинского или воспитательного характера или решался вопрос об их применении, а также лица, в отношении которого предполагается рассмотрение вопроса о выдаче иностранному государству (экстрадиции).

Защитником не может быть адвокат, сведения о котором не внесены в Единый реестр адвокатов Украины или в отношении которого в данном реестре содержатся сведения о приостановлении или прекращении права на занятие адвокатской деятельностью (ч. 2 ст. 45 УПК).

Полномочия защитника на участие в уголовном производстве должны быть подтверждены: 1) свидетельством о праве на занятие адвокатской деятельностью; 2) ордером, договором с защитником или доверенностью органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление безоплатной правовой помощи. Такими органами (учреждениями) являются Центры по оказанию безоплатной правовой помощи, созданные при органах местного самоуправления городского (районного) уровня, в которых изъявившие желание и прошедшие специальный отбор адвокаты работают на договорных условиях с целью оказания вторичной безоплатной правовой помощи, в первую очередь с целью быть привлеченным на участие в уголовном производстве следователем, прокурором, следственным судьей или судом для осуществления защиты по назначению.

Установление любых дополнительных требований, кроме предъявления защитником документа, удостоверяющего его личность, и указанных выше документов, не допускается (ст. 50 УПК).

Функциональное предназначение защитника как единственного профессионального субъекта стороны защиты довольно четко определено в ч. 1 ст. 47 УПК посредством его обязанности: «Защитник обязан использовать средства защиты, предусмотренные настоящим Кодексом и другими законами Украины, с целью обеспечения соблюдения прав, свобод и законных интересов подозреваемого, обвиняемого и выяснения обстоятельств, опровергающих подозрение или обвинение, смягчающих или исключающих уголовную ответственность подозреваемого, обвиняемого».

Специальной же статьи, определяющей комплекс профессиональных прав защитника,[1] в отличие например от УПК Российской Федерации,[2] в УПК Украины нет. В статье 46 УПК об общих правилах участия защитника в уголовном производстве из его функциональных прав названы лишь права участвовать в проведении допроса и иных процессуальных действиях, проводимых с участием подозреваемого, обвиняемого, до первого допроса подозреваемого иметь с ним конфиденциальное свидание без разрешения следователя, прокурора, суда, а после первого допроса – такие же свидания без ограничения количества и продолжительности, и сделана отсылка следующего содержания: «Защитник пользуется процессуальными правами

1 Рагулин А.В. Профессиональные права адвоката-защитника: формулирование определения понятия // Адвокатская практика. – 2012. – № 4. – С. 21–25.

2 Рагулин А.В. Правовой статус адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве России // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2012. –№ 1. – С. 192–197.

подозреваемого, обвиняемого, защиту которого он осуществляет, кроме процессуальных прав, реализация которых осуществляется непосредственно подозреваемым, обвиняемым и не может быть поручена защитнику,…» (ч.ч. 5, 4 ст. 46 УПК).

Среди процессуальных прав подозреваемого, означенных в статье о его процессуальном статусе, защитник, стало быть, имеет право: собирать и подавать следователю, прокурору, следственному судье доказательства; принимать участие в проведении процессуальных действий; во время проведения процессуальных действий задавать вопросы, подавать свои замечания и возражения относительно порядка проведения процессуальных действий, которые заносятся в протокол; принимать с соблюдением требований УПК Украины технические средства при проведении процессуальных действий; заявлять отводы; ознакомляться с материалами досудебного расследования до его завершения, за исключением материалов о применении мер безопасности в отношении лиц, принимающих участие в уголовном производстве, а также тех материалов, ознакомление с которыми на этой стадии уголовного производства может повредить досудебному расследованию (ч. 1 ст. 221 УПК); требовать открытия материалов стороны обвинения по завершению досудебного расследования (ст. 290 УПК); получить копии процессуальных документов и письменные уведомления; обжаловать решения, действия и бездействие следователя, прокурора, следственного судьи в порядке, предусмотренном УПК (п.п. 8–16, ч. 3 ст. 42 УПК).

Среди прав обвиняемого защитник также имеет право: принимать участие во время судебного разбирательства в допросе свидетелей обвинения или требовать их допроса, а также требовать вызова и допроса свидетелей защиты на тех же условиях, что и свидетелей обвинения; собирать и представлять суду доказательства; высказывать в судебном заседании свое мнение относительно ходатайств иных участников судебного производства; выступать в судебных прениях; ознакомляться с журналом судебного заседания и технической записью судебного процесса, подавать относительно их свои замечания; обжаловать в установленном УПК порядке судебные решения и инициировать их пересмотр, знать о поданных на них апелляционных и кассационных жалобах, заявлениях об их пересмотре, подавать на них возражения (ч. 4 ст. 42 УПК).

Защитник имеет также иные предусмотренные УПК права, принадлежащие ему как самостоятельному субъекту уголовного производства либо подозреваемому, обвиняемому в той или иной процессуальной ситуации, например, при избрании подозреваемому, обвиняемому меры пресечения (ст.ст. 193, 201 УПК).

Права адвоката-защитника в части его работы с доказательствами предусмотрены также в нормах Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» о профессиональных правах адвоката, поскольку они помимо иных видов несут, безусловно, и уголовную процессуальную нагрузку. Так, согласно ст. 20 указанного Закона, во время осуществления адвокатской деятельности адвокат имеет право совершать любые действия, не запрещенные законом, правилами адвокатской этики и договором об оказании правовой помощи, необходимые для надлежащего исполнения договора об оказании правовой помощи, в частности: обращаться с адвокатскими запросами, в том числе относительно получения копий документов, к органам государственной власти, органам местного самоуправления, их должностным и служебным лицам, предприятиям, учреждениям, организациям, общественным объединениям, а также к физическим лицам (с согласия таких физических лиц); ознакомляться на предприятиях, в учреждениях и организациях с необходимыми для адвокатской деятельности документами и материалами, кроме тех, что содержат информацию с ограниченным доступом; собирать сведения о фактах, которые могут быть использованы как доказательства; в установленном законом порядке запрашивать, получать и изымать вещи, документы, их копии, ознакомляться с ними; опрашивать лиц с их согласия; получать письменные заключения специалистов, экспертов по вопросам, требующим специальных знаний; пользоваться другими правами, предусмотренными этим законом и иными законами.

Предписания Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» о праве адвоката обращаться с адвокатскими запросами, в том числе относительно получения копий документов, к органам государственной власти, органам местного самоуправления, их должностным и служебным лицам теперь, в новом УПК, имеют корреспондирующую норму: «Органы государственной власти и органы местного самоуправления, их служебные лица обязаны выполнять законные требования защитника» (ч. 7 ст. 46 УПК).

И еще. Приведенные предписания статьи 20 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» свидетельствуют о том, что доказательственная деятельность адвоката, а значит и адвоката-защитника, представляет собой открытую информационную систему в том смысле, что в работе с доказательствами адвокату дозволено все, что прямо

не запрещено законом, правилами адвокатской этики и договором об оказании правовой помощи в форме защиты лица от подозрения, обвинения в совершении уголовного правонарушения.

Так или иначе, по завершении досудебного расследования собранные защитником (и другими субъектами стороны защиты) доказательства должны быть раскрыты прокурору, с возможностью скопировать или отобразить соответствующим образом любые вещественные доказательства или их части, документы или копии с них, а также предоставить доступ в жилище или иное владение, находящееся во владении или под контролем стороны защиты, если сторона защиты имеет намерение использовать сведения, содержащиеся в них, в качестве доказательств в суде. Сторона защиты имеет право не предоставлять прокурору лишь доступ к материалам, которые могут быть использованы им для подтверждения виновности обвиняемого в совершении уголовного правонарушения. При этом разрешение вопроса об отнесении конкретных материалов к таким, что могут быть использованы прокурором для подтверждения виновности обвиняемого в совершении уголовного правонарушения и, как следствие, принятие решения о предоставлении или непредоставлении прокурору доступа к таким материалам может быть отложено до окончания ознакомления стороной защиты с материалами досудебного расследования (ч. 6 ст. 290 УПК).

Урегулировав таким образом основную, стержневую, доказательственную часть функциональной деятельности противоположных сторон уголовного производства, в частности, работу с доказательствами на досудебном расследовании следователя и отчасти прокурора как субъектов стороны обвинения и адвоката-защитника как субъекта стороны защиты, законодатель Украины тем самым посредством закрепления в новом УПК принципа состязательности сторон и свободы в представлении ими суду своих доказательств и в доказывании перед судом их убедительности выразил его так: «1. Уголовное судопроизводство осуществляется на основе состязательности, что предусматривает самостоятельное отстаивание стороной обвинения и стороной защиты их правовых позиций, прав, свобод и законных интересов средствами, предусмотренными настоящим Кодексом. 2. Стороны уголовного производства имеют равные права на сбор и представление в суд вещей, документов и иных доказательств, ходатайств, жалоб, а также на реализацию иных процессуальных прав, предусмотренных настоящим Кодексом» (ч.ч. 1, 2 ст. 22 УПК).

Но так ли это? Равны ли стороны обвинения и защиты в данном отношении в действительности? Очевидно, что не равны, и вот почему.

Во-первых, сторона обвинения имеет существенное количественное преимущество даже без учета того, что подозреваемый, обвиняемый (подсудимый), осужденный и оправданный de facto выступают в одном и том же лице, а законный представитель выступает на стороне защиты лишь тогда, когда подозреваемый, обвиняемый является несовершеннолетним или лицом, признанным в установленном законом порядке недееспособным или ограниченно дееспособным и только для участия в процессуальном действии вместе с ним (ст. 44 УПК). Последствия количественного неравенства особенно выпукло проявляются, к примеру, в случае отказа прокурора от поддержания государственного обвинения в суде и принятия на себя этой функции потерпевшим (ч.ч. 1–5 ст. 340 УПК), в уголовных производствах на основании соглашений, в которых: а) заключение соглашения между прокурором и подозреваемым или обвиняемым о признании вины не допускается, если в уголовном производстве принимает участие потерпевший (ч. 4 ст. 496 УПК); б) заключение соглашения о примирении между потерпевшим и подозреваемым или обвиняемым в случае, если в одном производстве принимают участие несколько потерпевших от одного уголовного правонарушения, допускается лишь со всеми потерпевшими (ч. 8 ст. 469 УПК).

Не менее существенно, если так можно выразиться, качественное профессиональное первенство, ибо на стороне защиты лишь один субъект профессионал – защитник-адвокат и то при условии, что подозреваемый, обвиняемый воспользуется помощью защитника. Согласно ч. 3 ст. 46 УПК одновременное участие не более пяти защитников одного обвиняемого возможно только применительно к судебному разбирательству. На досудебном же расследовании о защитнике говорится в единственном числе.

Следователь, прокурор безотлагательно, но не позднее 24 часов после подачи заявления, сообщения об уголовном правонарушении или самостоятельном выявлении им из любого источника обстоятельств, которые могут свидетельствовать о совершении уголовного правонарушения, обязан внести соответствующие сведения в Единый реестр досудебных расследований и начать досудебное расследование (ч. 1 ст. 214 УПК). Это значит, что досудебное расследование начинается с момента внесения сведений в указанный реестр и осуществляется с использованием следователем всего предусмотренного законом арсенала гласных

и негласных процессуальных и розыскных средств. А закончено оно должно быть, по общему правилу, на протяжении одного месяца со дня уведомления лица о подозрении в совершении уголовного проступка, двух месяцев со дня уведомления о подозрении в совершении преступления (ч. 2 ст. 219 УПК). Уведомление же лица о подозрении в совершении преступления осуществляется в случае наличия достаточных доказательств для его подозрения в совершении уголовного правонарушения (п. 3 ч. 1 ст. 276 УПК). Именно с момента уведомления о подозрении лицо приобретает процессуальный статус подозреваемого, право иметь защитника и весь комплекс иных прав, позволяющих ему осуществлять самозащиту от подозрения, а также защиту посредством защитительной деятельности приглашенного им самим либо привлеченного следователем, прокурором защитника.

Во-вторых, поскольку время с момента внесения соответствующих сведений в Единый реестр и начала досудебного расследования до уведомления лица о подозрении законом не регламентировано, оно может быть разным, целиком и полностью зависящим от того, в какой момент следователь либо прокурор сочтут, что произведенным расследованием собрано достаточно доказательств для подозрения лица в совершении уголовного правонарушения. В одних случаях это могут быть считанные дни, в других – недели либо месяцы, а не исключено, что годы. Учитывая, что закон теперь разрешил производить досудебное расследование посредством негласных следственных и розыскных действий, лицу может быть и неведомо об осуществлении против него уголовного преследования. Не исключено также, как это имеет место ныне с предъявлением лицу обвинения, что из тактичных соображений уведомление может быть сделано в последние дни или даже в последний день производства досудебного расследования, то есть практически по его окончании. О какой защите и состязательности в таких случаях может идти речь? Парадоксально, но факт – гораздо более благоприятными для осуществления защиты на досудебном расследовании представляются случаи задержания лица по подозрению в совершении преступления и избрания ему меры пресечения, ибо в этих случаях уведомление о подозрении вручается обязательно (ч. 1 ст. 276 УПК), и, следовательно, лицо приобретает статус подозреваемого.

В-третьих, отказ от классического понятия «уголовного дела» и замена его понятием «материалы уголовного производства» (ч. 1 ст. 317 УПК) означает, что следователи, прокуроры, руководители органов досудебного расследования и сотрудники всех вышеперечисленных оперативных подразделений, на стадии досудебного расследования в особенности, теперь будут работать не на уголовное дело, а прокурору «в стол». При таком порядке вещей, считаю, будет наивным полагать, что следователь или прокурор станет ознакомлять сторону защиты с той скудной частью материалов досудебного расследования до его завершения, с которой закон их обязывает ознакомить при наличии соответствующего ходатайства, а также материалов завершенного досудебного расследования, тем более тех, что собраны негласным процессуальным и розыскным путем, отражать их в реестре материалов, представлять в суде, чтобы в ходе судебного разбирательства их же опровергать либо нейтрализовывать. Смею предположить, что норме, обязывающей прокурора, следователя по его поручению представлять по завершении досудебного расследования стороне защиты материалы, имеющиеся в его распоряжении, в том числе любые доказательства, которые сами по себе или в совокупности с другими доказательствами могут быть использованы для доказательства невиновности или меньшей степени виновности обвиняемого, или содействовать смягчению наказания (ч. 2 ст. 290 УПК), суждено быть «мертвой». Достаточно обратиться к плачевному опыту в этом плане тех же Соединенных Штатов Америки.

В-четвертых, уже простое перечисление возможностей сторон по собиранию доказательств в процессе уголовного производства ярко свидетельствует о существенном перевесе стороны обвинения. И это при том, что защита, в отличие от обвинения, ни организационно, ни функционально не обеспечена розыском. В Украине до сих пор отсутствует закон о детективной деятельности. А с упразднением предписаний о безусловном раскрытии стороне обвинения доказательств защиты до предъявления их суду под угрозой дальнейшей недопустимости сторона защиты лишилась правила принципа favor defensionis о полной свободе использования ею своих доказательств, которое в определенной степени сглаживало этот перевес в доказательственных возможностях сторон, что одно и то же – лишилась выбора тактики доказывания в суде.

В-пятых, защита, особенно в части собирания доказательств, образно говоря, «неподъемная» для подавляющего большинства украинских граждан материально. Не случайно Украина прибегла к созданию специальных Центров по оказанию безоплатной правовой помощи, призванных, в первую очередь, для помощи по обеспечению малоимущих профессиональной защитой в уголовном

производстве, защитой, правда, минимального уровня, потому что каких-либо затратных способов защиты в этой сфере, не говоря уже, например, о привлечении экспертов, государство на себя не взяло.

Приведенный перечень позиций неравенства сторон в новом украинском уголовном процессе, конечно же, неполный. Уравновесить их возможности и обеспечить действительную состязательность уголовного производства, казалось бы, должен был суд. Однако предписание статьи УПК, посвященной принципу состязательности, о том, что «суд, сохраняя объективность и беспристрастность, создает необходимые условия для реализации сторонами исполнения их процессуальных прав и выполнения процессуальных обязанностей» (ч. 6 ст. 22 УПК) целиком и полностью соотносимо лишь к суду на судебных стадиях уголовного производства. На досудебном следствии функция независимого третьего, по идее создателей УПК, возложена на доселе неизвестного субъекта – следственного судью.[3]

Правовой «образ» следственного судьи – понятие собирательное. Статья, нормы которой определяли бы статус следственного судьи, в УПК отсутствует. К суду как органу, осуществляющему правосудие, он не отнесен (ст. 30 УПК).

Значение термина следственный судья в УПК определено так: «следственный судья – судья суда первой инстанции, к полномочиям которого относится осуществление в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, судебного контроля над соблюдением прав, свобод и интересов лиц в уголовном производстве, а в случае, предусмотренном статьей 247 настоящего Кодекса, – председатель или определенный им другой судья апелляционного суда Автономной республики Крым, апелляционного суда области, городов Киева и Севастополя. Следственный судья (следственные судьи) в суде первой инстанции избирается собранием судей из состава этого суда» (п. 18 ст. 3 УПК).

Согласно ст. 21 Закона «О судоустройстве и статусе судей», количество следственных судей определяется отдельно для каждого суда собранием судей этого суда. Следственный судья не освобождается от исполнения обязанностей судьи первой инстанции, но «осуществление им полномочий по судебному контролю над соблюдением прав, свобод и интересов лиц в уголовном производстве учитывается при распределении судебных дел и имеет приоритетное значение».

Следственный судья как субъект судебного контроля на досудебном расследовании фигурирует в уголовном производстве эпизодически, в зависимости от процессуальной ситуации, требующей, согласно закону, его участия и его решения.

Следственный судья в ходе досудебного расследования по ходатайству следователя, прокурора принимает решение о таких мерах обеспечения уголовного производства, как привод (ст. 142 УПК), наложение денежного взыскания на лицо и его отмена (ст.ст. 146, 147 УПК), временное ограничение в пользовании специальным правом (ст. 151 УПК), отстранение от должности (ст. 156 УПК), временный доступ к вещам и документам (ст. 163 УПК), арест имущества (ст. 172 УПК). По собственной инициативе или по ходатайству участников уголовного производства следственный судья также может осуществить судебный вызов определенного лица для дачи показаний или участия в других процессуальных действиях (ст. 135 УПК).

К компетенции следственного судьи отнесены решения вопросов по ходатайству следователя, согласованного с прокурором, или по ходатайству прокурора: о задержании лица с целью привода для решения вопроса о применении к нему меры пресечения (ст. 189 УПК), о применении всех без исключения мер пресечения (личного обязательства, личного поручительства, залога, домашнего ареста, содержания под стражей – ст. 176 УПК) и возложении на подозреваемого дополнительных обязанностей (воздерживаться от общения с определенным лицом, носить электронное средство контроля и т.п.) (ст.ст. 193, 194 УПК), о продлении срока содержания под стражей (ст. 199 УПК), об изменении меры пресечения (ст. 200 УПК).

На следственного судью также возложены обязанности по защите прав человека, содержащегося под стражей в пределах его территориальной юрисдикции (ст. 206 УПК).

На основании определения следственного судьи проводятся такие гласные следственные (розыскные) действия, как: проникновение в жилище и иное владение личности (ст. 233 УПК), обыск (ст. 234 УПК), осмотр жилища или иного владения лица (ст. 237 УПК), следственный эксперимент в жилище или ином владении лица (ст. 240 УПК), принудительное изъятие образцов для экспертизы (ст. 245 УПК). А проведение негласных следственных (розыскных) действий, сопряженных с вмешательством в частное общение (ст. 258 УПК), а также обследование публично недоступных мест, жилища или иного владения лица (ст. 267 УПК), установление местонахождения радиоэлектронного устройства (ст. 268 УПК), наблюдение за лицом

3 Попелюшко В.О. Інститут слідчого судді у історії кримінального процесу Франції (до Кодексу кримінального розслідування 1808 р.) // Часопис Національного університету «Острозька академія». – Серія «Право». – 2010. – №1.

или вещью, контроль над совершением преступления, если возникает необходимость временного ограничения конституционных прав лица (п. 8 ст. 271 УПК) – на основании определения председателя или назначенного им судьи апелляционного суда (как следственного судьи), в пределах территориальной юрисдикции которого находится орган досудебного расследования (ст. 247 УПК).

Следующий участок работы следственного судьи местного суда – рассмотрение согласно правилам судебного разбирательства (с учетом особенностей предмета разбирательства) жалоб участников уголовного производства на решения, действия или бездействие следователя или прокурора в ходе досудебного расследования (ст. 306 УПК). Обжалованию подлежат: 1) бездействие следователя, прокурора, состоящее в невнесении сведений об уголовном правонарушении в Единый реестр досудебных расследований после получения заявления или сообщения об уголовном правонарушении, в невозвращении арестованного имущества как меры обеспечения уголовного производства, а также в неосуществлении иных процессуальных действий, которые он обязан совершить в установленный УПК срок; 2) решение следователя, прокурора о приостановлении досудебного расследования; 3) решение следователя о прекращении уголовного производства; 4) решение прокурора о прекращении уголовного производства; 5) решение следователя, прокурора об отказе в признании лица потерпевшим; 6) решения, действия или бездействие следователя или прокурора при применении мер безопасности; 7) решение следователя, прокурора об изменении общего порядка расследования и продолжения его как уголовного производства по применению принудительных мер медицинского характера (ч. 1 ст. 303 УПК).

Иные жалобы на решения, действия или бездействие следователя, прокурора не рассматриваются в ходе досудебного расследования, но могут быть предметом рассмотрения в ходе подготовительного производства в суде (ч. 2 ст. 303 УПК).

В плане собирания стороной защиты доказательств деятельность следственного судьи состоит в том, что он: рассматривает жалобы на решения следователя, прокурора об отказе в проведении инициированных ею тех или иных гласных следственных (розыскных) действий (ч. 3 ст. 93, ст. 303 УПК); имеет право поручить проведение экспертизы экспертному учреждению, эксперту или экспертам по ходатайству стороны защиты, в случае отказа следователем, прокурором в удовлетворении соответствующего ходатайства о привлечении эксперта (ст. 244 УПК). Кроме того, по ходатайству как стороны защиты, так и стороны обвинения в исключительных случаях, связанных с необходимостью получения показаний свидетеля или потерпевшего, если вследствие существования опасности для жизни и здоровья свидетеля или потерпевшего, их тяжелой болезни, наличия иных обстоятельств, которые могут сделать невозможным их допрос в суде или повлиять на полноту или достоверность показаний, следственный судья вправе провести допрос такого свидетеля или потерпевшего в судебном заседании, в том числе одновременный допрос двух или более уже допрошенных лиц (ч. 1 ст. 225 УПК). Также по ходатайству сторон или по собственной инициативе в случаях, предусмотренных УПК, следственный судья вправе принять решение о проведении допроса, опознания лиц или вещей в режиме видеоконференции при трансляции из другого помещения (дистанционное досудебное расследование – ст. 232 УПК).

Таким образом, состязательная форма украинского уголовного производства, в том числе стадии досудебного расследования, в новом УПК прописана достаточно ясно. Дело осталось за малым – независимым и беспристрастным судом. Такого в Украине, по общему признанию, пока нет. Следовательно…

Пристатейный библиографический список

1. Попелюшко В.О. Інститут слідчого судді у історії кримінального процессу Франції (до Кодексу кримінального розслідування 1808 р.) // Часопис Національного університету «Острозька академія». – Серія «Право». – 2010. – №1.

2. Рагулин А.В. Правовой статус адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве России // Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України. – 2012. – № 1.

3. Рагулин А.В. «Профессиональные права адвоката-защитника»: формулирование определения понятия // Адвокатская практика. – 2012. – № 4.

Мартышкин В.Н.

У РОССИЙСКИХ СУДЕЙ НЕ ДОЛЖНО БЫТЬ КОНВЕЙЕРНОГО ПРОИЗВОДСТВА: ОПТИМИЗАЦИЯ НАГРУЗКИ СУДЕЙ КАК СРЕДСТВО ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ УЧАСТНИКОВ СУДОПРОИЗВОДСТВА И ПОВЫШЕНИЯ КАЧЕСТВА ПРАВОСУДИЯ

В статье рассмотрены проблемные вопросы оптимизации нагрузки на судей судов общей юрисдикции.
Ключевые слова: судоустройство, нагрузка судей, оптимизация нагрузки на судей.

Martyshkin V.N.

RUSSIAN JUDGES SHOULD NOT HAVE CONVEYOR PRODUCTION: OPTIMIZATION OF LOAD OF JUDGES AS REMEDY OF PARTICIPANTS OF LEGAL PROCEEDINGS AND JUSTICE IMPROVEMENT OF QUALITY

In article problem questions of optimization of load of judges of courts of law are considered.
Keywords: sudoustroystvo, load of judges, optimization of load of judges.

Основатель толкового словаря живого великорусского языка Владимир Иванович Даль, скупой на похвалу, однажды отметил: «У нас не было ни одной пословицы в похвалу судам, а ныне я одну слышал: ныне перед судом, что перед богом – все равны».[1] Насколько жизнеспособна в России будет эта пословица – зависит от гражданской, правовой, нравственной позиции правоприменителя, доступности и качества правосудия, а последняя в большей степени зависит от оптимизации нагрузки на судей.

В своем выступлении на VII Всероссийском съезде судей Президент России обратил внимание на то, что «повышению качества судебной системы способствовала бы оптимизация работы судов различных ветвей судебной власти…».[2]

Законопроект «О нормах нагрузки судей судов общей юрисдикции, арбитражных судов и работников аппаратов судов», подготовленный Судебным департаментом в рамках выполнения поручений VII Всероссийского съезда судей, а также постановлений Совета судей РФ от 3.12.2009 № 250 и от 20.05.2010 № 259, неоднократно обсуждался на Совете судей Российской Федерации. Достаточно напомнить, что 35 тысяч судей судов общей юрисдикции и арбитражных судов рассматривали в 2011 году 25 млн. дел. О колоссальных нагрузках на судей РФ свидетельствуют, например, следующие факты.

Судами общей юрисдикции Челябинской области (664 судей) в 2011 году рассмотрены 750 тысяч судебных дел. Средняя нагрузка на судей области распределилась следующим образом: на одного судью областного суда (всего 100 судей) – 59 дел в месяц; на судью районного суда (всего 383 судей) – 43,1 дел в месяц; на мирового судью (всего 181 судей) – 200 дел в месяц. Признанная лучшим мировым судьей Челябинской области по итогам 2011 г. Евгения Александровна Марар рассмотрела за год 5400 дел при качестве, близком 100 процентам (средний показатель на судебных участках мировых судей области составлял 2800 дел). Высочайшая нагрузка мировых судей – не гордость, а проблема: сегодня мировой судья Приангарья (Иркутская область) рассматривает до 19 тысяч дел в год.[3]

По данным социологических исследований, проведенных в пяти федеральных округах (в том числе в Приволжском федеральном округе в феврале–июне, ноябре–декабре 2011г.), уровень нагрузки и ее оценка судьями выглядит следующим образом.[4] Средний уровень нагрузки у судей составляет 30 дел в неделю. При этом половина судей рассматривает меньше 23 дел и материалов в неделю.

Наиболее распространенная ситуация, при которой судья рассматривает от 10 до 20 дел в неделю (25,9 %). Близко к этому показателю находится ситуация с нагрузкой менее 10 дел в неделю (22,1 %) и 21–30 дел в неделю (20,7 %). Хотя четверть судей рассматривают в неделю от 10 до 20 дел, у достаточно большого количества судей (12,4 %) стандартная еженедельная нагрузка превышает 50 дел и материалов в неделю, то есть судья должен выносить решения по 10 делам или материалам в день.

При 8 часовом рабочем дне это составляет 48 минут на одно дело. У российских судей не должно быть конвейерного производства: судьи не холсты ткут. Статистические данные и социологическое исследование показывают, что в России доступ граждан к правосудию не ограничен, и примерно

1 Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. – СПб.: ТОО «Диамант», 1997. – Т. 4. – С. 355.

2 Медведев Д.А. Россия: становление правового государства. – М., 2010. – С. 317.

3 Вяткин Ф.М. Гордость судейского корпуса // Принцип гласности. – 2012. – № 1. – С. 7–13. // Судья. – 2012. – № 9. – С. 25.

4 Волков В.В., Дмитриева А.В., Поздняков М.Л., Титаев К.Д. Российские судьи как профессиональная группа: социологическое исследование // Институт проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге. – СПб., 2012. – С. 45.

каждый четвертый совершеннолетний гражданин обращался в суд, как в орган государства для разрешения какого-либо конфликта. Вместе с тем чрезмерная нагрузка не способствует должному повышению уровня правосудия, является фактором и условием, влияющим на качество судебной работы и, соответственно, на законность и обоснованность судебных актов.

Исследования о нагрузке судей и сотрудников аппарата судов, проведенные 15 лет назад (в 1996 году) Минтрудом России и рекомендованные в качестве предельной нагрузки для судей и секретарей, указывают иные нормативы.[5] В этих нормативах указаны временные затраты на каждую категорию дел, но в среднем на рассмотрение районным судьей одного уголовного дела с одним обвиняемым (при наличии двух и более обвиняемых идут поправочные коэффициенты в сторону увеличения) отводятся 14 часов, а для рассмотрения одного гражданского дела – 7 часов 40 минут.

Соответственно, если даже не учитывать временные затраты на подготовку к заседанию и внепроцессуальную работу, получается, что при восьмичасовом рабочем дне в неделю возможно рассмотреть только 2,8 уголовных дел или 5 гражданских дел. Можно сделать поправки на изменившееся процессуальное законодательство, однако реальная нагрузка превосходит нормативы в несколько раз.

С утратой оперативности правосудия возрастает риск разрешения дел в судах в неразумные сроки. Это в свою очередь влияет на формирование правового нигилизма, желание и попытки отдельной категории граждан решить возникшие проблемы неправовыми методами, в том числе с помощью «улицы». Не этим ли объясняется, почему в лихие девяностые была реанимирована старая русская пословица: «В земле черви, в воде черти, в лесу сучки, в суде крючки – куда пойти?».[6]

Такая нагрузка (25 млн. дел в год) физически не позволяет осуществлять судопроизводство по уголовным и гражданским делам с соблюдением требований ст. 61 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее – УПК РФ) и ст. 6.1 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее – ГПК РФ). В 2010 году судами общей юрисдикции рассмотрены более 3 тысяч заявлений граждан о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок и взысканы 6,5 млн. рублей.[7]

В связи с этим кардинально необходимо оптимизировать механизм исполнения судебных решений, связанных с взысканием штрафа и компенсаций морального вреда. Например, в 2011 г. рассмотрены 5 млн. 156 тысяч дел об административных правонарушениях. Более 30 % из них составляют нарушения ПДД в состоянии алкогольного опьянения. Судами наложены штрафы в размере 20 млрд. рублей, из них в добровольном порядке уплачены менее 11 %, в принудительном – 5 %. Остальные 16 млрд. рублей не исполнены. Статистика исполнения приговоров, когда штраф назначается как основное наказание, ничуть не лучше: назначено штрафов в 1 млрд. 800 млн. рублей и не исполнено на 1 млрд. 140 млн. рублей.[8]

Вступление России в Совет Европы накладывает на страну обязательства, связанные с достижением международных стандартов, направленных на оптимизацию судопроизводства, как средство правовой защиты его участников. В заключении № 6 Консультативного Совета европейских судей Совета Европы от 24.11.2004 г. «О справедливом судебном разбирательстве в разумные сроки и роли судов в судебных процессах с учетом альтернативных способов разрешения споров» изложен ряд принципов, которые, по мнению органов судейского сообщества России, следует учитывать при разработке конкретных предложений по оптимизации нагрузки на судей: 1) принцип рассмотрения дела не более чем в двух судебных заседаниях – предварительном и основном (для представления доказательств, аргументов и вынесения решения); 2) принцип пресечения любых попыток неправомерного использования судебных процедур с применением санкций в отношении сторон и адвокатов, то есть как средство правовой защиты участников судопроизводства; 3) принцип активной роли суда в обеспечении оперативного судебного разбирательства с соблюдением при этом прав сторон и принципа их равенства; 4) принцип свободы определения судьей формы ведения судопроизводства (устной или письменной), за исключением случаев, прямо предписанных законом.[9]

Стало общим правилом многих ученых и практиков указывать на то, как Европейский суд по

5 Нормы нагрузки судей, судебных исполнителей и работников аппарата районных судов (утверждены Постановлением Минтруда РФ, Минюста РФ от 27.06.1996 г. № 41б/06-74-125), нормы нагрузки судей и работников аппарата судов субъекта РФ (утверждены Постановлением Минтруда РФ, Минюста РФ от 27.06.1996 г. № 41а/06-74-124).

6 Даль В.И. Пословицы и поговорки русского народа. – СПб., 1997. – С. 59.

7 Мартышкин В.Н. Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты противодействия коррупции // Право и безопасность. – 2011. – № 1. – С. 88.

8 В суды России сократилось поступление гражданских дел // Сборник. Власть судебная в Пензенской области. – 2012. – № 17. – С. 5.

9 Постановление Президиума Совета Судей РФ от 24.03.2011 № 257 «О результатах деятельности рабочей группы по выполнению поручения Президента Российской Федерации от 5 декабря 2010 г. № ПР-3520 о путях оптимизации нагрузки на судей» // Система «Гарант».

правам человека карает Россию за допущенную российскими судами волокиту при рассмотрении судебных дел.

Между тем, в России имеются достаточные законодательные и организационные гарантии и ресурсы, связанные с недопустимостью волокиты и ангажированности при рассмотрении судебных дел. Судьи не должны допускать для принятия к судебному разбирательству плохо расследованные или, что совсем недопустимо, сфабрикованные дела. Судьи обязаны улучшить качество работы при проверке материалов в порядке судебного контроля и пересмотре дел в апелляционных, кассационных и надзорных инстанциях. При этом эти инстанции обязаны своевременно обнаружить следственную или судебную ошибку и оперативно ее исправить, что станет безусловной гарантией того, чтобы граждане России меньше обращались в Европейский суд, который не всегда беспристрастен к правосудию России. Руководителям всех звеньев республиканских, областных, краевых, районных судов вполне приемлемо и доступно организовать работу судов в регионах России так, чтобы и устранить волокиту, и сократить количество неправосудных судебных актов. Работу в этом направлении, т.е. по защите прав сторон на судопроизводство в разумный срок, следует проводить более эффективно, так как на 20 декабря 2010 г. Европейский суд по правам человека (ЕСПЧ) принял в отношении России 1062 постановления и во многих случаях именно в связи с нарушением разумного срока судопроизводства. По 268 жалобам россиян, удовлетворенным Европейским судом в 2009 г., исполнены решения на сумму, превышающую 7 млн. 249 тыс. евро. Причем в 2010 году ЕСПЧ повысил размер компенсаций россиянам: по 206 удовлетворенным жалобам взысканы 8,5 млн. евро.[10]

Конечно, мы не впереди планеты всей по размерам выплат: для Молдавии они составили 14 млн. евро, Румынии – 11 млн. евро. Но надо согласиться, что такие результаты, отражающие судебную практику по соблюдению сроков судопроизводства, заставляют самих судей вырабатывать предложения по законодательному оздоровлению обстановки в сфере обеспечения доступности правосудия и оптимизации нагрузки судей, как средство правовой защиты участников уголовного судопроизводства.

Судьями и учеными-юристами нашего региона высказываются, в частности, следующие предложения по данной проблеме:

– укрупнение районных судов за счет объединения малосоставных районных судов и перераспределение штатной численности судей, введение практики административного судопроизводства, в том числе и для специального рассмотрения споров граждан с чиновниками, что позволит устранить существующую неравномерность распределения нагрузки и сделает правосудие более доступным для граждан;

– принятие законов, которые меняют распределение дел между мировыми судьями и судьями районного звена. Так если по Российской Федерации служебная нагрузка судей районного звена в 2011 г. составляла в среднем 36, 8 дел в месяц, то на мирового судью превышала 200 дел. Например, средняя нагрузка в месяц на мирового судью в г. Саранске в 2010–2011 гг. составляла до 400 дел в месяц, а городах Иркутске, Ангарске, Братске, Саянске – до 1 тыс. дел в месяц;

– внедрение примирительных процедур, внесудебных и досудебных способов урегулирования споров, в том числе вытекающих из административных правоотношений, к которым относится, в частности, медиация, т.е. разрешение споров с участием в качестве посредника независимого лица – медиатора. В мировой практике применение этого способа внесудебного разрешения споров свидетельствует о том, что в 70–80 % случаях конфликты заканчиваются заключением соглашения между сторонами. Тем более что правовая база для этого имеется: с 1 января 2011 г. вступил в силу Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»;[11]

– расширение процессуальных прав помощника судьи (им может стать лицо с высшим юридическим образованием, имеющее стаж работы по специальности не менее 3-х лет) и законодательное определение его функции при подготовке дела к рассмотрению (в частности, целесообразно было бы наделить помощника судьи правом по возвращению поступивших исковых заявлений, иных материалов, связанных с принятием исковых заявлений и подготовкой дела к рассмотрению или оставлению его без движения, для устранения недостатков в соответствии с требованиями ст. 135 ГПК РФ, ст. 319, части второй ст. 363, части третьей ст. 375, части четвертой ст. 3896, ст. 4015, части второй ст. 404 УПК РФ);

– компьютерное распределение дел между судьями. Программа учитывает специализацию судей при распределении дел, оптимизирует нагрузку в судах общей юрисдикции и реально

10 Надзор за исполнением решений Европейского суда по правам человека: отчет за 2009–2010 г. // Сборник Совет Европы. – 2010–2011. // URL: http:sutuajnik.ru /documents/ (дата обращения: 7.10.2012).

11 СЗ РФ. – 2010. – № 31. – Ст. 4162.

гарантирует доступ к правосудию для всех граждан. Такое распределение дел существует в Рузаевском, Октябрьском и Пролетарском районных судах Республики Мордовия.

В связи с рассматриваемой проблемой у судей и представителей юридической науки нашего региона имеются также предложения, касающиеся судоустройства:

– предлагается в законодательном порядке закрепить положение о том, что судьи назначаются Указом Президента Российской Федерации судьей районного звена субъекта РФ. При этом конкретный район может быть указан в приказе председателя верховного (областного, краевого) суда. Что касается мировых судей, то каждого из них назначать мировым судьей конкретного района региона, без указания номера участка. В случае изменения нагрузки (в районе или на конкретном судебном участке) у председателя верховного (областного, краевого) суда субъекта РФ имелась бы возможность оперативно перевести судью в другой районный суд или на другой судебный участок (безусловно, с соблюдением норм Конституции РФ и Закона РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации»). При этом должно учитываться мнение совета судей региона (квалификационной коллегии судей);

– Пленум (президиум) Верховного суда Российской Федерации необходимо наделить правом продлевать сроки назначения (или отказывать в этом) на должность председателя (заместителя) верховного суда республики, области, края после истечения первого 6-летнего срока после назначения его Президентом Российской Федерации. Аналогичным правом наделить президиум верховного (областного, краевого) суда субъекта РФ в отношении продления срока назначения председателя (заместителя) районного суда.

Однако эти нововведения не могут кардинально решить проблему нагрузки на судью, без увеличения количества судей и сотрудников аппарата суда, обеспечивающих работу судьи, без повышения заработной платы, хотя бы сотрудникам аппарата суда, непосредственно участвующим в рассмотрении и разрешении судебных дел.

Кроме того, от судей поступает много предложений о внесении изменений в ГПК РФ и УПК РФ с целью оптимизации судебной нагрузки:

– об увеличении размера госпошлины, особенно в арбитражных судах;

– о более широком применении особого порядка рассмотрения уголовных дел. Вместе с тем следует отметить, что указанное предложение вряд ли направлено на расширение доступа к правосудию или повышению его качества в современном обществе и государстве. Расширение категории дел для рассмотрения в особом порядке, то есть без проведения судебного следствия, не способствует повышению объективности и справедливости правосудия. В особом порядке в 2011 г. по РФ рассмотрены дела в отношении 590 тысяч лиц, это больше, чем в общей форме уголовного судопроизводства.

Представляется, что неограниченное рассмотрение дел в особом порядке скорее направлено на отказ от правосудия, что судьями должно восприниматься в известной мере осторожно и критически;

– о дальнейшей декриминализации некоторых составов преступлений и введении административной ответственности за совершение этих деяний. Так Федеральным законом от 7 декабря 2011 г. № 420-ФЗ отменена уголовная ответственность за оскорбление, которая раньше признавалась преступлением;

– о предоставлении права судьям самостоятельно соединять в одно производство поступившие в суд уголовные дела и не возвращать их для этой цели прокурору;

– о восстановлении почетного звания мирового судьи;

– о создании судебной полиции.

По вопросам совершенствования УПК РФ имеются следующие предложения:

– статью 274 УПК РФ («Порядок исследования доказательств») дополнить положением о том, что обязанность по обеспечению представления доказательств в судебном процессе возлагается на стороны;

– внести изменения в редакцию части третьей ст. 217 УПК РФ, предусмотрев в ней, что обвиняемым по делу, которые находятся под стражей, прокурором (следователем) могут быть вручены ксерокопии материалов дела, за исключением документов, содержащих гостайну. Это поможет устранить негативные явления и оптимизирует сроки изучения сторонами объемных уголовных дел, выступит дополнительным средством правовой защиты участников судопроизводства. Есть и более радикальные предложения – исключить из УПК РФ нормы, предусматривающие возможность ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела, поскольку все доказательства обвинения и защиты исследуются в ходе судебного следствия;

– внести изменения, направленные на оптимизацию процессуальных сроков, порядка уведомления сторон, расширение практики использования в судопроизводстве электронных средств

коммуникации, в том числе видеоконференцсвязи, оповещение участников судебных заседаний посредством sms-сообщений. Правовой основой для возможности использования в качестве дополнительных средств связи sms-сообщений для извещения участников гражданского, административного и уголовного судопроизводства о месте, дате и времени рассмотрения дела в суде в целях обеспечения единства судебной практики выступает постановление Пленума Верховного суда РФ № 3 от 9 февраля 2012 г. «О внесении изменений в некоторые постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации». Изменения внесены в 21 постановление, 14 из которых касаются уголовного судопроизводства.[12] Общее изменение в них заключается в том, что «извещение участников судопроизводства допускается в том числе посредством sms-сообщения в случае их согласия на уведомление таким способом и при фиксации факта отправлений и доставки sms-извещения адресату. Факт согласия на получение sms-извещения подтверждается распиской, в которой наряду с данными об участнике судопроизводства и его согласием на уведомление подобным способом указывается номер мобильного телефона, на который оно направляется».[13]

В настоящее время в рамках ГАС «Правосудие» разработан и проходит тестирование программа «Судебная корреспонденция», которая позволит в том числе отправлять sms-извещения через единый сервер. А пока суды субъектов Российской Федерации направляют уведомления участникам судопроизводства через различные компании, занимающиеся sms-рассылками. Помимо оперативности данный способ извещения еще экономически выгоден для судебной системы: стоимость 73 sms-сообщений (апрель–май 2012) составила всего 66 рублей. Тогда как на такое же количества отправленных судебных повесток потрачены 2080 рублей, то есть почтовые расходы оказались в 30 раз дороже sms-сообщений.

Проблема, связанная с применением видеоконференцсвязи, особенно актуальна для районных судов, где сосредоточено множество исправительных учреждений. Например, Зубово-Полянский районный суд Республики Мордовия в составе 9 судей рассмотрел в 2011 г. 8 тысяч судебных материалов, а за I полугодие 2012 г. – 6 тысяч материалов, поступивших из 15 исправительных учреждений. По Российской Федерации в прошлом году пересмотрены в порядке статьи 10 УК РФ приговоры в отношении 378 тысяч лиц (для сравнения: в 2009 г. – в отношении 58 тысяч лиц, в 2010 г. – 108 тысяч лиц). Общий объем производств по условно-досрочному освобождению и замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания и другим вопросам, предусмотренным ст. 397 УПК РФ, достигает 1 млн. в год.[14] В связи с приведенными цифрами количества рассмотренных материалов актуален вопрос о месте проведения судебного заседания.

В соответствии с п. 27 постановления Пленума Верховного суда РФ от 21 апреля 2009 г. № 8 «О судебной практике условно-досрочного освобождения от отбывания наказания, замены неотбытой части наказания более мягким видом наказания» судам рекомендовано в целях воспитательного воздействия на других осужденных рассмотрение ходатайств осужденных, их адвокатов и законных представителей об условно-досрочном освобождении от отбывания наказания и представлений администрации учреждений о замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания производить с выездом в учреждения, исполняющие наказание. В связи с данной рекомендацией Верховного суда РФ администрация ФСИН на территории исправительного учреждения обязана обеспечить личную безопасность судей и иных участников судебного заседания. Безусловно, частые выезды судей в исправительные учреждения, дислоцирующиеся на значительном расстоянии от райцентра, не способствуют рациональному использованию рабочего времени и оптимизации нагрузки на судей. Поэтому в соответствии с ч. 8 ст. 42 Федерального конституционного закона «О судах общей юрисдикции в Российской Федерации» от 7.02.2011 №1-ФЗК (в редакции от 1.06.2011) районный суд может проводить заседания в других населенных пунктах, если сочтет это необходимым;

– осуществить переход на электронную систему хранения архивных дел в судах Российской Федерации, что позволит ускорить вручение документов гражданам. В судах общей юрисдикции хранятся свыше 120 млн. дел.

На повестке дня – одна из главных проблем – не допустить эрозию принципов судопроизводства, эрозию права.

Бывший руководитель ФСБ РФ, а ныне секретарь Совета Безопасности РФ, доктор юридических наук Патрушев Н.П. еще 7 лет назад предупреждал

12 Арабули Д.Т. Расширение способов извещения участников судебных производств. – М., 2012. – С. 239–242 // Материалы 2-й международной научно-практической конференции (посвящается Н.В. Радутной). – Москва, 11–12 апреля 2012.

13 Постановление Пленума Верховного суда РФ № 3 от 9 февраля 2012 г. «О внесении изменений в некоторые постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации» // Система «Гарант эксперт».

14 Колоколов Н.А. Условно-досрочное освобождение: условия применения и основания отказа // Уголовный процесс. – 2012. – № 1. – С. 18.

о том, что одним из видов угроз национальной безопасности является правотворчество.

Стабильность законодательства, в том числе уголовного является одним из условий преемственности и стабильности судебной практики. Систематические внесения изменений в законодательство с целью либерализации уголовного преследования и уголовного принуждения к отдельным категориям граждан, в частности, к предпринимательскому сословию (каждый шестой привлекается к уголовной ответственности), предпринятые в последнее время, не способствуют стабильности и справедливости правосудия. Практика постоянной либерализации уголовного права к отдельным категориям граждан может привести современное уголовное судопроизводство к принижению конституционного принципа правосудия о равенстве граждан перед законом и судом.

Следует также отметить, что по состоянию на 1 марта 2012 г. в Уголовный кодекс Российской Федерации (с момента его подписания Президентом РФ 13 июня 1996 г.) федеральными законами внесены 110 редакционных изменений, в том числе изменения в статьи Особенной части, касающиеся сроков назначения наказания. Постоянные пересмотры одних и тех же приговоров в порядке ст. 10 УК РФ и пункта 13 ст. 397 УПК РФ свидетельствуют не только об отсутствии экономии процессуальных средств, но и о нерачительном расходовании бюджетных средств на этапирование осужденных, приговоры в отношении которых вступили в законную силу, дополнительных затрат на повторные организации судебных заседаний, оплату труда адвокатов, иных участников судопроизводства, в том числе судей, прокуроров, секретарей судебных заседаний, представителей администрации исправительных учреждений (один судодень обходится в среднем в 25 тысяч рублей). Ежегодно только в результате различных перемещений осуществляется конвоирование более 2 млн. человек. Все это в совокупности также влияет на качество и стабильность вынесенных приговоров.

Необходимо признать, что качество, доступность правосудия и уровень нагрузки в суде нередко зависят от эффективной работы аппарата суда, от организации производства по делам, подсудным судьям районного звена, мировым судьям, организационного взаимодействия с правоохранительными органами. Например, в 2011 г. в органы внутренних дел Республики Мордовия поступили 7082 заявления и сообщения о совершении преступлений по ст. 115 и 116 УК РФ (умышленное причинение легкого вреда здоровью и побои). По 419 фактам из этих сообщений были возбуждены уголовные дела, а 4167 заявлений граждан направлены мировым судья в порядке ст. 318 УПК РФ (для решения вопроса о возбуждении дела частного обвинения). По ним мировыми судьями республики приняты следующие решения: вынесено обвинительных приговоров – 141, оправдательных приговоров – 7, прекращено за примирением сторон и другим основаниям – 330, возвращено заявителям в соответствии с требованием ст. 319 УПК РФ для устранения недостатков в оформлении (требования ч.ч. 5, 6 ст. 318 УПК РФ) – 3689 заявлений. Прокуроры районов республики в процессуальных решениях мировых судей, действовавших в соответствии со своими полномочиями, предусмотренными ст. 319 УПК РФ, не усмотрели нарушений действующего законодательства. Тем не менее, в информации МВД РМ, направленной Председателю Верховного суда республики, рост преступности по статье 111 УК РФ (умышленное причинение тяжкого вреда здоровью) на 38,6 % в 2011 году в Мордовии обосновывался «отсутствием должного взаимодействия между органами внутренних дел и мировыми судьями в выявлении и рассмотрении дел, предусмотренных статьями 115, 116 УК РФ».[15] В связи с этим обстоятельством министерство просило обратить внимание судейского корпуса на общественную опасность преступлений данной категории, а также оперативность их рассмотрения в суде. Высокий рост тяжких преступлений Министерству внутренних дел, видимо, следовало искать и в недостаточной предупредительной и профилактической работе участковых уполномоченных полиции, а не в деятельности мировых судей, которая строго регламентирована УПК РФ. Вместе с тем, с целью устранения допускаемых ошибок при оформлении представляемых мировым судьям материалов, Верховный суд Республики Мордовия и Госкомитет Республики Мордовия по делам юстиции рекомендовал мировым судьям оборудовать на судебных участках информационные стенды с образцами всех процессуальных документов, что должно положительно сказаться на качестве и сроках подготовки дел к судебному рассмотрению.

Вопросы качества и оптимизации работы российских судов неразрывно связаны с дальнейшим развитием судебной системы. На это обратил внимание Президент Российской Федерации В.В. Путин: «Главный вопрос – ярко выраженный обвинительный, карательный уклон в нашей судебной системе».[16] В связи с данным замечанием главы

15 Информационное письмо МВД Республики Мордовия № 1/244 от 21.03.2012 г. // Архив Верховного Суда Республики Мордовия. – 2012.

16 Путин В.В. Демократия и качество государства // «Коммерсантъ», 6 февраля 2012.

государства вспоминаются строки из «Былого и дум» А.И. Герцена, психологически точно описавшего состояние судопроизводства и отношение к нему гражданского общества того времени: «Неумеренная любовь раскрывать истину, добираться до подробностей в делах уголовных, преследовать с ожесточением виноватых, сбивать их – все это чисто французские недостатки, судопроизводство для них – кровожадная игра, вроде травли для испанцев. Прокурор как ловкий тореадор, унижен и оскорблен, ежели травимый зверь уцелеет. В Англии нет ничего подобного: судья смотрит хладнокровно на подсудимого, не усердствует и почти доволен, когда присяжные не дают обвинительного приговора».[17]

Для решения этой проблемы В.В. Путиным предлагаются конкретные шаги: сделать правосудие доступным для граждан, для чего бремя доказывания в административном судопроизводстве возложить на административный орган, а не на гражданина; создавать единую открытую доступную базу всех судебных решений в судах общей юрисдикции, возможность Интернет-трансляции судебных заседаний и публикации стенографических отчетов; использовать элемент «прецедентного права» для непрерывного совершенствования суда; возродить «судебную» журналистику, что позволит шире и глубже обсуждать правовые проблемы общества, повышать уровень правосознания граждан.[18]

Например, в обществе время от времени обсуждается вопрос «О жизнеспособности» суда присяжных.[19]

Основной спор о его плюсах и минусах вращается вокруг оправдательных приговоров, тогда как наличие таковых еще не говорит об их неправосудности. К тому же оправдательных приговоров не столь много: за 7 лет (2005–2011 г.) вердиктом присяжных Верховного суда Республики Мордовия их постановлено в отношении 14 лиц. По РФ в 2011 г. к уголовной ответственности привлечены 1 млн. 700 тыс. человек. Из них 284 тысяч лиц осуждены, 8,5 тысяч оправданы, в отношении 166 тысяч производство по делу прекращено, в отношении 15 тысяч возвращено прокурору.

Одним из критериев оценки государства как правового является состояние судебной системы и ее важнейшего института – суда присяжных. Рассмотрение уголовных дел с участием коллегии присяжных заседателей наиболее ярко демонстрирует принцип состязательности судопроизводства. В то же время эта форма судопроизводства остро обнажила проблему непредсказуемости формирования алгоритма правовых и нравственных механизмов ограничения усмотрения коллегией присяжных при принятии вердикта, оптимальных сроков рассмотрения дела.

Юридическая неосведомленность присяжных в правилах оценки доказательств и в таких основных вопросах, как форма вины, соучастие в преступлении, необходимая оборона и крайняя необходимость затрудняет принятие ими решения либо приводит к ошибочному усмотрению.

Вывести единую формулу, определяющую с математической точностью алгоритм судейского усмотрения, и определить правовые и нравственные механизмы его ограничения – означало бы открыть универсальный способ осуществления правосудия. Вместе с тем нельзя не согласиться, видимо, с Ф.М. Вольтером, который, отметая возражения о возможном оправдании виновного, писал: «Если против ста тысяч вероятностей виновности обвиняемого имеется лишь одна вероятность его невиновности, то эта одна вероятность должна уравнивать все другие».[20]

Противники суда присяжных указывают на чрезмерную затратность данной формы судопроизводства. В действительности финансовая составляющая выглядит иначе.

Для формирования списка присяжных заседателей, составляемого на 4 года, из федерального бюджета в каждый субъект РФ выделяются субвенции. На эти цели Республике Мордовия в 2012 году выделена 731 тысяча рублей для формирования списка присяжных в количестве 5500 человек. Затраты, связанные с выплатами 369 присяжным заседателям, участвующим в производстве по уголовным делам Верховного суда республики в 2009–2011 г., составили 2 млн. 239 тысяч рублей. Общая сумма расходов, с учетом выплат коллегии присяжных и адвокатам, принимавшим участие в судебном разбирательстве по назначению в суде первой, кассационной и надзорной инстанции Верховного суда республики, составила за последние три года 7 млн. 15 тысяч рублей. По-видимому, это тот самый случай, когда «судебная система не должна быть бедной, иначе бедствие наступит в правосудии».[21]

17 Герцен А.И. Былое и думы. – М., 1987. – Т. 1. – С. 529.

18 Путин В.В. Указ. статья.

19 Пикалев И.А. О «жизнеспособности» суда присяжных в уголовном судопроизводстве России. – СПб., 2010. – С. 257–259.

20 Вольтер Ф.М. Избранные произведения по уголовному праву и процессу. – М., 1956. – С. 185.

21 Медведев Д.А. Выступление Президента Российской Федерации на VII Всероссийском съезде судей // Судья. – 2008. – № 12. – С. 8.

Споры о достоинствах и недостатках судопроизводства в России (в том числе споры об эффективности судебного контроля и повышении качества правосудия) велись издавна и, видимо, не утихнут в ближайшее время.

Безусловно, гарантией эффективной защиты личности от незаконного судебного акта должна быть правовая компетентность судьи. В связи с этим представляются значительными слова великого юриста Анатолия Федоровича Кони: «Как бы ни были хороши процессуальные правила деятельности суда, они могут потерять свою силу и значение в неопытных грубых или недобросовестных руках».[22] Судебные ошибки необходимо минимизировать. К сожалению, они имели место во все времена. 7 апреля 30 г. н.э. верховный суд, состоявший из 71 члена (иудейский синедрион), приговорил к смертной казни через распятие на кресте самого великого человека, когда-либо жившего на Земле, за подтверждение его мессианского достоинства, за право иметь собственные суждения. Римский прокуратор Понтий Пилат незаконный и явно не справедливый приговор утвердил.[23] Но даже спустя две тысячи лет в мире нет ответа на вопрос: как это могло случиться?

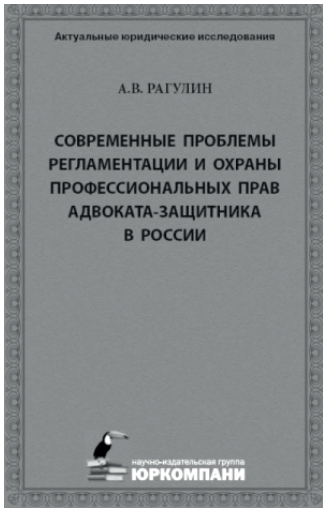
Проблемы, связанные с обеспечением права на справедливое и публичное судебное разбирательство в разумные сроки, обусловливают необходимость оптимизации судебной нагрузки.

22 Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процессе // Собр. соч. в 8 т. – 1966–1969. – 1967. – Т. 4. – С. 33–70.

23 Мусский С.А. Сто великих людей. – М., 2006. – С. 25.

Пристатейный библиографический список

1. Арабули Д.Т. Расширение способов извещения участников судебных производств. – М., 2012 // Материалы 2-й международной научно-практической конференции (посвящается Н.В. Радутной). – Москва, 11–12 апреля 2012.
2. Волков В.В., Дмитриева А.В., Поздняков М.Л., Титаев К.Д. Российские судьи как профессиональная группа: социологическое исследование // Институт проблем правоприменения Европейского университета в Санкт-Петербурге. – СПб., 2012.
3. Вольтер Ф.М. Избранные произведения по уголовному праву и процессу. – М., 1956.
4. В суды России сократилось поступление гражданских дел // Сборник. Власть судебная в Пензенской области. – 2012. – № 17.
5. Вяткин Ф.М. Гордость судейского корпуса // Принцип гласности. – 2012. – № 1. // Судья. – 2012. – № 9.
6. Герцен А.И. Былое и думы. – М., 1987. – Т. 1.
7. Даль В.И. Пословицы и поговорки русского народа. – СПб., 1997.
8. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. – СПб.: ТОО «Диамант», 1997. - Т. 4.
9. Колоколов Н.А. Условно-досрочное освобождение: условия применения и основания отказа // Уголовный процесс. – 2012. – № 1.
10. Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процессе // Собр. соч. в 8 т. – 1966–1969. – 1967. - Т. 4.
11. Мартышкин В.Н. Уголовно-правовые и уголовно-процессуальные аспекты противодействия коррупции // Право и безопасность. – 2011. – № 1.
12. Медведев Д.А. Выступление Президента Российской Федерации на VII Всероссийском съезде судей // Судья. – 2008. – № 12.
13. Медведев Д.А. Россия: становление правового государства. – М., 2010.
14. Мусский С.А. Сто великих людей. – М., 2006.
15. Надзор за исполнением решений Европейского суда по правам человека: отчет за 2009–2010 г. // Сборник Совет Европы, 2010–2011.
16. Пикалев И.А. О «жизнеспособности» суда присяжных в уголовном судопроизводстве России. - СПб., 2010.
17. Путин В.В. Демократия и качество государства // «Коммерсантъ», 6 февраля 2012.



Рагулин А.В. Современные проблемы регламентации и охраны профессиональных прав адвоката-защитника в России: Монография. – М., Юркомпани, 2012.

В монографии обосновывается концепция существования в российском праве института профессиональных прав адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве, рассматриваются проблемы их правовой регламентации и охраны в современном российском законодательстве, а также вопросы их практической реализации. На основе проведенного исследования автором формулируется ряд выводов и предложений, которые могут быть учтены и использованы как в научно-практической деятельности, так и при реформировании отечественного законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и уголовно-процессуального законодательства.

Работа предназначена для адвокатов, профессорско-преподавательского состава юридических факультетов вузов, судей, прокуроров, следователей, дознавателей, студентов и аспирантов высших учебных заведений юридического профиля, а также для всех интересующихся вопросами осуществления профессиональной защиты по уголовным делам и развития адвокатуры в России и за рубежом.

Приобретение монографии возможно в книжных магазинах, а также на сайте издательства «Юркомпани» – www.law-books.ru

Абреков А.А.

ИСПОЛНЕНИЕ РЕШЕНИЙ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА В СВЕТЕ НОВОЙ РЕДАКЦИИ ФЕДЕРАЛЬНОГО КОНСТИТУЦИОННОГО ЗАКОНА «О КОНСТИТУЦИОННОМ СУДЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»

Автор в настоящей статье подробно анализирует механизм исполнения решений Конституционного суда Российской Федерации другими судами РФ и существующие в данной сфере проблемы.

Ключевые слова: решения Конституционного суда Российской Федерации, исполнение решений Конституционного суда Российской Федерации.

Abrekov A.A.

EXECUTION OF DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT IN THE LIGHT OF NEW EDITION OF THE FEDERAL CONSTITUTIONAL LAW «ABOUT THE CONSTITUTIONAL COURT OF THE RUSSIAN FEDERATION»

The author analyzes in detail the mechanism of execution of judgements of the Constitutional Court Russian Federation by other courts Russian Federation, existing problems in this sphere.

Key words: judgements of the Constitutional Court Russian Federation, execution of judgements of the Constitutional Court Russian Federation.

Исполнение решений Конституционного суда РФ (далее – КС РФ)другими судами РФ представляет не только общетеоретический интерес для современной юридической доктрины, но и имеет важное практическое значение для обеспечения единого конституционно-правового пространства на всей территории Российской Федерации.

Актуальность данной темы обусловлена принятием и вступлением в силу новой редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3.11.2010 № 7-ФКЗ,[1] в которой существенно изменено регулирование исполнения решений Конституционного суда РФ судебными органами РФ.

Несмотря на внесенные законодательные изменения, механизм исполнения решений КС РФ содержит существенные проблемы в процессе правоприменения судов общей юрисдикции, арбитражных судов, конституционных (уставных) судов субъектов РФ. Так в практике судов различных инстанций распространенными нарушениями являются: игнорирование или неоправданное затягивание с исполнением решений КС РФ; применение норм права в истолковании, расходящемся с их конституционно-правовым смыслом, выявленным Конституционным судом РФ; отказ в пересмотре ранее принятых судебных решений, несмотря на наличие прямого указания КС РФ и т.д.

Исходя из анализа решений ККС РФ, следует, что обязанность судебных органов РФ по исполнению решений КС РФ возникает при принятии КС РФ решений, в которых: нормативные положения признаны не соответствующими Конституции РФ полностью или частично; нормативные положения признаны соответствующими Конституции РФ, при этом выявлен их конституционно-правовой смысл; содержится прямое указание на необходимость пересмотра правоприменительных решений. Таким образом, под исполнением решений Конституционного суда РФ другими судами РФ следует понимать реализацию решений КС РФ, осуществляемую судебными органами РФ посредством пересмотра ранее принятых судебными органами правоприменительных решений на основании решений КС РФ, применение норм в их конституционно-правовом истолковании, выявленном КС РФ, а также неприменения норм, признанных КС РФ не соответствующими Конституции РФ.

В процессе принятия указанных решений КС РФ в качестве основного инструмента использует толкование проверяемых норм, под которым следует понимать уяснение смысла норм права, осуществляемое КС РФ, в процедуре конституционного судопроизводства, посредством интерпретационного синтеза, подлежащих проверке норм законодательства и относящихся к делу конституционных положений, осуществляемых с целью раскрыть конституционно-правовой смысл проверяемых норм, преодолеть коллизии и пробелы в правовом регулировании и таким образом обеспечить правовую определенность в процессе правоприменения, посредством дачи обязательных для всех субъектов права разъяснений.

Практика КС РФ последних лет показывает, что его функция не сводится просто к исключению неконституционных норм из правового пространства. Она во многом сместилась на выявление

1 Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации» (в ред. от 3.11.2010 № 7-ФКЗ и от 28.12.2010 № 8-ФКЗ) // СЗ РФ. – 2010. – № 45. – Ст. 5742.

конституционно-правового смысла правовых норм, если указанный смысл искажен правоприменительной практикой. И здесь возникает проблема, связанная с тем, насколько судебная система готова воспринимать такой выявленный конституционно-правовой смысл норм, расходящийся с принятым ею судебным толкованием.[2]

КС РФ в Постановлении от 25 января 2001 г. № 1-П указал, что суд общей юрисдикции или арбитражный суд, на основании ст. 120 Конституции РФ, самостоятельно решая вопрос о том, подлежит ли та или иная норма применению в рассматриваемом им деле, уясняет смысл нормы, то есть осуществляет ее казуальное толкование. Вместе с тем, в практике всех судов должно обеспечиваться конституционное истолкование подлежащих применению норм. Как следует из ч. 2 ст. 74 ФКЗ «О Конституционном суде РФ», конституционное истолкование нормативного акта или отдельного его положения, проверяемого посредством конституционного судопроизводства, относится к компетенции КС РФ, который, разрешая дело и устанавливая соответствие Конституции РФ оспариваемого акта, обеспечивает выявление конституционного смысла действующего права. Данное истолкование является общеобязательным, в том числе для других судов РФ.[3] На основании изложенного следует, что в случае, когда в отношении подлежащей применению судом нормы КС РФ был выявлен ее конституционно-правовой смысл, данный смысл является обязательным для судебных органов РФ. В таком случае суд решает вопрос только о том, подлежит ли применению соответствующая норма в конкретном деле, применяя ее в смысле, выявленном Конституционным судом РФ. Такой механизм обеспечивает единообразное применение норм всеми судебными органами РФ.

В новой редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г. предпринята попытка устранить проблему, существовавшую в правоприменительной практике, которая заключалась в отказе судебных органов РФ в реализации решений КС РФ, в которых КС РФ не признавал норму неконституционной, а выявлял ее конституционно-правовой смысл. Однако сделать это удалось лишь частично. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 71 ФКЗ «О Конституционном суде РФ», итоговые решения по существу любого из вопросов, перечисленных в пунктах 1, 2, 3, 3.1 и 4 части 1 ст. 3 указанного ФКЗ, принимаются КС РФ в форме постановлений.

Вместе с тем, ч. 5 ст. 79 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» устанавливает, что позиция КС РФ относительно того, соответствует ли Конституции РФ смысл нормативных положений, придаваемый им правоприменительной практикой, выраженная в постановлении КС РФ, в том числе по жалобам граждан и по запросам судов, подлежит учету правоприменительными органами с момента вступления в силу соответствующего постановления Конституционного суда РФ.

Таким образом, новая редакция ФКЗ «О Конституционном суде РФ», подтверждая положение о принятии итоговых решений Конституционного суда РФ только в форме постановлений, устанавливает, что позиции КС РФ, выраженные в его решениях в форме постановлений, подлежат учету судебными органами РФ в процессе правоприменения. Вместе с тем следует сказать, что формулировка «подлежит учету», содержащаяся в ч. 5 ст. 79 ФКЗ «О Конституционном суде РФ», не является формально определенной, в связи с чем остается возможность для злоупотреблений со стороны правоприменительных органов РФ.

Также данное регулирование не решает проблему реализации позиций КС РФ, выраженную в его решениях по делам об абстрактном нормоконтроле, так как в ч. 5 ст. 79 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» речь идет о позиции Конституционного суда РФ относительно соответствия смысла нормативных положений, придаваемых им правоприменительной практикой, то есть о конкретном нормоконтроле.

Кроме того, данное регулирование не решает проблему реализации позиций КС РФ, выраженных в ранее принимаемых им неитоговых решениях в форме определений, так как до вступления в силу редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г. в практике Конституционного суда РФ существовало множество определений, в которых КС РФ выявлялся конституционно-правовой смысл норм, причем это касалось не только определений с позитивным содержанием, но и определений о разъяснении ранее принятых КС РФ решений. Таким образом, в целях всестороннего исполнения решений Конституционного суда РФ, а также внесения юридической определенности в правовое регулирование, представляется необходимым изменить формулировку ч. 5 ст. 79 ФКЗ «О Конституционном суде РФ», указав, что применение позиций КС РФ, выраженных в его решениях, является обязательным на территории РФ, установив таким образом обязательность применения позиций КС РФ независимо от вида решений КС РФ.

2 Гаджиев Г.А. Проблемы исполнения решений Конституционного суда // Официальный вестник Конституционного суда Республики Азербайджан. – 2008. – № 3. – С. 80.

3 Постановление Конституционного суда Российской Федерации от 25 января 2001 г. № 1-П // СЗ РФ. – 2001. – № 7. – Ст. 700.

Указанное выше регулирование касается перспективного применения позиций КС РФ, которое направлено на их применение субъектами права в будущем. Вместе с тем, прослеживая практику исполнения решений КС РФ, необходимо сказать, что одной из наиболее важных проблем, существовавших в практике исполнения решений КС РФ до принятия редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г., являлся отказ в пересмотре ранее принятых судебными органами РФ правоприменительных решений, в которых норма применена в истолковании, расходящемся с ее конституционно-правовым смыслом, выявленным КС РФ. Так до введения в действие редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г. Конституционный суд РФ в целях того, чтобы не создавать пробелы в законодательстве, чаще не признавал норму не соответствующей Конституции РФ, а на основании ст. 43 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» принимал определения с позитивным содержанием, в которых выявлял конституционно-правовой смысл норм и указывал на необходимость пересмотра ранее принятых правоприменительных решений, в которых норма была применена в истолковании, расходящемся с выявленным конституционно-правовым смыслом. Вместе с тем, в силу отсутствия прямого указания в законе о необходимости пересмотра ранее принятых судебными органами РФ правоприменительных решений, указание на пересмотр которых сделано Конституционным судом РФ в решении в форме определения, такие решения не исполнялись. В редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г. указанная проблема по делам конкретного нормоконтроля решена.

Так редакция ст. 43 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г. устанавливает, что КС РФ принимает решение об отказе в принятии обращения к рассмотрению, в случае если по предмету обращения Конституционным судом РФ ранее было вынесено постановление, сохраняющее свою силу, за исключением случаев, предусмотренных ст. 47.1 настоящего ФКЗ.

Вместе с тем, ст. 47.1 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» устанавливает, что КС РФ может по жалобе граждан и по запросу суда проверять конституционность закона без проведения слушания, если придет к выводу о том, что оспариваемые заявителем положения нормативного правового акта аналогичны нормам, ранее признанным не соответствующими Конституции РФ постановлением КС РФ, сохраняющим силу, либо что оспариваемая заявителем норма, ранее признанная неконституционной постановлением Конституционного суда РФ, сохраняющим силу, применена судом в конкретном деле, а подтверждение КС РФ неконституционности нормы необходимо для устранения фактов нарушений конституционных прав и свобод граждан в правоприменительной практике. По итогам разрешения дела без проведения слушания выносится постановление.

При этом ст. 100 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» прямо указывает, что в случае если Конституционный суд РФ принял постановление о признании оспариваемых заявителем положений нормативного правового акта аналогичными нормам, ранее признанным не соответствующими Конституции РФ постановлением КС РФ, сохраняющим силу, и поэтому также не соответствующими Конституции РФ, либо о констатации факта, что примененная в конкретном деле норма ранее признана неконституционной постановлением КС РФ, сохраняющим силу, данное дело во всяком случае подлежит пересмотру компетентным органом в обычном порядке.

Исходя из системного толкования ст. 43, 47.1 и 100 ФКЗ «О Конституционном суде РФ», следует следующий вывод: в случае если судебный орган РФ по ошибке применил норму, ранее признанную неконституционной, или норму аналогичную ранее признанной неконституционной, Конституционный суд РФ по жалобе гражданина принимает постановление, в котором указывает на необходимость пересмотра правоприменительного решения, пересмотр которого в соответствии с ч. 2 ст. 100 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» является обязательным. Таким образом, действующая редакция заменила ранее принимаемые Конституционным судом РФ определения с позитивным содержанием на постановления, установив при этом обязательность пересмотра правоприменительных решений, которые были применены в истолковании, расходящемся с их конституционно-правовым смыслом, выявленным КС РФ.

Кроме того, рассматривая редакцию ст. 100 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г., необходимо сказать, что данная статья исключает возможность принятия КС РФ, по итогам рассмотрения жалоб граждан и запросам судов РФ, решений в форме определений, влекущих за собой пересмотр ранее принятых судебными органами РФ правоприменительных решений. По итогам рассмотрения жалоб граждан и запросов судов РФ КС РФ выносит итоговые решения в форме постановлений, пересмотр которых в соответствии с ч. 2 ст. 100 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» является обязательным. Таким образом, в редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г.

решена достаточно важная проблема, существовавшая в правоприменительной практике, когда судебные органы РФ отказывали в пересмотре ранее принятых ими правоприменительных решений в связи с тем, что указание на необходимость пересмотра было сделано КС РФ не в постановлении, а в определении, которое формально не являлось тем видом решений, вынесение которого влекло пересмотр правоприменительного решения.

Вместе с тем, следует сказать, что данное регулирование не решает проблему необходимости пересмотра ранее принятых судебными органами РФ правоприменительных решений, на основании решений КС РФ, принятых в порядке абстрактного нормоконтроля, так как ст. 100 ФКЗ «О Конституционном суде РФ» устанавливает обязательность пересмотра ранее принятых судебными органами РФ правоприменительных решений только по делам о жалобах граждан и запросам судов. Кроме того, остается множество ранее принятых КС РФ определений, в которых выявлен конституционно-правовой смысл норм, а также определений, в которых прямо указывается на необходимость пересмотра судебными органами РФ ранее принятых ими правоприменительных решений, которые в силу отсутствия прямого указания на необходимость пересмотра не исполняются. Таким образом, в целях полного и всестороннего исполнения решений КС РФ, а также внесения юридической определенности в правовое регулирование представляется необходимым установить в ФКЗ «О Конституционном суде РФ» норму об обязанности пересмотра судебными органами РФ ранее принятых ими правоприменительных решений на основании решений КС РФ, в которых выявлен конституционно-правовой смысл норм, а также прямо указывается на необходимость пересмотра судебными органами РФ ранее принятых ими правоприменительных решений, установив, таким образом, необходимость пересмотра независимо от вида решений КС РФ.

Проанализировав решения КС РФ, принятые с момента вступления в силу редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г., следует сказать, что Конституционный суд РФ последовательно придерживается предписанной практики и не принимает решения в форме определений, в которых выявляется конституционно-правовой смысл норм, либо указывается на необходимость пересмотра ранее принятых правоприменительных решений.

На основании изложенного следует сказать, что принятие редакции ФКЗ «О Конституционном суде РФ» от 3 ноября 2010 г., которая установила обязательность учета правоприменительными органами РФ позиций КС РФ, выраженных в его постановлениях, а также обязательность пересмотра судебными органами РФ ранее принятых ими правоприменительных решений, которые были приняты в истолковании, расходящемся с их конституционно-правовым смыслом, выявленным КС РФ в его постановлениях, а также тех решений, необходимость пересмотра которых прямо указана в постановлениях Конституционного суда РФ, существенно способствовало улучшению эффективности исполнения решений КС РФ.

Вместе с тем, новое регулирование не устранило всех проблем, существующих в сфере исполнения решений КС РФ другими судами РФ, в связи с чем представляется необходимым продолжить совершенствование механизма исполнения решений КС РФ, внеся предложенные в настоящей работе законодательные изменения, установив обязательность применения позиций КС РФ независимо от вида решений КС РФ. Кроме того, предлагается установить обязанность пересмотра ранее принятых правоприменительных решений на основании решений КС РФ, в которых выявлен иной конституционно-правовой смысл норм, а также прямо указывается на необходимость пересмотра судебными органами РФ ранее принятых ими правоприменительных решений, установив таким образом необходимость пересмотра независимо от вида решений КС РФ.

При этом следует отметить, что пересмотр ранее принятых правоприменительных решений должен осуществляться с учетом пределов обратной силы решений КС РФ по времени и по кругу лиц, которые определены в решениях Конституционного суда РФ. На основании изложенного следует сказать, что механизм исполнения решений КС РФ другими судами РФ требует дальнейшего совершенствования для того, чтобы обеспечить реальную и эффективную защиту прав граждан и конституционное содержание правоприменительной практики судебных органов РФ.

Пристатейный библиографический список

1. Гаджиев Г.А. Проблемы исполнения решений Конституционного суда // Официальный вестник Конституционного суда Республики Азербайджан. – 2008. – № 3.

Стрельников В.В.

ПОНЯТИЕ, ОСНОВНОЕ СОДЕРЖАНИЕ И ПРОБЛЕМЫ ИНФОРМАЦИОННОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ В ОРГАНАХ ПРОКУРАТУРЫ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В научной публикации исследуются организационные аспекты информационного обеспечения и информатизации органов российской прокуратуры.

Ключевые слова: прокуратура, прокурорский надзор, информация, служебная тайна, сведения ограниченного доступа, гласность, информационное сотрудничество.

Strelnikov V.V.

CONCEPT, THE BASIC MAINTENANCE AND INFORMATION SUPPORT PROBLEMS IN BODIES OF OFFICE OF PUBLIC PROSECUTOR OF THE RUSSIAN FEDERATION

In the scientific publication organizational aspects of information support and information of bodies of the Russian Office of Public Prosecutor are investigated.

Keywords: Office of Public Prosecutor, public prosecutor's supervision, the information, office secret, data of the limited access, publicity, information cooperation.

Осуществляемая в стране правовая реформа рассматривает деятельность системы правоохранительных органов как важнейший инструмент демократизации общества и защиты прав и интересов граждан. Прокуратура Российской Федерации призвана выполнять в этом процессе главенствующую роль, которая в итоге станет точкой отсчета для совершенствования механизма взаимодействия органов исполнительной власти, направленного на недопущение и пресечение нарушений законности. Являясь проводником надлежащего исполнения нормативно-правовых актов, рассматриваемое нами общенадзорное ведомство нуждается в своевременном обеспечении информацией, которое должно осуществляться непрерывно и в необходимых объемах. Потребности в определенных сведениях для каждого уровня системы, а также сроки и формы их предоставления определяются, исходя из реальной обстановки в каждом регионе России. Выполнение прокурорскими работниками своих профессиональных обязанностей сопряжено с непрерывностью получения (истребования) различной категории данных, их обработки и дальнейшего использования. Ввиду этого, рассмотрение в настоящей работе вопросов организации информационного обеспечения управленческой деятельности в органах прокуратуры на сегодняшний день представляется весьма актуальным и востребованным.

Для того чтобы глубже разобраться в особенностях работы служащих прокуратуры с данными различной категории, выявить существующие проблемы и определить перспективы их решения, необходимо, на наш взгляд, исследовать теоретические концепции трактования информации и соотношение всех входящих в нее компонентов, основанное на юридическом толковании этого термина.

Итак, современное легальное понятие информации сформулировано в Федеральном законе «Об информации, информационных технологиях и защите информации» от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ: информация – сведения (сообщения, данные) независимо от формы их представления. Важно отметить, что действующее законодательство признает информацией не только информацию, зафиксированную на материальном носителе (то есть документированную), но и любую иную.

Как видим, для характеристики информации законодатель использует термины «сведения», «сообщения» и «данные». В юридической (и не только) литературе существует определенная дискуссия относительно соотношения этих понятий. Так, по мнению некоторых ученых, сведения составляют содержание сообщений.[1] В словаре С.И. Ожегова указывается, что эти понятия синонимичные, ибо определяются друг через друга.[2] Согласно позиции А.А. Стрельцова, сведения характеризуются идеальностью (относительной независимостью от материального носителя), информационной неуничтожаемостью, динамичностью (возможностью модификации) и способностью накапливаться.[3] Перечисленные свойства позволяют рассматривать сведения как эффективный инструмент познания, характеризующий его идеальную сторону, т.е. оставляющий за пределами рассмотрения процесс его закрепления. Передача сведений между субъектами информационного обмена осуществляется посредством сообщений (сигналов), т.е.

1 Батурин Ю., Федотов М., Энтин В. Пора ли «священной корове» на бойню, или что таит модернизация закона о СМИ? // Законодательство и практика средств массовой информации. – 1988. – № 1–2.

2 Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М., 1989. – С. 667.

3 Стрельцов А.А. Информация как общенаучная категория // Сб. науч. тр. «Информация как объект исследования в естественных, технических и социальных науках». – М., 2001. – С. 6, 19.

сообщение – материализованная информация.[4] Сообщения обладают свойством материальности – способностью быть зафиксированными, в том числе и на материальном носителе. Соответственно, следует согласиться с учеными, которые полагают, что неразумно ставить знак равенства между «сведениями» и «материалами».[5] Слово «материал» часто используют в качестве синонима слова «публикация», под которой понимается документ, доступный для массового использования. Сама структура понятия «информация», по мнению Л.А. Стрельцова, определяется взаимодействием двух форм ее проявления или выражения – сведений и сообщений, которые, хотя и дополняют друг друга, обладают принципиально разными свойствами.[6] Сведения характеризуются идеальностью (относительной независимостью от материального носителя), информационной неуничтожимостью, динамичностью (возможностью изменения). Сообщения обладают свойствами материальности (способностью быть зафиксированными на материальном носителе и воздействовать на органы чувств), принципиальной (физической) уничтожимостью и, наконец, статичности (неизменности набора составляющих их кодов).[7] Именно спор о соотношении категорий «сведения» и «сообщения» лежит в основе дискуссии о возможности отнесения информации к собственности, вещным правам или интеллектуальной собственности.[8] Некоторые авторы, подчеркивая уникальность информации, даже предлагают ввести так называемую «информационную собственность».[9]

В связи с этим нельзя не отметить, что первая часть Гражданского кодекса РФ впервые в российском законодательстве закрепила информацию в качестве объекта гражданских прав (ст. 128). С.И. Семилетов в связи с этим писал: «Выделение информации как самостоятельного объекта гражданского права обусловлено не только ее государственной значимостью, коммерческой ценностью и оборотом, но и необходимостью защиты информации как нематериального, свободно распространяемого и легко доступного блага, необходимого человеку в его жизни и деятельности».[10] Как верно отмечают В.Д. Куруиши и В.Л. Минаев, услуги по доставке отдельных видов информации являются сегодня довольно прибыльным бизнесом, что послужило причиной отождествления понятий «информация» и «товар».[11] Информация как товар имеет свою стоимость, которая включает стоимость информации и стоимость материального носителя, а также стоимость работ по подбору, обработке информации, переносу ее на материальный носитель. При этом В.А. Лапач отмечает, что «распоряжение информацией, предоставление информации есть фактическая действительность (услуга), но не акт распоряжения субъективным правом, ибо последнего просто не существует».[12]

Л.К. Терещенко, критикуя позицию сторонников возможности существования права собственности на информацию, отмечал, что классическая «триада» правомочий собственника, обладающего абсолютным правом на вещь, не может применяться в отношении информации. К ней неприменимо правомочие «владения», поскольку нельзя физически обладать нематериальными объектами. Информация может находиться одновременно в пользовании бесчисленного круга субъектов, и в этой связи к ней неприменимо правомочие «пользования». Правомочие «распоряжения» также неприменимо по отношению к информации, поскольку, отчуждая право на ее использование, продавец не лишается при этом возможности ее дальнейшего использования.[13] Однако здесь следует отметить, что возможность одновременного нахождения информации в пользовании бесчисленного круга субъектов отнюдь не отрицает возможность пользования ею каждым конкретным субъектом. К тому же коммерческую ценность (а, следовательно, и необходимость признания в качестве объекта гражданских прав и, в частности, права собственности) обычно представляет информация, находящаяся в пользовании ограниченного числа лиц.

Информация в качестве объекта правового регулирования обладает специфическими особенностями и юридическими свойствами, которые во

4 Ситдикова Л.Б. Информация как правовая и как гражданско-правовая категория: статус информации в гражданском праве // Гражданское право. – 2007. – № 2. – С. 41.

5 Моргунова Е., Погуляев В., Рузакова О. Финансовая информация как объект правовой охраны // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2002. – № 10. – С. 17–23.

6 Стрельцов А.А. Информация как общенаучная категория // Информация как объект исследования в естественных, технических и социальных науках. – М., 2001. – С. 19.

7 Войниканис Е.А., Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет: Традиция и новеллы в современном праве. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 25.

8 Бачило И.Л. Информация – объект права // ИТИ. – Орг. и методика информ. работы. – 1999. – Сер. 1. – № 8. – С. 28.

9 Копылов В.А. К вопросу об информационной собственности // Науч.-техн. информ. – 1998. – Сер. 1. – № 3. – С. 3–6.

10 Семилетов С.И. Информация как особый нематериальный объект права // Государство и право. – 2000. – № 5. – С. 67.

11 Куруиши В.Д., Минаев В.А. Компьютерные преступления и информационная безопасность. – М., 1998. – С. 14.

12 Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. – М., 2002. – С. 235.

13 Терещенко Л.К. Информация и собственность. В кн.: Защита прав создателей и пользователей программ для ЭВМ и баз данных (комментарий российского законодательства). – М., 1996. – С. 3–11.

многом определяют и отношения, возникающие при ее обращении между субъектами, и характер их поведения.[14] Так в своем диссертационном исследовании Т.В. Белова уделяет внимание таким свойствам, как идеальность, обособляемость информации как объекта права, физическая неотчуждаемость информации.[15] Исследуя вопрос о применимости термина «товар» к информации на основе сравнительного анализа их свойств, М.С. Зельцер выделяет следующие свойства информации: самостоятельность сведений, данных по отношению к носителю; возможность многократного использования той или иной информации; сохранение передаваемой информации у передающего или получающего субъекта; способность к обработке, интеграции и сжатию; возможность математического анализа информации; системность; коммуникативность.[16]

Проведенный теоретический анализ позволяет отметить многогранность и относительную определенность свойств, которыми обладает информация при ее исследовании в качестве юридической категории, которая подразумевает возможность как правомерного, так и неправомерного использования. При этом наложение многочисленных ее характеристик на правовое поле создает предпосылки к унификации образуемых ею специальных правовых режимов и выделения последних в качестве нормативно-обособленных категорий.

Опираясь на отмеченные выше во многом дискуссионные позиции ученых, отметим, что для выяснения сущности информационного обмена между звеньями системы органов прокуратуры, особенностей принятия управленческих решений весьма важно определить границы, в которых прокурорские работники осуществляют сбор, обработку и дальнейшее использование информации, а также пределы допуска общественности к этим сведениям.

Одной из главных законодательных особенностей, регламентирующих данные аспекты, является положение ч. 2 ст. 4 Закона о прокуратуре, в соответствии с которой должностные лица исследуемых нами органов действуют гласно в той мере, в какой это не противоречит требованиям законодательства РФ об охране прав и свобод граждан, а также законодательства РФ о государственной и иной специально охраняемой законом тайне, а также информируют федеральные органы государственной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления и население о состоянии законности. В ст. 5 Закона закреплено, что прокурор не обязан давать каких-либо объяснений по существу находящихся в его производстве дел и материалов, а также предоставлять их кому бы то ни было для ознакомления иначе как в случаях и порядке, предусмотренных федеральным законодательством. Никто не вправе без разрешения прокурора разглашать материалы проверок, проводимых органами прокуратуры, до их завершения. Из этого следует, что информация, которая используется в работе органов прокуратуры, относится к категории ограниченного доступа, которой имеет право распорядиться определенный законом круг лиц.

При этом, выделяя в качестве одной из характеристик специализированного правового режима информации, который присущ процессу формирования и применения на практике сведений компетентными работниками надзорной структуры, строгую персонализацию в этом аспекте, Ю.Е. Винокуров высказывается о двоякой ее интерпретации. С одной стороны, на уровне города (района) правом получения необходимых сведений наделены прокуроры, их помощники и заместители – то есть строго определенные субъекты. С другой, учитывая сложившийся административно-командный способ управления в органах прокуратуры, устанавливающий подчинение нижестоящих оперативных сотрудников вышестоящим, правом распоряжения этой информацией обладает большое количество вышестоящих должностных лиц, начиная от Генерального прокурора РФ и заканчивая прокурором отдела, управления прокуратуры субъекта Федерации.[17] На наш взгляд, подобная позиция законодателя во многом объяснима и подразумевает, во-первых, функциональное упорядочение в использовании права на получение информации по предметно-зональному принципу, во-вторых, объективность конечного результата ее практического применения (предоставление СМИ), использование во внутренней координации деятельности соответствующих подразделений и во внешней координации работы правоохранительных органов.

Также указанные законодательные положения свидетельствуют о том, что вся информация, находящаяся в использовании межгоррайпрокуратур, отнесена к категории служебной и, следовательно, полежит защите в установленном законом

14 Чаннов С.Е. Информационное право России. – М., 2004. – С. 5.

15 Белова Т.В. Правовое регулирование защиты информации и прав на нее в гражданском обороте: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006. – С. 14.

16 Зельцер М.С. Гражданско-правовой режим информации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004. – С. 32–33.

17 Прокурорский надзор: учебник / Винокуров Ю.Е. и др.; под общ. ред. Ю.Е. Винокурова. – М.: Высшее образование, 2005. – С. 90.

порядке. Подобное напрямую вытекает из содержания ч. 1 ст. 5 Закона о прокуратуре, в которой отражено, что воздействие в какой-либо форме федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления, общественных объединений, средств массовой информации, их представителей, а также должностных лиц на прокурора с целью повлиять на принимаемое им решение или воспрепятствование в какой-либо форме его деятельности влечет за собой установленную законом ответственность. Принцип гласности в деятельности рассматриваемой нами системы рассматривается через призму обязательности неразглашения сведений, составляющих государственную, коммерческую и иную охраняемую законом тайну, а также персональных данных. Е.Ф. Беркович в этой связи отмечает, что в сущности указанные сведения объединены режимом конфиденциальности, который также характеризует служебную тайну.[18] Не соглашаясь с данной позицией, В.И. Басков высказывается о том, что правовой режим государственной, врачебной, банковской, нотариальной и т.д. тайны является ярко выраженным и обособленным в соответствующих нормативных актах, которые устанавливают общие особенности использования соответствующих сведений. Ввиду их разнохарактерности и многопланового значения для государства и общества доступ к подобной информации имеют многочисленные категории должностных лиц. При этом правовой режим охраняемой законом тайны не изменяется при переходе ее носителей из одного органа в другой.[19] Применительно к органам прокуратуры данная позиция представляется обоснованной, поскольку доступ к сведениям этой категории строго ограничен кругом лиц, имеющих право работы с ними. Так, например, п. 3 Приказа Генеральной прокуратуры РФ от 21 декабря 2007 г. № 207 «Об организации прокурорского надзора за исполнением Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» руководителям прокуратур предписано определить лиц, ответственных за ведение делопроизводства по документам оперативно-розыскной деятельности, а также обеспечить наличие у уполномоченных прокуроров и лиц, на которых возложено ведение делопроизводства по документам оперативно-розыскной деятельности, к моменту назначения на должность оформленного в установленном порядке допуска к совершенно секретным сведениям или сведениям особой важности.

Как нам представляется, отмеченные обстоятельства являются своеобразным изъятием не подлежащей разглашению информации из общего круга сведений, которые можно предоставить СМИ, юридическим и физическим лицам. При этом определенные попытки нахождения баланса между служебными интересами работников прокуратуры и интересами общественности отражены в Указании Генеральной прокуратуры РФ от 5 февраля 1998 г. № 8/40 «О порядке предания гласности материалов прокурорской и следственной деятельности работниками Генеральной прокуратуры Российской Федерации». В нем предусмотрено, что «органам прокуратуры необходимо обеспечить взвешенный подход к отбору материалов, подлежащих преданию гласности. При этом строго руководствоваться требованиями Конституции Российской Федерации, гарантирующей право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту чести и доброго имени граждан. Тщательно проверять данные, готовящиеся для освещения в прессе. Следить за тем, чтобы в них не содержались сведения, составляющие государственную или иную охраняемую законом тайну, а также информации конфиденциального характера».

При этом процедура получения каких-либо сведений в органах прокуратуры гражданами в настоящее время остается неосвещенной в законодательстве. Профессиональная деятельность прокуроров, базирующаяся на принципах централизации системы прокуратуры и независимости ее деятельности, исключает наличие прав у населения на ознакомление с материалами внутренней деятельности прокуратуры. Данная позиция отражена в документах высших судебных инстанций. Как отметил Конституционный суд в своем Постановлении от 18 февраля 2000 г. № 3-П, в соответствии с Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации» органы прокуратуры действуют гласно в той мере, в какой это не противоречит законодательству РФ об охране прав и свобод граждан (абзац третий пункта 2 статьи 4), что отражает предписания статей 23, 24, 29 и 55 (часть 3) Конституции Российской Федерации. В силу указанных норм не допускается ограничение прав и свобод в сфере получения информации, в частности, права свободно, любым законным способом искать и получать информацию, а также права знакомиться с собираемыми органами государственной власти и их должностными лицами сведениями, документами и материалами, непосредственно

18 Беркович Е.Ф. Прокурорский надзор за исполнением законов. – М., 1998. – С. 134.

19 Басков В.И. Курс прокурорского надзора: учебник. – М.: Зерцало, 1998. – С. 227.

затрагивающими права и свободы гражданина, если иное не предусмотрено федеральным законом в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Исходя из этого, на органы прокуратуры, как и на все другие органы государственной власти, распространяется требование Конституции РФ о соблюдении прав и свобод человека и гражданина, в частности, в сфере получения информации.

Таким образом, Конституция РФ не предполагает, что право каждого получать информацию, непосредственно затрагивающую его права и свободы, как и корреспондирующая этому праву обязанность органов государственной власти и их должностных лиц предоставлять гражданину соответствующие сведения, могут быть полностью исключены, напротив, при всех условиях должны соблюдаться установленные пределы ограничения данного права, обусловленные содержанием информации, что не учтено в Федеральном законе «О прокуратуре Российской Федерации».

Далее, в указанном Постановлении Конституционный суд РФ отмечает, что Федеральный закон «О прокуратуре Российской Федерации», в том числе и положения пункта 2 его статьи 5, не предусматривает какие-либо конкретные основания для ограничения, вытекающего из статьи 24 (часть 2) Конституции Российской Федерации, права гражданина на получение собираемой органами прокуратуры информации, непосредственно затрагивающей его права и свободы. Кроме того, в данном Федеральном законе не закреплены процедуры общенадзорной деятельности прокуратуры и не предусматриваются гарантии прав тех лиц, в отношении которых осуществляется возложенный на прокуратуру надзор за исполнением законов.

По буквальному смыслу пункта 2 статьи 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации», гражданин может быть полностью лишен доступа к любым затрагивающим его права и свободы сведениям, не являющимся конфиденциальными, без учета как конституционно признава емой цели такого ограничения, так и его допустимых пределов. Тем самым отрицается какая бы то ни было обязанность должностных лиц прокуратуры, которая обеспечивала бы право гражданина на ознакомление с материалами проводимых в порядке надзора прокурорских проверок (до их завершения). Отсутствие же корреспондирующей праву гражданина обязанности государственных органов не может не приводить к умалению права как такового, что согласно статье 55 (часть 2) Конституции РФ является недопустимым. Отсутствие закрепленных законом оснований, при наличии которых органы прокуратуры вправе отказать гражданину в ознакомлении с непосредственно затрагивающими его права и свободы материалами надзорных проверок, исключает и возможность проверки в судебном порядке законности самого отказа. Ввиду неопределения в Законе о прокуратуре исчерпывающего перечня оснований, позволяющих прокурору предоставлять запрашиваемую лицом информацию, а также условий, при которых не допускается передача соответствующих сведений, этот вопрос на практике решается на административное усмотрение руководителя соответствующей прокуратуры, что препятствует эффективной реализации права граждан на получение информации, непосредственно затрагивающей интересы.

Указанное законодательное ограничение права граждан на получение информации о деятельности прокуратуры не способствует сближению органов прокуратуры и населения в вопросах всеобщего соблюдения законности и фактически устраняет прокуроров от необходимости вести разъяснительную работу. При этом отдельные законодательные акты стран ближнего зарубежья, посвященные регламентации функциональных основ органов прокуратуры, несколько иначе и, на наш взгляд, более продуктивно подходят к понятию гласности в деятельности прокурорских работников. Так ст. 9 Закона Республики Беларусь от 8 мая 2007 г. № 220-З «О прокуратуре Республики Беларусь» значительно сужает круг информации, относящейся к служебным сведениям и подлежащей неразглашению. В ч. 1 указанной статьи закреплено, что прокурорский работник действует гласно и открыто в той мере, в какой это не противоречит требованиям законодательства о защите прав и законных интересов граждан и организаций, а также законодательства о защите государственных секретов и иной охраняемой законом тайны. Подобный законодательный подход обоснованно разделяет права и интересы граждан и информацию, охраняемую в рамках специализированных режимов ограниченного доступа. Кроме того, не допускаются разглашение прокурорским работником сведений, относящихся к личной жизни гражданина, унижающих его честь и достоинство или способных причинить вред его правам, законным интересам или деловой репутации, а равно разглашение сведений, относящихся к деятельности организации, индивидуального предпринимателя, могущих причинить вред их правам, законным интересам или деловой репутации, если иное не предусмотрено

законодательными актами (ч. 2). Одной из особенностей Закона Республики Беларусь о прокуратуре является демократизация информационного обеспечения граждан и защита их интересов в установленном порядке. В ч. 3 ст. 9 зафиксировано, что гражданин, в том числе индивидуальный предприниматель или организация, полагающие, что решением (действиями) прокурора ущемлены их права или законные интересы, вправе обжаловать его (их) вышестоящему прокурору и (или) в суд.

В ст. 26. Закона Республики Казахстан от 21 декабря 1995 г. № 2709 «О Прокуратуре Республики Казахстан» установлена прямая обязанность разъяснения прокурорами положений правовых актов. В ней отражено, что при наличии достаточных оснований полагать, что незнание или неправильное понимание законов может повлечь его ненадлежащее применение органом или должностным лицом, либо гражданином, прокурор разъясняет содержание закона, а в необходимых случаях предусмотренную ответственность за нарушение закона. В случаях несоответствия закону проекта правового акта прокурор разъясняет требование закона органу или должностному лицу, принимающему акт. Учитывая вышеизложенное, полагаем, что необходимо демократизировать особенности предоставления органами отечественной прокуратуры информации физическим и юридическим лицам. В этой связи представляется необходимым внести дополнения в ст. 5 ФЗ «О прокуратуре Российской Федерации», обязывающие прокурорских работников предоставлять информацию об их деятельности гражданами по их запросу, за исключением данных, составляющих государственную или иную охраняемую законом тайну, а также сведений, распространение которых может принести вред гражданам и организациям.

Далее отметим, что процесс получения необходимых данных работниками прокуратуры носит формализованный характер и закреплен в ст. 6 Закона о прокуратуре, которая устанавливает обязательность исполнения требований прокурора в установленный в запросе срок. Статистическая и иная информация, справки, документы и их копии, необходимые при осуществлении возложенных на органы прокуратуры функций, представляются по требованию прокурора безвозмездно. Таким образом, на уровне прокуратуры района (города) первоначально собираются сведения, нужные для решения общих и частных задач, а также реализации плановых и внеплановых проверочных мероприятий. Вся переходящая в распоряжение прокурорских работников информация становится служебной. Служащие указанного звена преобразуют эти сведения и облекают их в формы официальных документов, которые направляются в прокуратуру субъекта Федерации. Исходя из анализа ведомственных правовых актов, в числе специализированной документации можно выделить докладные записки, ответы на запросы, аналитические и обобщающие справки, а также статистическую отчетность, которые являются первичными источниками информации, на основании которой осуществляется принятие управленческих решений.

Следующий уровень предполагает работу с поступившими материалами, осуществляемую прокурорскими работниками соответствующих отделов (управлений) прокуратуры субъекта Федерации. Детализация ее основных направлений содержится в регламентах. Так, например, в соответствии с п. 3.2 Регламента прокуратуры Саратовской области, утвержденного приказом прокурора Саратовской области от 29 мая 2008 г. № 96, работники аппарата осуществляют сбор и накопление материалов для их дальнейшей аналитической обработки, систематически обобщают результаты прокурорской работы. По результатам обобщения и анализа итогов работы старшие помощники прокурора области разрабатывают организационно-распорядительные и информационно-методические документы по различным направлениям функциональной деятельности. В п. 3.3 Регламента отражено, что подготовленные информационные письма, обзоры, методические рекомендации подписываются прокурором области или его заместителями и с сопроводительным письмом направляются на места. При этом информационно-аналитические документы не должны содержать требований о выполнении прокурорами поручений или об обязательном предоставлении информации. Размножение и рассылка документов на места организуется подготовившими их подразделениями, один экземпляр передается для учета старшему помощнику прокурора области по правовому обеспечению. В п. 2.8 закреплено, что организационно-распорядительные документы, кроме актов, содержащих государственную или иную охраняемую законом тайну, подлежат опубликованию в информационном бюллетене прокуратуры области. Копии документов после утверждения (подписания) незамедлительно передаются старшему помощнику прокурора области по правовому обеспечению. Учет подобных документов, имеющих нормы длительного действия, ведется старшим помощником прокурора области по организационным вопросам и контролю исполнения (п. 2.9). В соответствии с п. 2.7 этого управленческого акта, регистрация и учет секретных материалов

производится отделом общего и особого делопроизводства.

Также отметим, что рассматриваемый Регламент предполагает принятие иных внутренних актов, посвященных упорядочению процесса обмена информацией между аппаратом прокуратуры области и низовыми подразделениями. Так в Указании прокурора Саратовской области от 24 июня 2008 г. № 60 «О подготовке информационно-аналитических справок о состоянии правотворческой работы» закреплен порядок подготовки соответствующих докладных записок и перечень вопросов, подлежащих отражению в них, также приведена таблица, которую необходимо заполнять прокурорам по итогам работы в этом направлении.

Отмечая ключевое значение Генеральной прокуратуры РФ в процессе обмена информацией, укажем, что на этом заключительном уровне замыкаются потоки сведений, направляемые прокуратурами субъектов Федерации и специализированными прокуратурами на правах субъекта Федерации. При ведомственном регулировании функциональной деятельности рассматриваемой нами системы учитывается информация, поступившая как из нижестоящих звеньев, так и сведения, направляемые органами исполнительной власти. Ведущее значение при принятии общих организационных решений имеют директивы Президента РФ и Федерального Собрания РФ.

Процедура принятия соответствующих документов в Генеральной прокуратуре РФ в целом схожа с аналогичной процедурой в аппаратах прокуратур субъектов Федерации, но при этом характеризуется более комплексным подходом к направленности ведомственных актов. Эти вопросы регулируются Регламентом Генеральной прокуратуры Российской Федерации, утвержденным Приказом Генеральной прокуратуры РФ от 17 апреля 2008 г. № 67. В п. 2.1 отражено, что для решения стоящих перед органами прокуратуры задач руководители Генеральной прокуратуры РФ в пределах своих полномочий издают организационно-распорядительные документы, регулирующие вопросы организации и деятельности прокуратуры в целом, по отраслям надзора, исполнения требований законов и иных нормативных актов, прохождения службы, распределения обязанностей, порядка работы, реализации мер материального и социального характера и др. Проекты организационно-распорядительных документов готовятся в главных управлениях, управлениях и отделах на основании поручений руководства Генеральной прокуратуры Российской Федерации, решений коллегии, постановлений Координационного совещания или в порядке инициативы. В последнем случае к проекту документа прилагается рапорт на имя Генерального прокурора РФ с соответствующим обоснованием. Согласно п. 2.2 Регламента подразделение, подготовившее проект организационно-распорядительного документа, согласовывает его с другими подразделениями Генеральной прокуратуры, имеющими отношение к проблеме, а при необходимости – с правовым управлением и Академией Генеральной прокуратуры Российской Федерации. В случаях, когда документом регулируются вопросы использования материально-технических ресурсов или денежных средств, проект в обязательном порядке согласовывается с Главным управлением обеспечения деятельности органов и учреждений прокуратуры Российской Федерации. Важнейшее значение для выработки оптимальных управленческих решений имеет практика коллегиального рассмотрения проблем, нуждающихся в правовой регламентации. В отмеченном пункте Регламента закреплено, что по указанию Генерального прокурора РФ проекты могут направляться для обсуждения прокурорам субъектов РФ и приравненным к ним прокурорам, выноситься на обсуждение коллегии и (или) заседания научно-консультативного совета. Таким образом, процесс передачи информации в системе органов прокуратуры характеризуется непрерывным обменом сведений, осуществляемым в двух направлениях: от нижестоящих звеньев до Генеральной прокуратуры РФ и обратно. Это позволяет обеспечить ее оптимальную управляемость и оперативность в реагировании на постоянно изменяющуюся правоприменительную практику.

Информационное обеспечение надзорного ведомства напрямую связано с информатизацией. Как отмечает Ю.А. Тихомиров, информатизацией являются специализированные технические решения в области получения, хранения, использования и защиты сведений, внедряемые компетентными специалистами в деятельность конкретного органа. Они необходимы, прежде всего, для улучшения выполнения служащими своих профессиональных обязанностей и экономии административных ресурсов.[20] При этом А.Р. Хаверин придерживается мнения, согласно которому информационное обеспечение деятельности прокуратуры в общих чертах ничем не отличается от информатизации вообще. Основные цели, задачи и функции используемых ныне во всех государственных структурах автоматизированных систем типичны, поскольку главной целью их использования является эффективное применение норм права при наличии

20 Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. – М., 2001. – С. 188.

большого массива юридической информации.[21]

В условиях постоянного реформирования правоохранительных органов, необходимости укрепления демократических начал в управлении государством и создания объективных условий для реализации прав и законных интересов человека и гражданина значение информатизации в деятельности прокуратуры несоизмеримо велико. Однако, к сожалению, приходится констатировать, что ввиду отсутствия четкой законодательной основы, позволяющей развивать в рассматриваемой нами системе высокую скорость обработки и применения информации, отечественная прокуратура на сегодняшний день оказалась в арьергарде повсеместно проводимой информатизации. Невыработанность пошаговой стратегии включения инновационных технологий в повседневную деятельность прокурорских работников отрицательно сказывается на конечном результате – максимальном обеспечении законности в стране. Отметим, что внедрение компьютеризации в деятельность органов законодательной, исполнительной и судебной власти в России было начато довольно давно. Президентская программа «Правовая информатизация органов государственной власти Российской Федерации» положила начало развитию общегосударственной деятельности по следующим направлениям: правовая информатизация правотворческой деятельности органов государственной власти Российской Федерации; правовое обеспечение процессов правовой информатизации; создание единого информационно-правового пространства органов государственной власти Российской Федерации; формирование государственной политики правовой информатизации. При этом Генеральная прокуратура РФ в ней упомянута лишь при обозначении структурной схемы первой очереди РАСИПО.

В дальнейшем Федеральная целевая программа «Электронная Россия (2002–2010 годы)»[22] в разделе II закрепила отвечающие общественным потребностям ряд глобальных целей.

Отмеченный в Программе в качестве основных этапов реализации ее направлений перевод в электронный вид процесса предоставления государственных услуг в сфере уведомительного порядка при начале осуществления предпринимательской деятельности и проведения органами государственного контроля (надзора) документарных проверок в электронном виде предусмотрел роль прокуратуры только в получении конечных данных. Так для решения проблем в данной сфере были разработаны информационные системы, обеспечивающие организацию электронного документооборота при организации и проведении документарных и выездных проверок, а также для составления ежегодных сводных планов проведения плановых проверок и обмена данной информацией с органами прокуратуры. Иных нормативных актов, посвященных участию прокурорского ведомства в информатизации государственных органов, не имеется. Однако говорить о том, что инновации в области технического совершенствования обошли межгоррайпрокуроров стороной, было бы не совсем верно. В рамках отмеченной выше Президентской программы правовой информатизации органов государственной власти РФ в 1996 г. в НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре РФ разработана Концепция создания автоматизированной системы информационного обеспечения органов прокуратуры РФ (АСИО «Прокуратура»). Цель Концепции заключается в создании за сравнительно короткий срок единой информационной системы, которая способна наиболее полно и оперативно удовлетворять информационные потребности всех уровней территориальных органов прокуратуры.

Несмотря на длительный срок разработки и внедрения предусмотренного Концепцией программного обеспечения в практическую деятельность рассматриваемых нами органов, а также на значительные материальные затраты на выполнение сопутствующих мероприятий, надлежащего результата в настоящее время не достигнуто. В этом аспекте А.П. Копылова отмечает, что отсутствие централизованного внедрения соответствующего ПО и обучения его использованию служащих прокуратуры на местах в совокупности с ненадлежащей обеспеченностью компьютерной и офисной техникой, а также расходными материалами, не только отрицательно сказалось на процессе информатизации, повсеместно провозглашенной в качестве приоритетных направлений развития современного общества, но и ущемило права и интересы прокуроров во взаимоотношениях с органами государственной власти и местного самоуправления.[23]

Объективные потребности в оптимизации внутриуправленческой и надзорной деятельности прокуратуры в совокупности с низкоэффективными практическими организационными решениями позволили обеспечить лишь минимум из

21 Хаверин А.Р. Приоритеты в работе прокурора // Борьба с преступностью в России: правовые и организационные основы. Сб. науч. тр. – М., 2005. – С. 44.

22 Постановление Правительства РФ от 28 января 2002 г. № 65 «О федеральной целевой программе «Электронная Россия (2002–2010 годы)» // СЗ РФ. – 2002. – № 5. – Ст. 531.

23 Копылова А.П. Прокурорский надзор: уч. пос. – Тамбов, 2007. – С. 77.

необходимого объема технических средств. Смонтированные электронные сети передачи данных в прокуратурах субъектов РФ базируются на морально и технически устаревшем оборудовании, не позволяющем в кратчайшие сроки передавать требуемое количество информации. До сих пор не решена на высшем уровне проблема использования лицензионного программного обеспечения и единых антивирусных средств. Остаточный принцип финансирования ремонта и необходимой замены компьютерной техники не позволяет обеспечить всех работников прокуратуры надлежащим образом оборудованным рабочим местом.[24]

Несмотря на постоянно увеличивающийся документооборот, сохранились требования к обязательности предоставления докладных записок и статистической отчетности на бумажном носителе. По мнению В.Г. Бессарабова, одним из основных путей, по которым должно проводиться реформирование информационного обеспечения органов отечественной прокуратуры, заключается в оптимизации потоков данных и придании этому процессу максимальной оперативности и согласованности, которые предполагают поэтапное внедрение новых информационных технологий.[25] М.С. Шалумов высказывается о необходимости повышения уровня гласности в работе прокуроров с помощью внедрения всеобщих правительственных программ, способствующих совершенствованию информационного взаимодействия надзорного ведомства и общества.[26] С учетом вышеизложенного, в целях решения внутриорганизационных проблем межгоррайпрокуроров, связанных с обеспечением внутренней информации, повышения обеспеченности прокурорских работников современными техническими средствами, позволяющими оперативно осуществлять обработку и использование сведений различной категории, представляется необходимым разработать и принять на уровне Правительства РФ Федеральную целевую программу «Информатизация прокуратуры России на 2012–2016 гг.».

Пристатейный библиографический список

1. Басков В.И. Курс прокурорского надзора. Учебник. – М.: Зерцало, 1998.
2. Батурин Ю., Федотов М., Энтин В. Пора ли «священной корове» на бойню, или Что таит модернизация закона о СМИ? // Законодательство и практика средств массовой информации. – 1988. – № 1–2.
3. Бачило И.Л. Информация – объект права. // ИТИ. Орг. и методика информ. работы. – 1999. – Сер. 1. - № 8.
4. Белова Т.В. Правовое регулирование защиты информации и прав на нее в гражданском обороте: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2006.
5. Беркович Е.Ф. Прокурорский надзор за исполнением законов. – М., 1998.
6. Бессарабов В.Г. Прокуратура в системе государственного контроля Российской Федерации: дис. ... докт. юрид. наук. – М., 2001.
7. Войниканис Е.А., Якушев М.В. Информация. Собственность. Интернет: Традиция и новеллы в современном праве. – М.: Волтерс Клувер, 2004.
8. Зельцер М.С. Гражданско-правовой режим информации: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2004.
9. Копылов В.А. К вопросу об информационной собственности // Науч.-техн. информ. – 1998. – Сер. 1. - № 3.
10. Копылова А.П. Прокурорский надзор: уч. пос. – Тамбов, 2007.
11. Куруиши В.Д., Минаев В.А. Компьютерные преступления и информационная безопасность. – М., 1998.
12. Лапач В.А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. – М., 2002.
13. Моргунова Е., Погуляев В., Рузакова О. Финансовая информация как объект правовой охраны // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. – 2002. – № 10.
14. Ожегов С.И. Словарь русского языка. – М., 1989.
15. Прокурорский надзор: учебник / Винокуров Ю.Е. и др. Под общ. ред. Ю.Е. Винокурова. – М.: Высшее образование, 2005.
16. Семилетов С.И. Информация как особый нематериальный объект права // Государство и право. – 2000. – № 5.
17. Ситдикова Л.Б. Информация как правовая и как гражданско-правовая категория: статус информации в гражданском праве // Гражданское право. – 2007. – № 2.
18. Стрельцов А.А. Информация как общенаучная категория // Сб. науч. тр. «Информация как объект исследования в естественных, технических и социальных науках». – М., 2001.
19. Солонин В. Организацию работы прокуратуры – на новый уровень // Реформирование правоохранительной системы. Сб. науч. трудов. – СПб., 2008.
20. Терещенко Л.К. Информация и собственность. В кн.: Защита прав создателей и пользователей программ для ЭВМ и баз данных (комментарий российского законодательства). – М., 1996.
21. Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. – М., 2001.
22. Хаверин А.Р. Приоритеты в работе прокурора // Борьба с преступностью в России: правовые и организационные основы. Сб. науч. тр. – М., 2005.
23. Чаннов С.Е. Информационное право России. – М., 2004.
24. Шалумов М.С. Проблемы функционирования российской прокуратуры в условиях формирования демократического правового государства: дис. ... докт. юрид. наук. – Екатеринбург, 2002.

24 Солонин В. Организацию работы прокуратуры – на новый уровень // Реформирование правоохранительной системы. Сб. науч. трудов. – СПб., 2008. – С. 399.

25 Бессарабов В.Г. Прокуратура в системе государственного контроля Российской Федерации: дис. ... докт. юрид. наук. – М., 2001. – С. 300.

26 Шалумов М.С. Проблемы функционирования российской прокуратуры в условиях формирования демократического правового государства: дис. ... докт.юрид. наук. – Екатеринбург, 2002. – С. 114.

Тринева Я.О.

ПОНЯТИЕ И ПЕРСПЕКТИВЫ ЛЕГАЛИЗАЦИИ ЭЙТАНАЗИИ И ОРТАНАЗИИ: МНЕНИЕ АДВОКАТА

Статья посвящена правовому регулированию лишения жизни другого человека из сострадания к нему по его просьбе. Из этого родового понятия автор выделяет отдельные виды: эвтаназию (эйтаназию), ортаназию, которые в силу своей особенной юридической природы нуждаются в индивидуальных средствах и методах уголовно-правового реагирования.

Ключевые слова: убийство, убийство из сострадания, эвтаназия, эйтаназия, ортаназия, преступления против жизни.

Trineva Y.O.

CONCEPT AND PROSPECTS OF LEGALIZATION OF EYTANAZIYA AND ORTANAZY: OPINION OF ADVOCATE

The article is devoted to law regulation of privation of life of other man on his request. From this racial definition are separated two kinds of phenomenon: euthanasia and orthanasia. From the point of special law nature, this phenomenon are needs in individual criminal-law methods regulation.

Keywords: murder, deprivation of life out of compassion, euthanasia, orthanasia.

В Конституции Украины человек, его жизнь, честь и достоинство признаются наивысшими социальными ценностями. Противоправное причинение смерти человеку является уголовно наказуемым деянием. Под противоправностью в этом случае закон понимает совершение субъектом преступления деяния, прямо запрещенного законом, например, убийства. Закон не придает значения качеству жизни такого человека, обстоятельствам обстановки совершения лишения жизни другого человека, как то его просьба о причинении ему смерти, наличие у него неизлечимого заболевания, претерпевание физических и моральных страданий и др.

Наиболее часто субъектами такого деяния становятся лечащие врачи, которые по долгу службы обязаны оказывать медицинскую помощь умирающим больным, а также родные и близкие такой категории больных, на попечении которых они находятся. Как правило, субъекты этого деяния оказываются в своеобразной стрессовой ситуации: с одной стороны – виктимное поведение больного – его систематические просьбы о лишении жизни с целью избавления от невыносимых страданий, а с другой – скованность субъекта этого деяния буквой закона и страхом перед осуждением общества.

В последнее время проблема прекращения жизни больного неизлечимой болезнью, претерпевающего неутолимые страдания, по его просьбе, совершенная в частности врачами, довольно часто поднимается в средствах массовой информации, а также становится предметом научных исследований. Однако из-за отсутствия по этому поводу единого мнения зачастую происходит подмена понятий, что в свою очередь искажает социально-правовую сущность данного явления. С учетом изложенного мы считаем целесообразным высказать некоторые суждения, направленные на упорядочение понятийного аппарата исследования правовых аспектов проблемы прекращения жизни неизлечимого больного по его просьбе – эйтаназии – и с учетом этого предложить основные положения теоретической модели правовой регламентации этой проблемы.

При определении сущности этого явления мы исходим из того, что термин «эйтаназия» (ευύανασια), (euthanasia) имеет греческое происхождение и состоит из двух частей: «ей» («ев», «еу») (ευ) – легкий, хороший, благой и «танатос» (ύανατος) – в греческой мифологии бог царства мертвых, что означает смерть. Вместе – легкая, безболезненная смерть. Транскрипция перевода на русский и украинский языки может звучать поразному. Встречаются варианты «эйтаназия», «еутаназия», «эвтаназия» – все они не изменяют сути этого понятия. Подобное разночтение произошло вследствие разной трактовки отдельных букв новогреческого алфавита и их транскрипции. Замена буквы «й» на «у» в слове – результат неправильной интерпретации звучания буквы «ипсилон», внешне похожей на английскую «v». Основательное исследование этой проблемы привело нас к выводу, что наиболее точным термином, который определяет рассматриваемое явление, является «эйтаназия».[1]

Относительно содержания эйтаназии до сих пор исследователи не пришли к единственному мнению. В зарубежных нормативно-правовых актах определение эйтаназии дается в обобщенном виде, без уточнения субъекта ее осуществления и объекта, на который направлено деяние. В известной «Декларации об эйтаназии» от 5 мая 1980 г. под эйтаназией (euthanasia) имеется в виду лишение

1 Юридическая энциклопедия: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (предс. редкол.) та ин. – К.: Укр. энцикл., 1998. – Т. 2 – С. 744.

жизни себя или другого лица безболезненным способом. В Бельгийском законе «Об эйтаназии», одобренном парламентом в 2002 году, последняя определяется как деяние, совершенное третьим лицом, которое прекращает жизнь человека по его просьбе.

Разная по степени конкретика определения эйтаназии и в зарубежных словарях. Чаще встречается ее медицинское определение. Например, в последнем издании Большой медицинской энциклопедии эйтаназия определяется как «преднамеренное ускорение наступления смерти неизлечимого больного с целью прекращения его страданий».[2] В словаре О. Рота «Клиническая терминология» «эйтаназия – это легкая смерть, облегчение умирания».[3] Большой юридический словарь определяет эйтаназию таким образом: «удовлетворение просьбы больного об ускорении его смерти какими-либо действиями или средствами, в том числе прекращением искусственных мероприятий по поддержанию жизни».[4]

Из приведенных определений можно допустить, что эйтаназию может осуществить любой субъект, в том числе родственники больного или вообще посторонние лица. Относительно состояния больного, фактически по этому определению выходит, что эйтаназию можно осуществлять касательно любого больного, который и не претерпевает страданий либо сильной физической боли, если такой больной обратится с просьбой о проведении такой процедуры. А выражение «...ускорение смерти какими-либо действиями или средствами» вообще не выдерживает критики. Следовательно, с юридической точки зрения такое определение, по нашему мнению, некорректно.

Юридическая энциклопедия предлагает следующую дефиницию эйтаназии: это «преднамеренное лишение жизни неизлечимо больного человека с целью прекращения его страданий». Это определение также не указывает на конкретное лицо, уполномоченное осуществлять процедуру эйтаназии, однако хотя бы характеризует основные субъективные признаки указанного деяния – «с целью прекращения его страданий».

Среди ученых-юристов, которые касались темы эйтаназии, в основном распространено такое определение: «эйтаназия – это безболезненное умертвление больного по его просьбе». На наш взгляд, такое определение не несет необходимой смысловой нагрузки. Более точным определением этого понятия можно считать дефиницию эйтаназии, предложенную Н.А. Ардашевой, кстати, автором проекта закона «Об эвтаназии и условиях ее проведения», который, к сожалению, пока еще остается вне поля зрения законодателей. В статье 1 этого проекта эйтаназия определяется как искусственное прерывание жизни по стойкой просьбе больного, которое осуществляется легким, безболезненным способом в случае неизлечимой болезни, приносящей страдания.[5] По сравнению с другими определениями предложенное более адекватно отображает сущность этого явления. Но в нем также имеются определенные юридические недостатки, в частности, не указан субъект осуществления эйтаназии, который должен быть одним из главных признаков ее юридически закрепленной процедуры. Также, по нашему мнению, можно было бы уточнить юридический статус субъекта, настаивающего на прекращении его жизни, а именно – информированный о своем состоянии и об обстоятельствах будущей эйтаназии больной. Кроме того, такое определение предусматривает только лишение жизни человека, который является дееспособным и в сознании. Все другие случаи, к которым можно отнести лишение жизни человека, который находится в терминальной (необратимой) стадии комы, то есть без сознания и при поддержке жизнедеятельности такого пациента с помощью искусственных средств, и новорожденных, которых в свою очередь нельзя отнести к дееспособным субъектам, а также лицам с психическими недостатками, которые в силу этого являются недееспособными, в такое определение не входят.

Н.А. Ардашева допускает определенную непоследовательность, когда в своей модели проекта закона «Об эвтаназии и условиях ее проведения» после определения эйтаназии как общего понятия вводит понятие «пассивной эвтаназии», которая применяется к новорожденным, имеющим «явные психические недостатки в совокупности с анатомическими дефектами, являющимся несовместимыми с жизнью без хирургического вмешательства». Но новорожденные по определению не входят в круг лиц, на которых может распространяться эта процедура, ведь они не могут просить о прекращении своей жизни, за них такую просьбу могут выразить только их законные представители. На наш взгляд, если автор этого проекта считает нужным предусмотреть определенный вид эйтаназии к новорожденным, следует в приведенном

2 Большая медицинская энциклопедия. – М., 1986. – Т. 27. – С. 555.

3 Рот О. Клиническая терминология. / Перев. П.М. Ольхина. – СПб., 1898. – С. 200.

4 Большой юридический словарь. / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М.: ИНФРА-М, 1999. – С. 790.

5 Ардашева Н.А. Проблемы гражданско-правового обеспечения прав личности в договоре на оказание медицинской помощи. – Тюмень: Софт-Дизайн, 1996. – С. 140.

определении после слов «...по стойкой просьбе больного...» включить слова «или его законного представителя», или вообще в текст проекта закона не включать такую группу лиц, или заменить понятие «пассивная эвтаназия» понятием «ортаназия». По мнению О.С. Капинус, под эйтаназией следует понимать «умышленное причинение смерти неизлечимо больному, которое осуществляется по его просьбе медицинским работником или другим лицом из мотива сочувствия к больному и с целью освобождения его от нестерпимых физических страданий».[6] При этом она критикует определение эйтаназии, сформулированное Н.Е. Крыловой, из-за включения в него «психических страданий больного».[7] По нашему мнению, следует согласиться с Н.Е. Крыловой относительно включения в дефиницию эйтаназии «психических страданий больного», ведь известно, что моральные (психические) страдания иногда являются более тяжелыми, чем соматические (физические).[8]

Определить понятие эйтаназии с включением в него всех известных ее видов пытался О. Грищенко. По его мнению, эйтаназия – «это умышленные действия или бездействие медицинского работника, осуществляемые в соответствии с явно и недвусмысленно выраженной просьбой информированного больного или его законного представителя с целью прекращения физических и психических страданий больного, который находится в состоянии, угрожающем его жизни, в результате которого наступает его смерть».[9] Из этого определения можем выделить активную и пассивную эйтаназию, добровольную и недобровольную. Так в зависимости от поведения медицинского работника различается пассивная и активная эйтаназия. То есть если медицинский работник совершает определенные действия, в результате которых наступает смерть пациента, – это активная эйтаназия, а если медицинский работник наоборот не совершает необходимых действий для продолжения жизни пациента, в результате чего наступает смерть пациента, это пассивная эйтаназия. В зависимости от возможности больного выразить свою волю О. Грищенко выделяет добровольную и недобровольную эйтаназию.

В это определение следовало бы включить еще одну, на первый взгляд, незначительную, но в действительности очень весомую деталь – действия врача, направленные на лишение жизни пациента, должны отвечать процедуре, которая должна быть четко определена законом. Кроме того, мы не можем согласиться с употреблением союза «и» между психическими и физическими страданиями, которые терпит больной. Выходит, если каких-то из них больной не чувствует, он не подпадает под круг субъектов, к которым может применяться эйтаназия. Следовательно, ни одно из процитированных определений эйтаназии в полной мере не отвечает нашим представлениям об этом феномене. В них не отображаются все необходимые признаки, которые бы могли охарактеризовать эйтаназию, могущую претендовать на легализацию в Украине в современных условиях, а также отличить ее от противоправных посягательств на жизнь другого человека. Мы убеждены, что с учетом общественного мнения сегодня уже наступило время для начала, по крайней мере, дискуссии относительно легализации эйтаназии.

Юридическая энциклопедия кроме активной и пассивной эйтаназии выделяет также дитаназию – поддержку врачом жизни неизлечимо больного человека и ортаназию – прекращение такой поддержки.[10] По нашему мнению, уместно выделение только последней, ведь применяя термин «ортаназия» при процедуре отключения пациента от аппарата искусственной поддержки жизнедеятельности, мы тем самым отделяем ее от эйтаназии, уточняя содержание обоих феноменов.

Зарубежные исследователи этой проблемы по-видимому не считают необходимым уточнять правовой статус субъектов осуществления эйтаназии и ортаназии. По их определению, они могут применяться к кому угодно и кем угодно. По нашему мнению, такое определение эйтаназии и ее разновидностей характеризует лишь обыденный уровень понимания этих явлений, но никак не профессиональный.

Не существует единства во взглядах в зарубежной доктрине и относительно природы ассистированного самоубийства. Многие считают необходимым причисление ассистированного самоубийства к разновидностям эйтаназии. В украинской доктрине тоже есть тенденция относить ассистированное самоубийство к разновидности эйтаназии.[11]

6 Капинус О.С. Эвтаназия как социально-правовое явление. Монография. – М.: ООО Издательский дом «Букводед», 2006. – С. 63.

7 Там же. – С. 61

8 Куц В., Тринева Я. Рецензия на монографию Капинус О.С. «Эвтаназия как социально-правовое явление. – М., 2006 // Уголовное право. – № 5. – 2007. – С. 133–137.

9 Грищенко О. Проблема государственного обеспечения права человека на применение эвтаназии. URL: http://justinian.com.ua/article.php?id=1773 (дата обращения: 07.10.12)

10 Юридическая энциклопедия: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (предс. редкол.) та ин. – К.: Укр. энцикл., 1998. – Т. 2 – С. 318–319.

11 Грищук В.К., Марисюк К.Б. Еутаназия в теории и практике зарубежных государств и в Украине // Таможенное дело. – 2002. – № 6. – С. 75–83.

По нашему мнению, самоубийство, ассистированное врачом (САВ), как подвид ассистированного самоубийства можно включать в разновидности эйтаназии только в случае ее толкования в широком значении – любой облегчающей смерти. В этом смысле ассистированное самоубийство тоже является облегчающей смертью. Но все же это разные способы прекращения жизни по просьбе. Различают эти два способа по субъектам, которые непосредственно причиняют смерть. Во время осуществления эйтаназии действия, непосредственно направленные на лишение жизни пациента, совершает врач. От пациента нужна только соответствующим образом оформленная просьба.

В свою очередь процедура осуществления ассистированного самоубийства заключается в предоставлении определенным лицом (например, врачом, если это есть самоубийство, ассистированное врачом) рекомендаций относительно способа лишения жизни или рецепта, в котором отмечаются определенные медицинские препараты и дозы их употребления для наступления смерти. В этом случае прямых действий, направленных на лишение жизни другого лица, консультант не совершает. Все зависит от лица, которое получило информацию и само принимает решение: будет или нет оно совершать определенные действия, направленные на лишение себя жизни. Следовательно, отождествлять или объединять эти понятия, разные по способу и по сути, хотя и с одним конечным результатом, по нашему мнению, нельзя. Таким образом, можно прийти к выводу, что в обществе нет единого подхода относительно деления эйтаназии на виды. По нашему мнению, разделение эйтаназии на виды должно иметь сугубо доктринальный оттенок. Практического значения оно не имеет. Для юриста как потенциального субъекта правовой квалификации даного деяния важен не способ прекращения жизни больного, а наличие или отсутствие у него просьбы об этом, а также то, как эта просьба проявилась внешне. Форма же удовлетворения такой просьбы – путем действия или бездеятельности – не суть важна.

С учетом изложенного выше мы предлагаем следующее определение эйтаназии: это лишение жизни смертельно больного пациента, претерпевающего сильные физические или моральные страдания, осуществленное по осмысленной просьбе больного врачом в строгом соответствии с установленной законом процедурой.[12] Все иные формы прекращения жизни, которые внешне напоминают эйтаназию, но не содержат признаков предложенной нами дефиниции, целесообразно вывести за пределы этого понятия и отнести к числу иных. Этим мы достигнем понятийной чистоты в осмыслении данной проблемы, так необходимой юристу. Согласно приведенной нами дефиниции эйтаназии, волеизъявление относительно прекращения жизни может выразить только носитель жизни, который таким образом распоряжается своим правом на жизнь.

К отдельному виду лишения жизни человека по просьбе мы относим ортаназию.[13] Кроме процедуры отключения пациента от аппаратов искусственной поддержки жизнедеятельности (по просьбе других лиц), мы относим сюда и лишение жизни лица по просьбе его законных представителей или суда. Обобщенным критерием этого вида лишения жизни человека по просьбе является волеизъявление не больного лица, а других лиц о прекращении его жизни. Соответственно степень правовой охраны обеспечения процедуры ортаназии должна быть выше по сравнению с эйтаназией, ведь в этом случае правом на жизнь распоряжается не носитель этого права, а другое лицо. К ортаназии мы относим лишение жизни при определенных обстоятельствах недееспособных пациентов, в том числе и новорожденных.

Из изложенного выше вытекает, что эйтаназия имеет ряд признаков, которые отличают ее от самоубийства, убийства, лишения жизни другого человека из сочувствия к нему, самоубийства, ассистированного врачом (САВ), а также от ортаназии. Отсюда можно выделить такие обязательные признаки эйтаназии: 1) причинение смерти другому человеку; 2) специфика субъекта ее осуществления (таким может быть только врач); 3) наличие неизлечимой болезни у пациента; 4) констатация сильных физических или моральных страданий пациента; 5) наличие осмысленной просьбы пациента о прекращении его жизни; 6) прекращение жизни пациента в соответствии с установленной законом процедурой.[14] К сожалению, несогласованность в применениях терминов и их значений приводит к неверным суждениям, которые в свою очередь могут иметь фатальное значение на практике. Одним из них является отождествление эйтаназии с лишением жизни другого человека из сочувствия к нему, а последнего – с убийством. То есть фактически отождествление эйтаназии с убийством. Такой

12 Тринева Я.О. Эйтаназия: некоторые аргументы в пользу ее легализации // Вестник запорожского юридического института. – Запорожье. – 2005. – № 2. – С. 140–147.

13 Ортаназия – верная смерть. Orth (грец.) – прямая, верная. Например, ортогональний, ортопедия. В случае с ортаназией имеется в виду смерть не опосредованная просьбами больного.

14 Тринева Я.О. Эйтаназия: некоторые аргументы в пользу ее легализации // Вестник запорожского юридического института. – Запорожье. – 2005. – № 2. – С. 142.

подход является поверхностным и ошибочным.

По своему объекту эйтаназия и лишение жизни другого человека из сочувствия к нему тождественны. Единственное, что следует подчеркнуть – ненадлежащее качество объекта (жизнь) больного, обусловленное неизлечимой болезнью, в первом случае подтверждено профессионально, что предусматривает меньшую вероятность погрешности, в то время как во втором случае эта погрешность является большей, что отражается в соответствующих уголовно-правовых последствиях этого деяния.

Относительно объективной стороны: эти два деяния также являются похожими. Как и лишение жизни другого человека из сочувствия к нему, так и эйтаназия может выражаться delictum comissionis per omissionis. В случае с эйтаназией деяние исполнителя – врача напрямую зависит от выраженного желания больного. Так, согласно ст. 43 Основ законодательства Украины о здравоохранении,[15] больной имеет право отказаться от лечения и таким образом выразить свое желание умереть. В таком случае непредоставление медицинской помощи врачом является законной бездеятельностью, которая может повлечь смерть пациента. Но иногда пациент наоборот просит определенными действиями ускорить его смерть, например, введением сильной дозы барбитуратов. Если в первом случае врач, согласно законодательству, должен взять у больного соответствующую расписку и тем создать себе защиту от уголовной ответственности, во втором случае отмеченные действия врача, по действующему законодательству, подпадают под состав преступления, предусмотренного статьей 115 Уголовного кодекса Украины (умышленное убийство). Субъектом волеизъявления в обоих случаях может быть лишь лично больной.

Следует отметить, что для осуществления эйтаназии просьба пациента о прекращении его жизни должна по времени предшествовать самому деянию, направленному на лишение его жизни. Кроме того, пациент должен быть дееспособным и информированным относительно своего состояния. Необходимо также, чтобы просьба была свободным волеизъявлением пациента. То есть должно исключаться любое принуждение как физическое, так и психическое. В отличие от лишения жизни другого человека из сочувствия к нему, где не предусмотрено никакой процедуры, в результате чего возникает большой риск угрозы безопасной реализации права человека на смерть – распоряжения своей жизнью, вся сущность процедуры эйтаназии направлена как раз на обеспечение безопасной реализации человеком (пациентом) своего права на распоряжение своей жизнью. Наличие такой процедуры направляет соответствующие действия в легитимное русло. Естественно, что такая процедура должна регулироваться в позитивном законе. Но несоблюдение этой процедуры, если допустить ее наличие в будущем, должно влечь за собой уголовную ответственность.

Одно из основных отличий эйтаназии от лишения жизни другого человека из сочувствия к нему – субъект совершения эйтаназии. Мы настаиваем, что эйтаназию должен проводить только специалист в области медицины. Ведь только он может установить медицинские показатели, необходимые для ее проведения: терминальность болезни, неизлечимость, имеющийся неутоляемый болевой синдром и др.

Лишение человека жизни – слишком большая ответственность для того, чтобы отдавать ее рядовому гражданину и во всех случаях исключать за это уголовную ответственность.

По субъективной стороне эйтаназия также похожа на лишение жизни другого человека из сочувствия к нему. Однако если при лишении жизни другого человека из сочувствия к нему обязательными элементами субъективной стороны состава преступления являются наличие мотива сочувствия, а также цель – лишения больного страданий путем причинения ему смерти, то при эйтаназии наличие мотива сострадания уже теряет свою значимость. Вместо него важное место занимают наличие медицинских показателей для проведения процедуры эйтаназии и правовой статус пациента или его законных представителей, юридически значимое волеизъявление, то есть в целом соблюдение самой процедуры эйтаназии. При этом врач может не иметь мотива сострадания, но если соблюдены все правила процедуры, его действия будут считаться законными.

Нельзя отождествлять лишение жизни другого человека из сочувствия к нему с ортаназией. Ведь основная разница этих деяний – в субъекте волеизъявления просьбы о прекращении жизни. Относительно отождествления ортаназии с убийством, предусмотренным статьей 115 Уголовного кодекса Украины (наподобие эйтаназии),[16] необходимо выделить два момента. В случае отключения пациента от аппаратов искусственной поддержки жизнедеятельности состав преступления, предусмотренный

15 Основы законодательства Украины про охрану здоровья: Закон Украины от 19.11.92 // Известия Верховного Совета Украины. – 1993. – № 4. – Ст. 19.

16 Тринева Я.О. Уголовно-правовые последствия эвтаназии // Уголовно-правовая охрана жизни и здоровья личности. Материалы научно-практической конференции. – Х., 2004. – С. 151–154.

статьей 115 Уголовного кодекса Украины, будет отсутствовать из-за отсутствия объекта преступления – жизни, поскольку ортаназия в этом случае осуществляется в отношении пациентов, жизненные функции которых без искусственных систем поддержки жизнедеятельности осуществляться не могут. В коре головного мозга таких пациентов уже начались необратимые процессы распада его клеток, и только благодаря медицине удается поддерживать такую «жизнь» еще длительное время. При этом нельзя говорить о социальном существовании такого «человека» – оно отсутствует.

Моментом окончания жизни в медицине и уголовном праве (здесь эти две науки пришли к консенсусу) считаются необратимые процессы в головном мозге и центральной нервной системе. Возможно, когда наука произведет что-то для возобновления этих процессов, момент окончания жизни будет другим. Следовательно, на момент проведения ортаназии пациент фактически является мертвым как в соответствии с уголовным правом, так и по медицинским показателям. К сожалению, теория уголовного права, не вдаваясь в подробности этой проблемы, расценивает действия врача по отключению такого пациента от аппаратов искусственной поддержки жизнедеятельности тоже как умышленное убийство, тогда как объект этого преступления в действительности отсутствует. Таким образом, в данном случае наблюдается подмена понятий. Законодатель, определяя признаки убийства (простого) (ч. 1 ст. 115 УК Украины) говорит о посягательстве на жизнь человека, тогда как практика включает в это понятие и фактически прекращенную жизнь.

Наказание за умышленное убийство, которое вменяют врачу, составляет от семи до пятнадцати лет лишения свободы. Возникает вполне закономерный вопрос: является ли равноценным наказание нанесенному «вреду»? По-видимому, нет, поскольку врача судят только за то, что он мертвого признал мертвым.

Возможно, наш правоприменитель определяет жизнь по К. Марксу: «жизнь есть способ существования белковых тел»,[17] независимо от качества такого существования. Если так, то это самый простой путь оправдать уголовную ответственность врача, который отключил систему поддержки жизнедеятельности.

Такой пациент не живет – его организм не выполняет никаких жизненных функций, он лишь существует как белковое тело. Процедуру лишения жизни лиц, находящихся в беспомощном состоянии (новорожденные и психически больные), при условиях, указанных в соответствующем законе (Закон «Об обеспечении права человека на достойную смерть»),[18] инициировать могут законные представители этих лиц, а при определенных обстоятельствах (отсутствие законных представителей) – суд. В случае с ребенком, который родился, например, без головного мозга, вопрос об ответственности за лишение его жизни остается открытым, по крайней мере, для науки. Если это существо можно считать человеком – это убийство, если нет – убийства не будет из-за отсутствия состава преступления (отсутствие предмета преступления). Мы со своей стороны считаем, что в такой ситуации говорить об убийстве «человека» и обсуждать его криминально-правовые последствия просто нецелесообразно, поскольку «убийства» не будет из-за отсутствия предмета этого преступления.

Относительно других случаев ортаназии с психически больными людьми или с несовершеннолетними, интересы которых должны представлять их законные представители, мы придерживаемся мысли, что квалифицировать это как преступление с соответствующими последствиями нельзя. У нас нет права лишать таких людей права на достойную смерть только через их определенное состояние, таким образом дискриминируя их. Для регуляции таких случаев необходимо разработать определенную процедуру в позитивном законе, которая бы тщательным образом защищала и предотвращала злоупотребление, отстаивая права этих людей. Интересно этот вопрос урегулирован в проекте закона «Об эвтаназии» российского движения «Радикалы». Так они предлагают детям до 14 лет, даже по их настоянию или по настоянию их законных представителей, не проводить процедуры эйтаназии. В этой ситуации, по их мнению, целесообразным будет откладывание этой процедуры до исполнения ребенку 18 лет.[19]

Что же касается квалификации САВ, то вопрос о правовой оценке этого деяния достаточно спорен. На первый взгляд, врач может казаться нам соучастником самоубийства, этой позиции придерживается и Ю.А. Конюшкина,[20] однако мы присоединяемся к позиции В.К. Грищука,[21] А.А. Пионтковского[22] и других ученых, которые отрицают соучастие в самоубийстве как таковое,

17 Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. – М.: Издательство политической литературы, 1955–1981. – 1961. – Т. 20. – С. 82.

18 Тринева Я.О. Уголовно-правовая оценка лишения жизни другого человека из жалости к нему. – К.: София-А ЛТД. – 2008. – С. 261.

19 Международный кодекс медицинской этики.

20 Конюшкина Ю.А. Об эвтаназии // Юрист. – 2002. – № 9. – С. 59–60.

21 Грищук В.К. Еутаназия: pro et contra // Бюллетень Министерства юстиции Украины. – 2003. – № 4. – С. 29–36.

22 Тринева Я.О. Уголовно-правовая оценка лишения жизни другого человека из жалости к нему. – К.: София-А ЛТД. – 2008. – С. 261.

потому что соучастие может быть лишь в конкретном преступлении, а поскольку самоубийство в соответствии с Уголовным кодексом Украины не подлежит уголовной ответственности, следовательно и соучастие в нем также не будет наказуемым. Действия врача при САВ заключаются в предоставлении консультации пациенту, а это составляет его прямую обязанность. Даже если допустить вариант передачи врачом рецепта с указанием летальной дозы препарата и с предупреждением о соответствующих последствиях конкретному пациенту, вряд ли здесь может быть состав преступления. Ведь пациент заранее проинформирован об опасных последствиях употребления этого препарата. Приведем элементарный пример – СМИ демонстрируют какую-либо передачу, где обстоятельно описывают действие препарата, способного вызывать смерть, вплоть до указания смертельных доз. Хорошим примером для этого может служить испанский художественный фильм «Море внутри», который полностью посвящен проблеме эйтаназии (точнее, ассистированному самоубийству) и является своеобразным методическим пособием по совершению ассистированного самоубийства. Основное отличие здесь в том, что в первом случае конкретный врач передает конкретному пациенту рецепт, а во втором – «реципиент» не конкретный, а скорее потенциальный – любой слушатель этой передачи или зритель киноленты. Однако жизнь лица, которое получило рецепт, вполне в его руках (в отличие от случая с осуществлением эйтаназии), от него зависит, примет оно отмеченную дозу препарата или нет. Таким образом говорить о легализации ассистированного самоубийства, по крайней мере, нецелесообразно, ведь собственно самоубийство на сегодняшний день не является криминализированным.

Следовательно, из приведенного можем выделить следующие виды лишения жизни человека по просьбе: а) самоубийство, ассистированное врачом (САВ); б) эйтаназию; в) ортаназию в) лишение жизни другого человека из сочувствия к нему. Все они представляют собой разные грани одного и того же явления – лишения жизни человека по просьбе. Разграничение их происходит по разной степени правовой охраны обеспечения права человека на распоряжение его собственной жизнью. В этом заключается правовой смысл их выделения. Отождествлять приведенные виды между собой, а тем более с убийством недопустимо.

Отождествление эйтаназии с лишением жизни другого человека из сочувствия к нему есть подмена понятий. В результате чего под эйтаназией общество понимает неконтролированное лишение жизни кем-либо и при любых обстоятельствах, которое еще к тому же предлагают легализовать. Конечно, при таком определении скорее можно наблюдать негативную реакцию общества, чем позитивную. При таком отношении искажается сама позитивная сущность эйтаназии. Во избежание такого эффекта мы настаиваем на четком отграничении регламентированной в позитивном законе эйтаназии с четко определенной процедурой ее проведения и средствами обеспечения безопасности реализации права граждан на ее проведение, от лишения жизни другого человека из сострадания к нему, которое должно признаваться противоправным, преступным деянием, хотя и со смягченной уголовной ответственностью. Поскольку лишение жизни другого человека из сострадания к нему современный законодатель приравнивает к убийству, следовательно и эйтаназию, которую ошибочно отождествляют с первым деянием, национальный законодатель тоже квалифицирует по ст. 115 Уголовного кодекса Украины. Однако такой подход нарушает один из основных принципов уголовного права, а именно принцип справедливости наказания. Сутью этого принципа является соответствие наказания, которое применяется к лицу, совершившему преступление, характеру и степени общественной опасности преступления, обстоятельствам дела и личности виновного.

Предлагая декриминализировать причинение облегчающей смерти врачом (эйтаназии и ортаназии), а также урегулирование процедуры САВ, мы осознаем наличие серьезных трудностей на этом пути. Учитывая это, мы основываемся на теории криминализации-декриминализации деяний. Согласно этой теории, объективные социальные потребности определяют содержание криминального закона не непосредственно, а проходя через сознание и волю законодателя. Потому криминальные законы могут или адекватно отображать общественную потребность, или недостаточно отвечать ей, достигать или не достигать поставленной цели законодателя.[23] Таким образом, большое значение приобретает установление соответствия каждой криминально-правовой нормы потребностям общества и констатация эффективности ее действия.[24]

Социальная обусловленность того или другого деяния в основном направлена на установление и изучение факторов, которые влияют на создание

23 Кузнецова Н.Ф., Злобин Г.А. Социальная обусловленность уголовного права и научное обеспечение нормотворчества // Сов. гос. и право. – 1976. – № 8. – С. 76.

24 Борисов В., Пащенко А. К вопросу о сущности уголовно-правовой характеристки преступлений // Уголовное право. – 2005. – № 3. – С. 12.

криминально-правовых норм и институтов, а также на их эффективность.[25]

Приведем аргументы, которые обосновывают, по нашему мнению, социальную обусловленность легализации эйтаназии и ортаназии.

Начнем с нормативно-правовых актов. Статья 2 Конвенции о защите прав и достоинства человека в связи с применением достижений биологии и медицины: Конвенция о правах человека и биомедицине от 4 апреля 1997 г. провозглашает превалирование интересов отдельного индивидуума над интересами общества и науки. Этот же тезис положен в основу отличия правового государства от неправового. Человек, его жизнь и здоровье, честь и достоинство признаются наивысшей социальной ценностью (ст. 3 Конституции Украины). Кроме того, в соответствии с украинской Конституцией, все люди свободны и равны в своем достоинстве и правах (ст. 21). Каждый имеет право на уважение его достоинства. Никто не может быть подвергнут истязанию, жестокому, нечеловеческому или такому, которое унижает его достоинство, поведению или наказанию (ст. 28). Если человек здоров физически, он сам наполняет свою жизнь составляющими, которые, по его мнению, являются необходимыми компонентами достойной жизни. Однако, очутившись в болезненном состоянии, при котором это осуществить невозможно, человек теряет возможности достойного существования. Возобновить или хотя бы облегчить положение такого человека должны общество и государство. От них в значительной мере зависит сохранение самоуважения такого человека. Как отмечают российские исследователи проблемы эйтаназии и ортаназии Ю.А. Дмитриев и О.В. Шленева, в таком случае содержание жизни человека, определения ее качества переходят из сферы личного в сферу публичного, в общественную обязанность государства.[26]

Неизлечимый больной терпит, как правило, самые сильные физические и моральные страдания, которые даже при всем многообразии достижений современной медицины полностью угомонить невозможно. Чаще всего такой человек или его близкие по его просьбе выражают желание добровольно прервать такую жизнь с целью прекращения страданий, но закон под страхом уголовного наказания запрещает совершать это. Выходит, общество осознанно обрекает такого человека на жестокое, нечеловеческое поведение, которое унижает ее человеческое достоинство. Не противоречит ли это упомянутым конституционным нормам?

Отметим, что конституционный перечень прав и свобод человека и гражданина неполный. Это дает нам право включить право на проведение эйтаназии и ортаназии, конечно, в строго ограниченных случаях и с соблюдением установленной процедуры, к неперечисленным в Конституции правам и свободам. Эвентуально возможность осуществления эйтаназии и ортаназии вытекает из ст.ст. 1, 3, 21, 22, 28 Конституции Украины, которая является основой для разработки и принятия в будущем национального законодательства о праве на достойное окончание жизни.

Международный кодекс медицинской этики 1949 г. говорит о недопущении влияния собственной выгоды врача на профессиональное решение, которое должно приниматься исключительно в интересах больного. Таким образом, если больной непосредственно заинтересован в проведении относительно него эйтаназии, а Закон не позволяет врачу реализовать это право – имеем нарушение конституционных по духу прав и свобод человека, что вряд ли присуще государству, которое претендует называться правовым, потому что в этом случае происходит подчинение интересов человека интересам государства, а не наоборот. В этом случае общество, оправдывая свое нежелание совершенствоваться, прячется за разные догмы, которые уже давно себя исчерпали. Осуществление в установленном порядке эйтаназии и ортаназии должно стать обязанностью и в то же время правом врача. Легализация эйтаназии и ортаназии подчеркнет, что в таком государстве поддерживается приоритет интересов человека над государственными интересами. Декриминализация исследуемых явлений автоматически будет означать их легализацию. Однако последняя предполагает наличие регулирующего законодательства в этой сфере. Основу такого законодательства, по нашему мнению, должен составить Закон Украины «Об обеспечении права человека на достойную смерть».[27] Основные концептуальные положения возможного проекта такого закона, который должен объединить условия проведения эйтаназии, ортаназии и САВ, следующие.

Открывать данный нормативно-правовой акт должен тезаурус, разъясняющий значение основных терминов, которые в нем применяются. Дальше следует определить статус пациента, относительно которого возможно использование эйтаназии и САВ. По нашему мнению, факт гражданства Украины не является обязательным, ведь такой подход

25 Орехов В.В. О социологических исследованиях в уголовном праве // Вестник ЛГУ. – 1991. – № 6. – С. 67.

26 Дмитриев Ю.А., Шленьова Е.В. Право человека в Российской Федерации на осуществление эвтаназии // Право и медицина. – 2000. – № 11. – С. 53.

27 Тринева Я.О. Уголовно-правовая оценка лишения жизни другого человека из жалости к нему. – К.: София-А ЛТД. – 2008. – С. 261.

ограничивает права пациента. Главное – пациент должен быть дееспособным и проинформированным. Решение, которое принимается пациентом, должно быть «осмысленным», что включает осведомленность пациента о своем здоровье. Эту информацию обязан предоставить его лечащий врач в доступной форме. Пациент должен быть не просто дееспособным, но и ознакомленным с положениями данного закона. В дальнейшем должно четко определяться понятие «неизлечимой болезни», а после этого – детально описываться процедура осуществления эйтаназии.

Принимая во внимание необходимость внесения соответствующих изменений в действующее законодательство Украины, следует отметить, какие еще нормативно-правовые акты, кроме данного закона, регламентируют реализацию права человека на достойную смерть (Основы законодательства Украины о здравоохранении, Гражданский кодекс, Уголовный кодекс и т.д.). Также необходимо отметить приоритет международных нормативных актов перед этим законом. Отдельным разделом должна регламентироваться процедура ортаназии. Она может применяться к недееспособным пациентам (младенцам с патологией, несовместимой с жизнью, и другим недееспособным пациентам (дебилам)) по просьбе их законных представителей, а при их отсутствии – по решению суда. В этих случаях заявление о прекращении их жизни составляют законные представители этих лиц. Относительно младенца, который родился с патологией, несовместимой с последующей жизнью, факт наличия такой патологии должен подтверждаться консилиумом врачей. В случае с недееспособными пациентами факт претерпевания такими пациентами страданий как психических, так и моральных должен также подтверждаться консилиумом врачей. Дела относительно этих категорий пациентов должны особенно контролироваться Национальной комиссией (далее – Комиссия), а также прокуратурой.

На национальном уровне для обеспечения соблюдения процедуры эйтаназии формируется соответствующая Комиссия, которая состоит из специалистов в отрасли медицины, юриспруденции и представителей организаций, которые заботятся о правах неизлечимо больных. Эта Комиссия избирается на определенный срок со следующим переизбранием. В законе должны быть предусмотрены права и обязанности этого контролирующего органа. Материальное обеспечение Комиссии возлагается в равных долях на Министерство юстиции Украины и на Министерство здравоохранения Украины. В законе уместна декларация о том, что нарушение врачом законодательства о праве человека на достойную смерть влечет уголовную ответственность. Сама же ответственность должна быть предусмотрена Уголовным кодексом. В качестве приложений к закону должны утверждаться: форма 1 – «Согласие на прерывание моей жизни» и форма 2 – «Заранее составленное заявление об эйтаназии».

Следует отметить, что внесение соответствующих изменений в общенациональное законодательство Украины повлечет за собой, кроме упомянутых изменений в Гражданский кодекс Украины и Основы законодательства Украины о здравоохранении, изменения в учебные планы медицинских учебных заведений, например, введение дисциплины «Биоэтика», основной задачей которой будет обучение будущих медицинских работников культуре смерти, ухода за умирающими больными, акцентирования на моральных и психологических аспектах таких пациентов. В гражданском законодательстве появится вопрос о разработке соответствующих соглашений, как то «Последняя воля» (Living Will), в которой лицо указывает на желание применить к нему эйтаназию в будущем, в случае если оно само не сможет об этом заявить, и другие. Во исполнение декларативной нормы об ответственности за нарушение порядка осуществления эйтаназии либо ортаназии предлагаем включить в раздел II Особенной части Уголовного кодекса Украины статью 143-1 «Нарушение установленного законом порядка проведения эйтаназии или ортаназии».[28]

Пристатейный библиографический список

1. Ардашева Н.А. Проблемы гражданско-правового обеспечения прав личности в договоре на оказание медицинской помощи. – Тюмень: Софт-Дизайн, 1996.
2. Борисов В., Пащенко А. К вопросу о сущности уголовно-правовой характеристки преступлений // Уголовное право. – 2005. – № 3.
3. Большая медицинская энциклопедия. – М., 1986. – Т. 27.
4. Большой юридический словарь. / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М.: ИНФРА-М, 1999.
5. Грищук В.К., Марисюк К.Б. Еутаназия в теории и практике зарубежных государств и в Украине // Таможенное дело. – 2002. – № 6.
6. Грищук В.К. Еутаназия: pro et contra // Бюллетень Министерства юстиции Украины. – 2003. – № 4.
7. Дмитриев Ю.А., Шленьова Е.В. Право человека в Российской Федерации на осуществление эвтаназии // Право и медицина. – 2000. – № 11.

28 Тринева Я.О. Уголовно-правовая оценка лишения жизни другого человека из сострадания к нему: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – К., 2010. – С. 19.

8. Капинус О.С. Эвтаназия как социально-правовое явление. Монография. – М.: ООО Издательский дом «Букковед», 2006.

9. Кузнецова Н.Ф., Злобин Г.А. Социальная обусловленность уголовного права и научное обепечение нормотворчества // Сов. гос. и право. - 1976. – № 8.

10. Куц В., Тринева Я. Рецензия на монографию Капинус О.С. «Эвтаназия как социально-правовое явление. – М., 2006. // Уголовное право. – № 5. – 2007.

11. Конюшкина Ю.А. Об эвтаназии // Юрист. – 2002. – № 9.

12. Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. – М.: Издательство политической литературы, 1955–1981. – 1961. - Т. 20.

13. Орехов В.В. О социологических исследованиях в уголовном праве // Вестник ЛГУ. - 1991. – № 6.

14. Пионтковский А.А. Учение о преступлении. – М.: Госюриздат, 1961.

15. Рот О. Клиническая терминология. / Перев. П.М. Ольхина. – СПб., 1898.

16. Тринева Я.О. Эйтаназия: некоторые аргументы в пользу ее легализации // Вестник запорожского юридического института. – Запорожье. – 2005. - № 2.

17. Тринева Я.О. Уголовно-правовые последствия эвтаназии // Уголовно-правовая охрана жизни и здоровья личности. Материалы научно-практической конференции. – Х., 2004.

18. Тринева Я.О. Уголовно-правовая оценка лишения жизни другого человека из жалости к нему. – К.: София-А ЛТД, 2008.

19. Тринева Я.О. Уголовно-правовая оценка лишения жизни другого человека из сострадания к нему: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – К., 2010.

20. Юридическая энциклопедия: в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (предс. редкол.) та ин. – К.: Укр. энцикл., 1998.

III МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ «АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ»

УВАЖАЕМЫЕ КОЛЛЕГИ!

Приглашаем Вас принять участие в III Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения», которая будет проводиться 8 февраля 2013 года, в г. Уфа, в заочном формате.

Работа конференции будет организована по следующим основным секциям:

– Государственно-правовая секция;

– Международно-правовая секция;

– Гражданско-правовая секция;

– Уголовно-правовая секция.

Три статьи из каждой секции, отобранные на конкурсной основе оргкомитетом конференции, будут бесплатно опубликованы в международном научно-практическом журнале «Евразийская адвокатура» в течение 2013 года. Обзоры работ участников конференции также будут опубликованы на страницах журнала.

Организационный взнос за участие в конференции составляет 850 рублей, расходуемых на подготовку, издание и рассылку сборника.

Для участия в конференции необходимо до 8 февраля 2013 года (включительно) представить заявку и текст доклада в виде файлов, приложенных к электронному письму.

По результатам конференции будет издан сборник материалов, который будет разослан авторам посредством почтовой рассылки в апреле 2013 года, а также размещен в свободном доступе в сети Интернет.

Материалы следует направлять по электронной почте:

eurazniipp.konferentsia2013@yandex.ru

Подробную информацию о конференции Вы можете узнать на веб-сайте Евразийского научно-исследовательского института проблем права: ***www.eurasniipp.ru***

Перевалов Д.В.

СТРУКТУРА И СОДЕРЖАНИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА ЛИЦ, ОКАЗЫВАЮЩИХ КОНФИДЕНЦИАЛЬНОЕ СОДЕЙСТВИЕ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНЫМ ОРГАНАМ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

В статье рассматривается проблема определения структуры и содержания правового статуса лиц, оказывающих конфиденциальное содействие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. В качестве одного из решений данной проблемы на основе действующих правовых норм, регламентирующих осуществление оперативно-розыскной деятельности, а также подходов, сложившихся в юридической науке и теории оперативно-розыскной деятельности, предлагается структура правового статуса лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, раскрывается содержание их прав и обязанностей и определяются особенности их юридической ответственности за неисполнение предусмотренных законом обязанностей.

Ключевые слова: оперативно-розыскная деятельность, оперативно-розыскные органы, конфиденциальное содействие, лица, оказывающие конфиденциальное содействие, правовой статус.

Perevalov D.V.

STRUCTURE AND MEANING OF LEGAL STATUS OF PERSONS RENDERING CONFIDENTIAL ASSISTANCE TO CRIMINAL INVESTIGATION BODIES BY THE LEGISLATION OF REPUBLIC OF BELARUS

The article touches upon the problem of defining structure and meaning of legal status of persons rendering confidential assistance to Criminal Investigation Bodies. Based on the current rules of law regulating confidential assistance, theoretical and legal conceptions and approaches used in the theory of criminal investigation activity and in the science of law, it is presented the structure of legal status of persons rendering confidential assistance to Criminal Investigation Bodies; meaning of their rights and duties is shown, and peculiarities of their legal liability for non-performance the statutory duties are defined.

Keywords: criminal investigation activity, criminal investigation bodies, confidential assistance, persons rendering confidential assistance, legal status.

Конфиденциальное содействие занимает особое место среди государственно-правовых средств обеспечения национальной безопасности и играет существенную роль при решении задач оперативно-розыскной деятельности (далее – ОРД). Исследователи отмечают, что агентурный метод с древнейших времен был ядром ОРД, разведывательной и контрразведывательной деятельности.[1] Как справедливо констатируется, это обусловлено тем, что в ситуациях, когда речь идет о заранее продуманной и планируемой преступной деятельности, тщательной маскировке криминальной активности конкретных лиц, сокрытии следов преступлений, активном противодействии правоохранительным органам, едва ли не единственным путем получения ценной разведывательной информации и решения иных задач ОРД является привлечение к участию в подготовке и проведению оперативно-розыскных мероприятий отдельных лиц, не являющихся штатными сотрудниками соответствующих государственных органов.[2]

Центральное место в сфере конфиденциального содействия, используемого оперативно-розыскными органами, занимают лица, оказывающие им негласную помощь. В соответствии с действующими законодательными актами такие лица обладают соответствующим правовым статусом.

В настоящее время единого подхода к структуре правового статуса личности в юридической науке не выработано. Различные ученые структуру статуса определяют по-разному и в зависимости от своей позиции включают в нее: правовые нормы, устанавливающие статус, правосубъектность, основные права и обязанности, законные интересы, гражданство, юридическую ответственность, правовые принципы, правоотношения общего (статусного) типа права и обязанности;[3] юридические права, обязанности и законные интересы;[4] права, обязанности и юридическую ответственность.[5]

1 Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник. / Вагин О.А. [и др.]; под ред. К.К. Горяинова [и др.]. – М.: НОРМА, 2006. – С. 15.

2 Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности». / И.И. Басецкий [и др.]. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2001. – С. 121.

3 Матузов Н.И. Правовая система и личность. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1987. – С. 59; Общая теория права: курс лекций. / В.К. Бабаев [и др.]; под общ. ред. В.К. Бабаева; М-во внутр. дел. Рос. Федерации, Нижегородская высш. школа. – Н. Новгород, 1993. – С. 231.

4 Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. – М.: Наука, 1979. – С. 31; Малько А.В. Законные интересы как правовая категория. / А.В. Малько, В.В. Субочев. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. – С. 128.

5 Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник (для юрид. вузов). – 4-е изд., стер. – М.: Омега-Л, 2007 – С. 585; Вишневский, В.А. Общая теория государства и права: учебник. / А.Ф. Вишневский,

Вместе с тем видно, что основными элементами правового статуса личности, его ядром будут являться права, обязанности и юридическая ответственность. Такая позиция представляется обоснованной, так как указанные элементы охватывают в целом все существенные стороны правового положения личности.

Выделяют следующие виды правового статуса личности:[6] общий статус – это статус лица как гражданина государства, закрепленный в Конституции, который реализуется в рамках правоотношений, возникающих между личностью и государством; специальный статус – это совокупность прав и обязанностей определенных категорий граждан, конкретизирующих и дополняющих общие права и обязанности с учетом социального, служебного и иного положения личности, т.е. обеспечивающих возможность выполнения их специальных функций; индивидуальный статус лица – выражает конкретное положение отдельного лица (пол, возраст, семейное, социальное положение, должность и т.д.) и представляет собой совокупность персонифицированных прав и обязанностей личности.

Указанные статусы соотносятся между собой как общее, особенное и частное. Фактически одно и то же лицо может иметь одновременно несколько различных специальных правовых статусов в зависимости от выполняемых им социальных ролей.

Исходя из этого, можно сделать вывод, что конфиденциально содействующие лица будут обладать специальным правовым статусом, который обеспечивает выполнение ими специальных функций по оказанию негласной помощи оперативно-розыскным органам в решении задач ОРД. Основными элементами структуры такого статуса будут являться права и обязанности, а также юридическая ответственность. Матузов Н.И. по поводу специальных правовых статусов отмечает, что их совершенствование – одна из задач юридической науки.[7]

Лица, привлекаемые оперативно-розыскными органами к конфиденциальному содействию, приобретают специальный правовой статус с момента достижения соответствующей договоренности или заключения контракта о негласном сотрудничестве. Утрата статуса негласными помощниками может быть обусловлена различными обстоятельствами: окончанием срока действия договоренности или контракта, досрочным расторжением договоренности или контракта, смертью содействующего лица и т.п.

Общетеоретические и прикладные проблемы правового статуса лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, исследовались в специальной литературе.[8] Вместе с тем практически всеми исследователями рассмотрению подвергались в основном вопросы, связанные с правовой и социальной защитой лиц, оказывающих конфиденциальное содействие, а также с особенностями правового статуса таких лиц, которые сотрудничают с органами, осуществляющими ОРД, по контракту. При этом структура, объем и содержание прав и обязанностей, установленных действующими законодательными актами, проблемные вопросы юридической ответственности не раскрываются. В связи с этим рассмотрение данной проблематики представляется актуальным.

Права и обязанности лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, в целом определены в п. 5 ч. 1 ст. 9, ч. 2 ст. 17, ч. 1 ст. 18 и ч. 4 ст. 20 Закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности»[9] (далее – Закон об ОРД) (п. 4 ч. 1 ст. 15, ч. 2 ст. 12, ч. 1 ст. 17, ст. 18 Федерального закона Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности»[10] (далее – ФЗ об ОРД)). Кроме того, у лица, оказывающего конфиденциальное содействие органам, осуществляющим ОРД, помимо общих прав и обязанностей, закрепленных в указанном законе, могут возникать и специальные, так называемые исключительные права и обязанности, которые предусматриваются, например, в контракте.

В соответствии с определенными выше правовыми нормами лица, оказывающие конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам,

Н.А. Горбаток, В.А. Кучинский; под общ. ред. проф. В.А. Кучинского. – М.: Изд-во деловой и учеб. лит-ры, 2004. – С. 212; Кучинский, В.А. Личность, свобода, право. / В.А. Кучинский. – М.: Юрид. лит., 1978. – С. 115.

6 Витрук Н.В. Указ. соч. – С. 186–191; Общая теория права: курс лекций. / В.К. Бабаев [и др.]; под общ. ред. В.К. Бабаева; М-во внутр. дел. Рос. Федерации, Нижегородская высш. школа. – Н. Новгород, 1993. – С. 229–230; Вишневский В.А. Указ. соч. – С. 213–214.

7 Матузов Н.И. Лекция 9. Право и личность. / Н.И. Матузов // Общая теория права: курс лекций. / В.К. Бабаев [и др.]; под общ. ред. В.К. Бабаева; М-во внутр. дел. Рос. Федерации, Нижегородская высш. школа. – Н. Новгород, 1993. – С. 231.

8 Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов. / А.Ю. Шумилов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2007. – С. 111–112; Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник. / Ю.С. Блинов [и др.]; под ред. К.К. Горяинова [и др.]. – М.: ИНФРА-М, 2006. – С. 257–280; Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности». / И.И. Басецкий [и др.]. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2001. – С. 125–128; Михайлов В.И. Таможенные преступления: уголовно-правовой анализ и общие вопросы оперативно-розыскной деятельности. / В.И. Михайлов, А.В. Федоров; под ред. А.В. Федорова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 1999. – С. 199–205.

9 Об оперативно-розыскной деятельности: Закон Респ. Беларусь, 9 июля 1999 г., № 289-З // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 1999. – № 57. – 2/64.

10 Об оперативно-розыскной деятельности: федер. закон Рос. Федерации, 12 авг. 1995 г., № 144-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. – 1995. – № 33. – Ст. 3349.

имеют следующие статутные права: заключать контракт с уполномоченными государственными органами о конфиденциальном содействии; сохранять конфиденциальность содействия; использовать в целях конспирации по решению оперативно-розыскных органов документы, легендирующие личность; получать защиту государства в процессе оказания содействия; получать вознаграждение; получать компенсацию за вред, причиненный их личности либо имуществу в связи с оказанием содействия.

Для лиц, давших согласие оказывать конфиденциальное содействие органам, осуществляющим ОРД, законодатель установил и ряд статутных обязанностей: не предоставлять заведомо ложную информацию; сохранять в тайне сведения, которые стали им известны при подготовке или проведении оперативно-розыскных мероприятий (далее – ОРМ).

Давая юридическую характеристику правам и обязанностям негласных помощников, необходимо отметить, что объем прав таких лиц расширен за счет включения в него отдельных мер государственной защиты. В частности, право конфиденциально содействующего лица на использование в целях конспирации по решению этих органов документы, легендирующие личность и право сохранять конфиденциальность содействия необходимо относить к мерам правовой защиты данной категории лиц. Право на получение компенсации за вред, причиненный их личности либо имуществу в связи с оказанием содействия, будет являться одной из мер социальной защиты.

В связи с этим представляется целесообразным исключить из перечня статутных прав негласных помощников, составляющих их специальный правовой статус, указанные и некоторые другие положения. При этом указанный перечень целесообразно дополнить правом на применение в отношении них и их близких мер государственной защиты в порядке, определенных действующим законодательством. Одновременно перечень обязанностей целесообразно дополнить положением о необходимости соблюдения конфиденциально содействующими лицами условий контракта или договоренности о содействии, заключенных с оперативно-розыскными органами.

Таким образом, структура статутных прав и обязанностей лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, получит свое завершение и должна представлять следующую систему:

1) права конфиденциально содействующих лиц: заключать контракт с оперативно-розыскным органом о конфиденциальном содействии; получать от сотрудников оперативно-розыскных органов государственную защиту в отношении себя и своих близких в порядке, определенном действующим законодательством;

2) обязанности конфиденциально содействующих лиц: соблюдать условия заключенных с оперативно-розыскным органом контракта или договоренности о сотрудничестве; не допускать умышленного представления заведомо ложной информации; сохранять в тайне сведения, которые стали им известны при подготовке или проведении ОРМ.

Рассматривая права негласных помощников, необходимо раскрыть их юридическое содержание. Основываясь на сложившихся в юридической науке подходах,[11] статутное право лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, целесообразно рассматривать, как предусмотренную действующими законодательными актами их возможность осуществлять определенные действия в процессе оказания негласной помощи органам, осуществляющим ОРД, при решении оперативно-розыскных задач.

Одним из прав лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, является право на заключение контракта. Контрактная форма конфиденциального содействия предполагает обязательное заключение специального соглашения (договора) о негласном сотрудничестве, в котором определяются права и обязанности оперативно-розыскного органа и негласного помощника, оговариваются условия оказания помощи. Контракт о конфиденциальном содействии может быть определен как письменное соглашение между органом, осуществляющим ОРД, и дееспособным совершеннолетним физическим лицом, заключенное в соответствии с действующим законодательством на основании их волеизъявления по поводу оказания таким лицом негласной помощи в решении оперативно-розыскных задач и предусматривающее взаимные обязательства и ответственность сторон.

Предметом контракта в данном случае является оказание отдельным лицом негласной помощи в предоставлении оперативно-розыскному органу информации, имеющей значение для решения задач ОРД. Кроме того, в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 9, ч. 6 ст. 11 и ч. 1 ст. 18 Закона об ОРД (ч. 5 ст. 6, п. 3 ч. 1 ст. 15, ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД), контракт может заключаться и по поводу оказания помощи в проведении ОРМ либо в обеспечении эффективности ОРД: в предоставлении помещения, транспорта,

11 Явич, Л.С. Общая теория права. – Л., 1976. – С. 186; Пустобаева, Л.А. О понятии субъективного права // Правоведение. – 1984. – № 3. – С. 48.

использовании специальных знаний или оказания иной услуги. Правовое значение такого контракта состоит в том, что его заключение является одним из юридических фактов, влекущим возникновение правового отношения между государственным органом и лицом. Другие исследователи также обращают внимание на это обстоятельство и указывают, что заключение контракта порождает определенные правовые последствия, главными из которых являются права и обязанности сторон.[12]

Конфиденциальное содействие по контракту предполагает длительный характер негласного сотрудничества и формально-юридическое закрепление конкретных условий, на которых оказывается негласная помощь оперативно-розыскным органам. Как правило, это связано с регулярной выплатой денежных средств негласному помощнику. В свою очередь это обусловлено востребованностью (интенсивность, объем, оперативная значимость и специфика предоставляемой информации) или характером (предоставление значимой информации, оказание помощи в проведении ОРМ либо обеспечение транспортным средством, помещением для организации конфиденциального содействия) оказываемого содействия. Кроме того, чем важнее и значимее предоставляемая информация, тем более рискованными становятся действия негласного помощника, направленные на ее получение. Это предполагает закрепление конкретных мер государственной защиты, которые могут быть применены в отношении лица, оказывающего конфиденциальное содействие, для снижения уровня риска, а также в случае причинения ущерба его правам.

Дискуссионным остается вопрос о правовой природе контракта о конфиденциальном содействии. Рассматривая данную проблему, Шумилов А.Ю. определяет, что оперативно-розыскной контракт является частным случаем как административного, так и гражданско-правового договора.[13] Кваша Ю.Ф. считает, что контракт об оказании содействия является по своему характеру трудовым соглашением.[14] Такой же позиции придерживаются и некоторые другие исследователи.[15] Малыгин С.С. высказывает мнение, что органы, осуществляющие ОРД, вступают с отдельными гражданами в специфические гражданско-правовые и трудовые отношения.[16] Однако рассмотренные точки зрения представляются недостаточно аргументированными. Вагин О.А., в частности, отмечает, что контракт в ОРД по своей сути не идентичен трудовому соглашению, а конфидент, соответственно, рассматривается как субъект не трудовых, а оперативно-розыскных отношений. Имеются отличия в содержании трудового договора и контракта о сотрудничестве.[17]

В данном случае можно констатировать, что отношения, в которые вступают оперативно-розыскной орган и отдельное лицо, по своей сущности трудовыми не являются в силу следующих обстоятельств.

Во-первых, трудовое законодательство регулирует трудовые отношения и трудовой договор как условие возникновения таких правоотношений. Отношения же между органом, осуществляющим ОРД, и содействующим лицом, как показывает анализ правовой сущности трудовых отношений, таковыми не являются. Это прямо вытекает из положений ст. 4 Трудового кодекса Республики Беларусь, где четко определяются те отношения, которые регулируются указанным законодательным актом[18] (ст. 15 Трудового кодекса Российской Федерации[19]). Отношения негласного сотрудничества в рамках соответствующего контракта Трудовым кодексом Республики Беларусь не регулируются.

Во-вторых, трудовое законодательство регламентирует трудовые отношения, которые основываются на наемном труде, осуществляемом в общественной кооперации, то есть в рамках трудового коллектива, организации. Как указывается исследователями, сама сущность трудовых отношений определяет обязанность работника выполнять распоряжение работодателя как собственника средств производства.[20] В сфере конфиденциального содействия отношения между оперативно-розыскным органом и конфиденциально содействующим ему лицом носят характер сотрудничества, а не наемного труда.

В-третьих, трудовой контракт на сегодняшний день признается основной формой реализации

12 Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности». / И.И. Басецкий [и др.]. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2001. – С. 38.

13 Оперативно-розыскная деятельность: учебник. / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова и [и др.]. – М.: ИНФРА-М, 2002. – С. 248.

14 Горяинов К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: комментарий. / К.К. Горяинов, Ю.Ф. Кваша, К.В. Сурков; под ред. П.Г. Пономарева. – М.: Новый Юрист, 1997. – С. 505.

15 Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности». / И.И. Басецкий [и др.]. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2001. – С. 123.

16 Основы оперативно-розыскной деятельности: учеб. пособие. / С.И. Давыдов [и др.]; под ред. А.Е. Чечетина; М-во внутр. дел Рос. Федерации; Барнаульск. юрид. институт. – Барнаул, 2003. – С. 70.

17 Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». / О.А. Вагин [и др.]. – М.: Норма, 2006. – С. 311–312.

18 Трудовой кодекс Республики Беларусь, 26 июля 1999 г., № 296-З // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 1999. – № 80. – 2/70.

19 Трудовой кодекс Российской Федерации, 30 декабря 2001 г., № 197-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1 (ч. 1). – Ст. 3.

20 Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный). / Головина С.Ю.

права граждан на труд. Целью заключения лицом такого контракта является получение определенных благ в ходе реализации физических и умственных способностей. Цель же заключения контракта между оперативно-розыскным органом и содействующим лицом – оказание негласной помощи в реализации одной из функций государственного органа – обеспечение национальной безопасности в сфере борьбы с преступностью.

В-четвертых, предметом трудового контракта является живой труд, процесс труда, трудовая функция, которая в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 19 Трудового кодекса Республики Беларусь (ст. 15 Трудового кодекса Российской Федерации) представляет собой работу по одной или нескольким профессиям, специальностям, должностям с указанием квалификации в соответствии со штатным расписанием нанимателя, функциональными обязанностями, должностной инструкцией. Предметом же контракта о конфиденциальном содействии, как вытекает из его названия и сущности (собственно и определяющего предмет), является оказание негласной помощи в решении оперативно-розыскных задач.

В-пятых, различно также и назначение трудового контракта и контракта о конфиденциальном содействии. Так трудовой контракт является основной формой привлечения, распределения и рационального использования трудовых ресурсов. Назначением же контракта о конфиденциальном содействии является создание условий для успешной реализации органами, осуществляющими ОРД, возложенных на них задач, которые в силу определенных обстоятельств не могут быть решены штатными сотрудниками.

Не является контракт о конфиденциальном содействии и гражданско-правовым договором. Исходя из положений ст. 390 Гражданского кодекса Республики Беларусь[21] (ст. 420 Гражданского кодекса Российской Федерации[22]), договором в гражданском праве признается соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. В сфере конфиденциального содействия указанные права и обязанности не возникают. Д.А. Колбасин, рассматривая гражданско-правовой договор, отмечает, что он представляет собой правовую форму экономического оборота в любом обществе, в котором существует право собственности и товарное производство.[23] Предмет гражданско-правового договора также может быть связан с реализацией способности человека к труду, однако эта связь имеет не прямой, а косвенный, опосредованный характер. В частности, заказчика по договору подряда интересуют не вид, качество и количество труда, затрачиваемого подрядчиком, а то, что является следствием затраченного труда. Фактически в гражданско-правовом договоре его участники реализуют свои частные индивидуальные интересы. Между тем в контракте о конфиденциальном содействии реализуются государственные публичные интересы. Оперативно-розыскные органы в данном случае действуют в публичных общегосударственных интересах, не извлекая выгоду собственно для себя.

В этой связи представляются справедливыми мнения А.В. Федорова и А.В. Шахматова, которые полагают, что отношения, вытекающие из заключения контрактов (договоров) между государственным органом, осуществляющим ОРД, и лицом, привлекаемым к содействию в ее проведении, не являются трудовыми, а носят административный характер. Соответственно, разрешение вопросов, касающихся выполнения условий контрактов, возможно лишь по правилам производства по делам, вытекающим из административных отношений.[24] Как констатирует А.В. Шахматов, рассматривая данную проблему, контракт о содействии лица органам, осуществляющим ОРД, в его нынешнем определении и регламентации оперативно-розыскным законодательством имеет смешанную юридическую природу, его нельзя рассматривать как трудовой договор, не являются такие отношения и гражданско-правовыми, он носит административно-управленческий характер.[25]

Как представляется, контракт о конфиденциальном содействии, заключаемый оперативно-розыскными органами с отдельными лицами в процессе осуществления ОРД, на современном этапе исследования проблемы имеет сложную правовую природу и может быть отнесен к административным договорам. К административным договорам относят контракты с агентами спецслужб и ученые-административисты.[26] С таким мнением

21 Гражданский кодекс Республики Беларусь, 7 декабря 1998 г., № 218-З // Ведомости Нац. Собрания Респ. Беларусь. – 1999. – № 7–9. – Ст. 101.

22 Гражданский кодекс Российской Федерации, 30 ноября 1994 г., № 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

23 Колбасин Д.А. Гражданское право. Общая часть: учеб. пособие. / Д.А. Колбасин. – Минск: ФУАинформ, 2009. – С. 508.

24 Федоров А.В. Правовое регулирование содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. / А.В. Федоров, А.В. Шахматов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – С. 194.

25 Шахматов А.В. Агентурная работа в оперативно-розыскной деятельности (теоретико-правовое исследование российского опыта): Автореф. дис. докт. юрид. наук. – СПб., 2005. – С. 11.

26 Бахрах Д.Н. Административное право России: учебник для вузов. / Д.Н. Бахрах. – М.: НОРМА – ИНФРА-М, 2000. – С. 341.

соглашаются и исследователи в сфере частного права.[27] При этом такой контракт будет относиться к договорам смешанного типа, в котором условия административно-управленческого характера регулируются во взаимосвязи с трудовыми и имущественными. Это обусловлено тем, что в настоящее время отсутствует самостоятельная отрасль права, которая бы регулировала отношения в сфере конфиденциального содействия, поэтому на современном этапе исследования данной проблемы сложно конкретно определить видовую принадлежность контракта о конфиденциальном содействии. Следовательно, содержание контракта должно отвечать требованиям административного и оперативно-розыскного законодательства, механизм же реализации отдельных положений такого контракта находится за его пределами и частично регламентируется нормами трудового и гражданского права, а также права социального обеспечения.

Анализ действующих правовых норм и существующих подходов[28] позволяет констатировать, что контракту о конфиденциальном содействии присущи все основные признаки административного договора:

– субъектом такого контракта всегда является оперативно-розыскной орган, реализующий исполнительную власть и наделенный соответствующими властными полномочиями, в лице компетентных должностных лиц – руководителей органов или их заместителей. Контракт о конфиденциальном содействии заключается для реализации ими своих полномочий в соответствующей сфере государственного управления;

– второй стороной контракта о конфиденциальном содействии является лицо, давшее согласие оказывать негласную помощь оперативно-розыскному органу в решении оперативно-розыскных задач;

– стороны контракта берут на себя своеобразные обязательства: предоставление определенной информации, сохранение конфиденциальности содействия в тайне, выплата вознаграждений и др. Специфика таких обязательств обусловлена правовым статусом сторон соглашения. Как представляется, именно то обстоятельство, что подобные обязательства (в силу их необычности) не могут быть предусмотрены никакими другими известными соглашениями, и привело к необходимости поисков новой формы их правового регулирования;

– целью заключения контракта о конфиденциальном содействии является достижение публичных, общественно значимых результатов – обеспечение национальной безопасности в сфере борьбы с преступностью;

– контракт о конфиденциальном содействии содержит так называемые исключительные полномочия органа, осуществляющего ОРД, подразумевающие их действия в публичных интересах;

– контроль за выполнением обязательств другими участниками – содействующими лицами;

– возможность давать им дополнительные указания по исполнению условий контракта;

– возможность прекратить договор в одностороннем порядке по собственной инициативе в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) содействующими лицами взятых на себя обязательств.

Процедура заключения и реализации контракта о конфиденциальном содействии регламентируется ведомственными нормативными правовыми актами оперативно-розыскных органов, которые носят закрытый характер. Письменная форма заключения контракта является гарантией исполнения взаимных обязательств сторон.

Право негласных помощников на получение от оперативно-розыскных органов государственной защиты в отношении себя и своих близких в порядке, определенном действующим законодательством, охватывает весь комплекс мер такой защиты, предусмотренных для указанной категории лиц: а) меры правовой защиты (поощрение, соблюдение мер конспирации при оказании содействия, исключение уголовной ответственности содействующих лиц или освобождение их от такой ответственности и т.д.); б) меры безопасности (в связи с неурегулированностью данной сферы представляется целесообразным распространить на них положения правовых норм, регламентирующих применение таких мер в отношении сотрудников оперативно-розыскных органов: личная охрана, охрана жилища и имущества и т.д.); в) меры социальной защиты (компенсация вреда, причиненного личности либо имуществу негласного помощника, в связи с оказанием им конфиденциального содействия, назначение пенсии по инвалидности в случае получения телесных повреждений лицом при оказании содействия и т.д.).

Как уже отмечалось выше, для лиц, согласившихся оказывать конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, законодатель

27 Кашанина Т.В. Частное право: учебник. – М.: Эксмо, 2009. – С. 465.

28 Бахрах Д.Н. Административное право России: учебник для вузов. – М.: НОРМА – ИНФРА-М, 2000. – С. 342–346; Коренев, А.П. Административные договоры: понятие и виды // Журнал российского права. – 1998. – № 7. – С. 85–87; Демин А.В. Нормативный договор как источник административного права // Государство и право. – 1998. – № 2. – С. 18; Стахов А.И. Понятие и отличительные признаки административно-правового договора об обеспечении безопасности // Административное право и процесс. – 2007. – № 1. – С. 24–27.

кроме прав установил и ряд обязанностей. Основываясь на сложившихся в юридической науке подходах,[29] можно определить, что статутную обязанность негласных помощников целесообразно рассматривать, как установленную действующими актами законодательства меру их необходимого и обязательного специфического поведения, осуществляемого в процессе оказания негласной помощи оперативно-розыскным органам при решении задач ОРД.

Обязанность лица, оказывающего конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, – соблюдать условия заключенных с такими органами контракта или договоренности о сотрудничестве направлена на обеспечение неукоснительного выполнения им условий, предусмотренных контрактом, либо тех договоренностей, которые были достигнуты с ним в ходе привлечения к такому содействию. Контракт о конфиденциальном содействии содержит ряд общих и специальных условий, исполнение которых обязательно для сторон с момента вступления в силу контракта. Предусмотренные контрактом условия должны соблюдаться негласным помощником в безусловном порядке.

В случае оказания негласным помощником конфиденциального содействия в бесконтрактной форме на основании определенной договоренности (как правило, устной) лицо, оказывающее такое содействие, должно соблюдать все предварительно оговоренные условия и предусмотренные действующими законодательными актами обязанности. Такие условия достаточно часто совпадают с условиями контракта.

Одной из обязанностей негласных помощников предусмотрено также требование не предоставлять органам, осуществляющим ОРД, заведомо ложную информацию.

К такой информации следует относить сведения, известные конфиденциально содействующему лицу, как несоответствующие действительности. Указанная обязанность предусматривает необходимость обеспечения конфиденциально содействующим лицом оперативного сотрудника только достоверной и объективной информацией. Это обусловлено тем, что деятельность по решению задач ОРД не может строиться на основе сведений, не соответствующих действительности. Эффективность такой деятельности будет достаточно низкой. Кроме того, это связано с необходимостью не допустить оговора кого-либо в совершении преступления, а также исключить возможность использования конкретным лицом конфиденциального содействия в своих личных целях.

Вместе с тем здесь необходимо учитывать, что негласные помощники предоставляют, как правило, только ту информацию, которую они сами непосредственно воспринимают. Нельзя исключить тот факт, что их могут целенаправленно вводить в заблуждение, либо они могут ошибаться в действительных обстоятельствах происходящих событий в силу объективных (например, плохая видимость, специфическая терминология, отсутствие доступа к документам и т.п.) или субъективных (например, незнание иностранного языка, физические дефекты зрения, слуха и т.д.) причин. Поэтому лица, оказывающие конфиденциальное содействие, исполняя рассматриваемую обязанность, должны сообщать оперативным сотрудникам сведения обо всех непосредственно ставших известными им обстоятельствах, которые могут быть использованы при решении оперативно-розыскных задач.

Действующие акты законодательства обязывают также лицо, оказывающее конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, сохранять в тайне сведения, которые стали им известны при подготовке или проведении ОРМ.

Данная обязанность обусловлена сущностью конфиденциального содействия. Характер складывающихся в ходе такого содействия отношений предполагает в большинстве случаев получение информации у ее собственника негласным путем. Это позволяет строить эффективную систему мер противодействия преступной деятельности. Кроме того, в процессе реализации негласного сотрудничества лицам, оказывающим конфиденциальное содействие, становятся известными некоторые сведения об элементах организации и тактики проведения некоторых ОРМ, об отдельных результатах ОРД. Аналогичная ситуация складывается и в отношении некоторых других сведений, разглашение которых также может повлечь негативные последствия. В частности, к таким сведениям может относиться информация о нарушении лицом, представляющим интерес для оперативно-розыскных органов, нравственных норм, о принадлежности его к сексуальным меньшинствам либо о заболевании его какой-либо болезнью и т.п. В связи с изложенными обстоятельствами законодатель и ограничивает конфиденциально содействующее лицо в совершении действий по распространению определенной информации с целью недопущения ущерба правам граждан, безопасности общества и государства.

29 Матузов Н.И. Исследование проблемы юридических обязанностей граждан СССР // Сов. государство и право. – 1980. – № 12. – С. 34; Явич Л.С. Общая теория права. – Л., 1976. – С. 186.

Рассматривая проблемы ответственности лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, необходимо отметить, что эффективное исполнение негласными помощниками своих юридических обязанностей во многом зависит как от добросовестного отношения их к порученному делу, так и от полноты правовой регламентации ответственности за их неисполнение. В современных условиях разработка данной проблематики представляется актуальной, так как в ОРД нередко возникает необходимость в правовой оценке действий негласных помощников в тех или иных ситуациях, требуется принимать решения по результатам оказания содействия. При этом следует учитывать, что к юридической ответственности указанные лица при оказании конфиденциального содействия могут быть привлечены только за нарушение обязанностей, установленных актами действующего законодательства, которые рассматривались выше.

В данном случае возможность применения мер юридической ответственности является одним из средств защиты всей совокупности конфиденциально содействующих лиц от тех граждан, которые используют негласное сотрудничество в корыстных и иных личных целях или пытаются проникнуть в данную группу, преследуя интересы криминалитета. Установление мер ответственности к лицам, оказывающим конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, за нарушение возложенных на них юридических обязанностей позволит сформировать законченную конструкцию их правового статуса. Кроме того возможность реализации мер юридической ответственности позволяет оперативным сотрудникам контролировать обстановку в ходе использования конфиденциального содействия отдельных лиц, своевременно пресекать умышленное нарушение ими своих юридических обязанностей, обеспечивать действенную защиту прав других лиц, безопасность общества и государства.

Существующая нормативная основа конфиденциального содействия не в должной мере обеспечивает эффективное исполнение конфиденциально содействующими лицами своих юридических обязанностей. В частности, законодательными актами не предусмотрен действенный механизм, процедура и порядок привлечения лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам и виновных в нарушении взятых на себя юридических обязанностей, к ответственности, который бы обеспечивал надлежащее исполнение негласными помощниками соответствующих правовых предписаний.

Нарушение лицом, оказывающим конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, предусмотренных законодательными актами обязанностей является по своей сущности правонарушением (фактическим основанием ответственности) и должно влечь за собой применение соответствующих мер. Поэтому такое лицо будет являться субъектом юридической ответственности. Однако специфика возникающих между органом, осуществляющим ОРД, и конкретным лицом правоотношений в процессе использования негласного сотрудничества затрудняет определение вида ответственности таких лиц за нарушение соответствующих обязанностей. При этом отсутствуют нормы права, которые должны применяться за ненадлежащее неисполнение негласным помощником своей юридической обязанности (юридическое основание ответственности). В связи с этим вызывает затруднение определение вида ответственности таких лиц, условий ее применения и особенностей реализации составляющих ее мер.

Анализ обязанностей негласных помощников, установленных в ч. 1 ст. 18 Закона об ОРД (ч. 1 ст. 17 ФЗ об ОРД), показывает, что умышленные действия по невыполнению отдельных из них могут рассматриваться в ряде случаев как преступные деяния. Вместе с тем, как уже отмечалось, действующими актами законодательства не предусмотрен эффективный правовой механизм, процедура и порядок применения ответственности, который бы обеспечивал надлежащее исполнение негласными помощниками установленных для них обязанностей. Поэтому для определения и применения оперативно-розыскными органами соответствующих мер ответственности к лицам, оказывающим им конфиденциальное содействие, в конкретных оперативно-розыскных ситуациях целесообразно оперировать нормами Уголовного кодекса Республики Беларусь[30] (далее – УК) (Уголовного кодекса Российской Федерации[31] (далее – УК РФ)), Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях[32] (далее – КоАП) (Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях[33] (далее – КоАП РФ)), а также закона об ОРД (ФЗ об ОРД). Как представляется, ответственность за несоблюдение условий заключенной

30 Уголовный кодекс Республики Беларусь, 9 июля 1999 г., № 275-З // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 1999. – № 76. – 2/50.

31 Уголовный кодекс Российской Федерации, 13 июня 1996 г., № 63-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 1996. – № 25. – Ст. 2954.

32 Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях, 21 апреля 2003 г., № 194-З // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2003. – № 63. – 2/946.

33 Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях, 30 декабря 2001 г., № 195-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 1 (ч. 1). – Ст. 1.

с оперативно-розыскным органом договоренности или контракта должна быть предусмотрена при обсуждении условий договоренности либо в самом контракте. В качестве мер ответственности, например, возможно установление определенных вычетов из денежных средств, предусмотренных в качестве выплат негласному помощнику за оказание содействия. Если условия контракта не выполняются регулярно, то контракт может быть расторгнут досрочно. Такой порядок может быть предусмотрен и при устной договоренности о конфиденциальном содействии.

За умышленное предоставление ложной информации лица, оказывающие конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, при определенных условиях могут быть привлечены к уголовной ответственности за клевету (ст. 9.2 КоАП, ст. 188 УК), за инсценировку получения взятки, незаконного вознаграждения или коммерческого подкупа (ст. 396 УК (провокацию взятки или коммерческого подкупа – ст. 304 УК РФ)), за заведомо ложный донос (ст. 400 УК (ст. 306 УК РФ)), за недонесение о преступлении (ст. 406 УК) или за укрывательство преступлений (ст. 405 УК (ст. 316 УК РФ)). Исследователи также отмечают, что лица, оказывающие конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, при определенных условиях могут привлекаться к уголовной ответственности за заведомо ложный донос,[34] а также за провокацию взятки либо коммерческого подкупа[35] или за укрывательство преступлений.[36]

Рассматривая особенности ответственности лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, за разглашение сведений, ставших им известными в процессе оказания негласной помощи, необходимо отметить, что предметом правонарушения при ее неисполнении всегда будут являться сведения, составляющие государственные секреты (государственную тайну). Это обусловлено тем, что таким лицам становится известна определенная информация об организации, тактике, результатах ОРД и некоторая другая информация, которая и относится к категории государственных секретов (государственной тайне) (ч. 1 ст. 17 Закона об ОРД (ч. 1 ст. 12 ФЗ об ОРД)). Ответственность за умышленное или по неосторожности разглашение сведений, составляющих государственные секреты, предусмотрена в ст.ст. 373, 374, 375 УК (за умышленное разглашение государственной тайны – ст. 283 УК РФ), а также в ст. 22.15 КоАП (за разглашение информации с ограниченным доступом – ст. 13.14 КоАП РФ).

Рассматривая механизм реализации юридической ответственности, необходимо отметить, что действующими законодательными актами не определен последующий порядок дальнейшей передачи сведений о личности негласного помощника (которая составляет государственную тайну) заинтересованным органам и должностным лицам. В частности, не установлены процедурные требования по разрешению споров по контрактным обязательствам, а также по возбуждению уголовного дела в отношении такой категории лиц, не урегулирован процесс собирания и оценки доказательств, не обозначены основные начала рассмотрения дела в суде. Фактически не регламентируется ни порядок судебного разбирательства такого рода дел, ни порядок ведения секретного делопроизводства при этом. Положениями ч. 2 ст. 23 и ч. 3 ст. 287 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь[37] (далее – УПК) предусмотрена лишь возможность разбирательства уголовного дела в закрытом судебном заседании и возложение обязанности о неразглашении государственных секретов на лиц, участвующих в таком заседании (аналогичным образом данные вопросы регламентируются и Уголовно-процессуальным кодексом Российской Федерации (ч. 2 ст. 241, ч. 24 ст. 328)[38]). Однако такой подход фактически не решает проблему сохранения госсекретов в уголовном процессе.

В определенной степени регламентируются вопросы разбирательства дел, связанных с госсекретами, при рассмотрении их хозяйственными судами.[39] Однако указанным судам не подсудны дела, связанные с нарушением лицами, оказывающими конфиденциальное содействие, своих правовых обязанностей. Вместе с тем установленная там процессуальная процедура может быть использована при рассмотрении таких дел в судах общей юрисдикции.

34 Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов. / А.Ю. Шумилов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2007. – С. 120; Федоров А.В. Правовое регулирование содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. / А.В. Федоров, А.В. Шахматов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005. – С. 177–178; Оперативно-розыскная деятельность: учебник. / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова и [и др.]. – М.: ИНФРА-М, 2002. – С. 244–245.

35 Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов. / А.Ю. Шумилов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2007. – С. 120.

36 Оперативно-розыскная деятельность: учебник. / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова и [и др.]. – М.: ИНФРА-М, 2002. – С. 245.

37 Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь, 16 июля 1999 г., № 295-З // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2000. – № 77–78. – 2/71.

38 Уголовный кодекс Российской Федерации, 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 52 (ч. 1). – Ст. 4921.

39 О порядке рассмотрения хозяйственными судами дел, связанных с государственными секретами: Постановление Пленума Высшего хозяйственного суда Республики Беларусь от 2 декабря 2005 г., № 28 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 9. – 6/467.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что лица, оказывающие конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, обладают специальным правовым статусом, который обеспечивает выполнение ими специальных функций по оказанию помощи этим органам в решении задач ОРД. На современном этапе исследования проблемы правового регулирования конфиденциального содействия в качестве элементов специального правового статуса указанной категории лиц целесообразно рассматривать: а) права; б) обязанности; в) ответственность.

В целях оптимизации правового статуса лиц, оказывающих конфиденциальное содействие оперативно-розыскным органам, целесообразно внести изменения и дополнения в Закон об ОРД. Кроме того, представляется целесообразным в указанном законе, а также в УПК предусмотреть положения, которые бы позволяли проводить разбирательство в суде уголовных дел подобного характера. Одновременно является необходимым установить порядок разрешения споров, связанных с невыполнением одной из сторон условий контракта о конфиденциальном содействии.

Пристатейный библиографический список

1. Бахрах Д.Н. Административное право России: учебник для вузов. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА-М, 2000.
2. Венгеров А.Б. Теория государства и права: учебник (для юрид. вузов). – 4-е изд., стер. – М.: Омега-Л, 2007.
3. Витрук Н.В. Основы теории правового положения личности в социалистическом обществе. – М.: Наука, 1979.
4. Вишневский А.Ф. Общая теория государства и права: учебник. / А.Ф. Вишневский, Н.А. Горбаток, В.А. Кучинский; под общ. ред. В.А. Кучинского. – М.: Изд-во деловой и учеб. лит-ры, 2004.
5. Горяинов К.К. Федеральный закон «Об оперативно-розыскной деятельности»: комментарий. / К.К. Горяинов, Ю.Ф. Кваша, К.В. Сурков; под ред. П.Г. Пономарева. – М.: Новый Юрист, 1997.
6. Демин А.В. Нормативный договор как источник административного права // Государство и право, 1998. – № 2.
7. Кашанина Т.В. Частное право: учебник. – М.: Эксмо, 2009.
8. Колбасин Д.А. Гражданское право. Общая часть: учеб. пособие. – Минск: ФУАинформ, 2009.
9. Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации (постатейный). / Головина С.Ю. и [др.]; отв. ред. А.М. Куренной, С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов. – М.: Юрист, 2005.
10. Комментарий к Федеральному закону «Об оперативно-розыскной деятельности». / О.А. Вагин [и др.]. – М.: Норма, 2006.
11. Коренев А.П. Административные договоры: понятие и виды // Журнал российского права. – 1998. – № 7.
12. Кучинский В.А. Личность, свобода, право. – М.: Юрид. лит., 1978.
13. Малько А.В. Законные интересы как правовая категория. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2004.
14. Матузов Н.И. Исследование проблемы юридических обязанностей граждан СССР // Сов. государство и право. – 1980. – № 12.
15. Матузов Н.И. Правовая система и личность. – Саратов: Изд-во Сарат. ун-та, 1987.
16. Михайлов В.И. Таможенные преступления: уголовно-правовой анализ и общие вопросы оперативно-розыскной деятельности. / В.И. Михайлов, А.В. Федоров; под ред. А.В. Федорова. – СПб.: Юридический центр Пресс, 1999.
17. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности». / И.И. Басецкий [и др.]. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2001.
18. Общая теория права: курс лекций. / В.К. Бабаев [и др.]; под общ. ред. В.К. Бабаева; М-во внутр. дел. Рос. Федерации, Нижегородская высш. школа. – Н. Новгород, 1993.
19. Оперативно-розыскная деятельность: учебник. / О.А. Вагин [и др.]; под ред. К.К. Горяинова и [и др.]. – М.: ИНФРА-М, 2002.
20. Основы оперативно-розыскной деятельности: учеб. пособие. / С.И. Давыдов [и др.]; под ред. А.Е. Чечетина; М-во внутр. дел Рос. Федерации; Барнаульск. юрид. институт. – Барнаул, 2003.
21. Пустобаева Л.А. О понятии субъективного права // Правоведение. – 1984. – № 3.
22. Стахов А.И. Понятие и отличительные признаки административно-правового договора об обеспечении безопасности // Административное право и процесс. – 2007. – № 1.
23. Теория оперативно-розыскной деятельности: учебник. / Вагин О.А. [и др.]; под ред. К.К. Горяинова [и др.]. – М.: Изд-во НОРМА, 2006.
24. Федоров А.В. Правовое регулирование содействия граждан органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность. / А.В. Федоров, А.В. Шахматов. – СПб.: Юридический центр Пресс, 2005.
25. Шахматов А.В. Агентурная работа в оперативно-розыскной деятельности (теоретико-правовое исследование российского опыта): Автореф. дис. докт. юрид. наук. – СПб., 2005.
26. Шумилов А.Ю. Курс основ оперативно-розыскной деятельности: учебник для вузов. / А.Ю. Шумилов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Изд-ль Шумилова И.И., 2007.
27. Явич Л.С. Общая теория права. – Л., 1976.

Груздев В.В.

УСТАНОВИТЕЛЬНЫЕ И ПРЕОБРАЗОВАТЕЛЬНЫЕ ОХРАНИТЕЛЬНЫЕ ПРАВОМОЧИЯ В СОСТАВЕ СУБЪЕКТИВНОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Оспаривание или нарушение субъективного гражданского права может привести к возникновению в его составе различных охранительных правомочий. В их числе – установительные и преобразовательные правомочия. Автором исследуются основные проблемы реализации указанных правомочий, критически осмысливаются предложения по совершенствованию гражданского законодательства в данной области.

Ключевые слова: субъективное гражданское право, гражданско-правовая защита, охранительные правомочия, установительное правомочие, преобразовательное правомочие.

Gruzdev V.V.

CONSTATING AND CONVERTING GUARDING COMPETENCES AS A PART OF SUBJECTIVE CIVIL LAW

Contest or violation of subjective civil law can lead to emergence in its structure of various guarding competences. Among them – constating and converting competences. The author investigates the main problems of realization of the specified competences, offers on improvement of the civil legislation in the field are critically comprehended.

Keywords: subjective civil law; civil law protection; guarding competences; constating competence; converting competence.

Установительное правомочие – это предоставленная обладателю оспоренного субъективного гражданского права возможность принудительного осуществления данного права путем судебного подтверждения (констатации) наличия или отсутствия спорного правоотношения как абсолютного (вещного, исключительного), так и относительного (обязательственного). Для возникновения и реализации данного правомочия требуются определенные условия.

Во-первых, должна сложиться ситуация угрозы нарушения (оспаривания) субъективного гражданского права, поскольку установительное правомочие находится исключительно в сфере гражданско-правовой защиты. Данное правомочие возникает именно в составе оспоренного, но не нарушенного права. Для восстановления нарушенного права предназначено исполнительное притязание, которое, однако, на практике вполне может осуществляться в два этапа: сначала посредством предъявления иска о признании (установительного иска), а затем – иска о присуждении (исполнительного иска).

Указанные обстоятельства, к сожалению, не учитываются в проекте Федерального закона «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее – проект).[1]

Как следует из п. 1 ст. 232 ГК РФ в редакции проекта, требование о признании вещного права допустимо предъявлять исключительно для защиты оспариваемого вещного права.

Столь узкая трактовка иска о признании (установительного иска) входит в очевидное противоречие с положениями ст. 45 Конституции Российской Федерации и диспозитивными началами гражданско-процессуального (арбитражно-процессуального) права, а поэтому изначально обречена на неудачу. Что касается возможности обхода иском о признании вещного права как процессуальным инструментом ограничений в защите нарушенного вещного права, то ее на практике следует исключать толкованием материального права по принципу: иск о признании вещного права, которое нарушено, подлежит отклонению при отсутствии оснований для защиты данного права.

Например, собственник имущества, находящегося в чужом незаконном владении, может потребовать судебного признания своего права собственности, сохраняя при этом право на предъявление в последующем иска об истребовании имущества из чужого незаконного владения. Очевидно, установительный иск подлежит удовлетворению только при наличии оснований для удовлетворения иска исполнительного, т.е. в целом для защиты права. Так как право собственности нарушено незаконным завладением имуществом, иск о признании этого права подлежит отклонению, если отсутствуют основания для удовлетворения иска об истребовании имущества из чужого незаконного владения, в том числе по причине пропуска исковой давности, о применении которой заявлено ответчиком. Отказ же в признании права собственности только по мотиву избрания истцом не виндикационного способа защиты является незаконным, т.к. в силу диспозитивности частного права и гражданского

1 СПС «Консультант Плюс».

(арбитражного) судопроизводства потерпевший вправе по своему усмотрению осуществлять принадлежащее ему охранительное притязание.

Вызывают вопросы и иные нормы ст. 232 ГК РФ в редакции проекта.

Согласно п. 2 данной статьи, ответчиком по иску о признании вещного права является лицо, чьи права могут быть затронуты этим вещным правом истца. Если ответчика по иску о признании вещного права определить невозможно, иск может быть предъявлен без указания ответчика. В этом случае суд предпринимает меры, направленные на определение возможных ответчиков.

Между тем посредством предъявления иска осуществляется гражданско-правовая защита, основаниями которой выступают нарушение или оспаривание конкретным лицом субъективного гражданского права (охраняемого законом интереса). Эти основания выступают фактами повода к иску, при отсутствии которых он не может быть удовлетворен. Как видно, принятие предлагаемых новелл требует кардинального пересмотра основных начал искового производства, а поэтому нереально, по крайней мере, без параллельного существенного изменения процессуального законодательства.

В ГК РФ как в нормативном акте материально-правового характера следует упоминать только об обоснованном иске (так называемом иске в материально-правовом смысле), направленном на защиту действительного права истца. Следовательно, если лицо наделяется правом на предъявление иска о признании вещного права, другое лицо аналогичным правом, которое может быть затронуто этим вещным правом истца, не обладает (наличие у другого лица производного (не аналогичного) права само по себе не является свидетельством оспаривания данным лицом основного (вещного) права).

Что касается случаев формального завладения имуществом (например, когда вследствие недостоверной записи в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее – реестр) собственником или иным титульным владельцем указывается лицо, на самом деле таковым не являющееся), то надлежащим способом защиты здесь выступает негаторное требование.[2]

Во-вторых, установительное правомочие возникает либо в составе права, которое потребовало судебного подтверждения своего существования, либо в составе права (в том числе права на уважение охраняемого законом интереса), защищаемого судебной констатацией отсутствия правоотношения, исполнение которого затронет права и законные интересы истца. В первом случае установительное правомочие осуществляется посредством положительного иска о признании, а во втором – отрицательного (негативного) иска о признании.[3] Сказанное лишний раз доказывает разноплановость правомочия как идеального явления и иска как материального действия.

В-третьих, реализация установительного требования предполагает вынесение судом решения по существу юридического конфликта. Если стороны самостоятельно устранят возникшую правовую неопределенность посредством достижения в ходе судопроизводства мирового соглашения, установительное правомочие прекратится, не реализовавшись, что повлечет за собой невозможность подтверждения судом наличия или отсутствия права. Однако стороны лишены возможности решить вопрос о недействительности сделки, ибо недействительность – это всегда санкция за допущенное публичное правонарушение, которая не может быть введена или отменена произволом участников гражданского оборота. Соответствующее мировое соглашение не может быть утверждено судом как противоречащее закону.[4] А вот согласие ответчика с установительным требованием означает признание иска.

Среди установительных притязаний отдельный интерес представляют требования о признании права собственности на недвижимое имущество и о признании договора незаключенным.

Согласно абз. 2 и 3 п. 36 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, право собственности на движимое имущество доказывается с помощью любых предусмотренных процессуальным законодательством доказательств, подтверждающих возникновение этого права у истца. Доказательством права собственности на недвижимое имущество является выписка из реестра. При отсутствии государственной регистрации право собственности доказывается с помощью любых предусмотренных процессуальным законодательством доказательств, подтверждающих возникновение этого права у истца.

2 См, напр.: абз. 3 п. 57 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 29 апреля 2010 г. № 10/22 ««О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (далее – постановление Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22).

3 Гражданский процесс: учебник / под ред. проф. М.К. Треушникова. – М., 1998. – С. 143.

4 Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 26 февраля 2008 г. по делу № А40-30959/07 и определение Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 30 мая 2008 г. № 6599/08 по тому же делу.

Вместе с тем, как следует из п. 59 данного постановления, если иное не предусмотрено законом, иск о признании права подлежит удовлетворению в случае представления истцом доказательств возникновения у него соответствующего права. Иски о признании права, заявленные лицами, права и сделки которых в отношении спорного имущества никогда не были зарегистрированы, могут быть удовлетворены в тех случаях, когда права на спорное имущество возникли до вступления в силу Закона о регистрации[5] и не регистрировались в соответствии с п. 1 и 2 ст. 6 названного Закона, либо возникли независимо от их регистрации в соответствии с п. 2 ст. 8 ГК РФ.

Как видно, в отличие от права собственности на движимое имущество право собственности на недвижимость по общему правилу не может возникнуть без внесения в реестр соответствующей записи. Однако уже произведенная государственная регистрация в силу абз. 2 п. 1 Закона о регистрации становится единственным доказательством существования зарегистрированного права, что исключает не только необходимость, но и возможность судебного признания такого права. Напротив, лицо, считающее себя собственником находящегося в его владении недвижимого имущества, право на которое зарегистрировано за другим лицом, вправе обратиться в суд с иском о признании права собственности (п. 58 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22, абз. 2 п. 1 Закона о регистрации).

Решение суда о признании подлежащего государственной регистрации права собственности устраняет неопределенность в вопросе о принадлежности недвижимого имущества, возникшую между сторонами спорного правоотношения. Для существования же установленного решением суда субъктивного права вовне, перед оборотом, требуется учинение реестровой записи в порядке, предусмотренном ст. 28 Закона о регистрации.

Согласно п. 3 ст. 6 Закона о регистрации, право собственности на недвижимое имущество, приобретаемое в силу приобретательной давности, подлежит государственной регистрации после установления факта приобретательной давности в предусмотренном законом порядке. В частности, когда прежний собственник недвижимого имущества не был и не должен был быть известен давностному владельцу, он вправе обратиться в суд с заявлением об установлении факта добросовестного, открытого и непрерывного владения имуществом как своим собственным в течение срока приобретательной давности (абз. 3 п. 19 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22). В этом случае, как следует из ст. 268 ГПК РФ, ч. 3 ст. 222 АПК РФ и абз. 6 п. 1 ст. 17 Закона о регистрации, основанием для государственной регистрации возникновения права собственности на недвижимость является вступившее в законную силу решение суда по делу об установлении факта, имеющего юридическое значение.

Иначе решается вопрос при наличии прежнего собственника приобретенного давностным владельцем недвижимого имущества, в том числе вещи, бесхозяйной по причине отказа собственника от права собственности на нее (так называемой дереликции, которая в силу абз. 2 ст. 236 ГК РФ не влечет прекращения прав и обязанностей собственника в отношении соответствующего имущества до приобретения права собственности на него другим лицом). Заявление давностного владельца о приобретении права собственности одновременно означает оспаривание прежнего права собственности, т.е. неизбежно связано со спором о праве, вследствие чего такое заявление должно облекаться в форму положительного иска о признании, предъявляемого к утратившему право собственности лицу. На это обоснованно указывается в абз. 1 и 2 п. 19 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22.

Следовательно, судебным решением признается приобретенное в силу давности владения право собственности на недвижимость, которое, однако, для своего существования должно быть непременно записано в реестре.[6] С другой стороны, регистрация такого права, к моменту которой приурочено его возникновение, без судебного решения невозможна. Стало быть, решение суда является здесь основанием для регистрации права, но отнюдь не правообразующим фактом (элементом юридического состава).

В практике оборота недвижимости нередки ситуации неоднократного отчуждения лицом одного и того же имущества, для разрешения которых также потребовалась выработка высшими судебными инстанциями специальных разъяснений.

В абз. 6 и 7 п. 61 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 указывается на последствия двух разновидностей: 1) Если продавец заключил несколько договоров купли-продажи в отношении одного и того же недвижимого

5 Имеется в виду Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», далее – Закон о регистрации.

6 Установление в особом производстве факта добросовестного, открытого и непрерывного владения имуществом как своим собственным в течение срока приобретательной давности создает в конечном счете такой же эффект, т.к. именно данный факт порождает право собственности.

имущества, суд удовлетворяет иск о государственной регистрации перехода права собственности того лица, во владение которого передано это имущество применительно к статье 398 ГК РФ, а иные покупатели вправе требовать возмещения убытков, вызванных неисполнением договора купли-продажи продавцом. 2) Если продавец заключил несколько договоров купли-продажи в отношении одного и того же недвижимого имущества и произведена государственная регистрация перехода права собственности за одним из покупателей, другой покупатель вправе требовать от продавца возмещения убытков, вызванных неисполнением договора купли-продажи.

В обеих указанных ситуациях продавец успевает заключить несколько договоров купли-продажи еще до момента государственной регистрации перехода права собственности к одному из покупателей. В противном случае следовало бы вести речь о договорах продажи чужого имущества, которые не влекут свойственных им правовых последствий. Соответственно отпадают основания для взыскания убытков, вызванных неисполнением таких договоров.

Однако если в первом случае государственная регистрация перехода права собственности не произведена, хотя имущество и передано одному из покупателей, то во втором – запись о переходе права в реестр внесена, причем независимо от факта передачи имущества. В результате может сложиться следующая картина: имущество передано одному покупателю, в то время как право собственности на это имущество зарегистрировано за другим покупателем.

По мнению К.И. Скловского, «любой добросовестный покупатель объекта недвижимости (и не только недвижимости) осматривает то имущество, которое он покупает. И он не может не видеть, что имущество находится во владении иного лица, которое является законным покупателем имущества».[7] Иными словами, всякий покупатель, за которым оказалось зарегистрированным право собственности на недвижимость, переданную ранее во владение другому покупателю, автоматически попадает в разряд недобросовестных участников оборота. С такой категоричностью согласиться нельзя.

В силу абз. 3 п. 60 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22 после передачи владения недвижимым имуществом покупателю, но до государственной регистрации права собственности покупатель является законным владельцем этого имущества и имеет право на защиту своего владения на основании ст. 305 ГК РФ. Поэтому заключая договор продажи недвижимости, переданной по другому аналогичному договору, продавец нарушает законное владение первого покупателя. Недобросовестность же покупателя состоит в том, что он знает или должен знать о факте отчуждения приобретаемого им имущества другому лицу по договору, заключенному ранее.

Реальны ситуации, когда законный владелец при ведении своих дел проявляет очевидную неосмотрительность, в частности, не принимая мер к государственной регистрации перехода права собственности, не закрепляет к тому же обладание недвижимостью какими-либо знаками. В подобных случаях у недобросовестного продавца появляются прекрасные шансы создать иллюзию принадлежности ему уже переданной по другому договору недвижимости. Несправедливо в таких условиях перекладывать на нового покупателя последствия небрежности первого покупателя и недобросовестности продавца.

Другое дело – действительная недобросовестность покупателя. Зарегистрировав переход права собственности, такой покупатель и продавец делают невозможным регистрацию перехода права собственности к владеющему имуществом покупателю, хотя и знают (или, по крайней мере, должны знать) о материальном основании перехода. А как раз только отсутствие регистрации делает положение владеющего имуществом покупателя ущербным. Разумно поэтому предоставить ему возможность оспорить зарегистрированное за недобросовестным покупателем право путем предъявления иска о признании своего, перешедшего ранее права собственности (такой иск может предъявляться и как встречный в ответ на виндикационный иск недобросовестного покупателя). Причем недобросовестность ответчика должен доказывать в суде истец, потому что именно ему придется ссылаться на данное обстоятельство как на основание своих требований.

Таким образом, установительное притязание может появиться в составе одного из следующих незарегистрированных в реестре прав собственности на недвижимость: 1) зарегистрированных ранее; 2) возникших до вступления в силу Закона о регистрации; 3) возникших независимо от регистрации; 4) первоначальная регистрация которых невозможна без судебного решения.

Иск о признании договора незаключенным – требование, направленное на защиту оспоренного (при отсутствии исполнения в счет договора) или нарушенного (при наличии исполнения в счет

7 Скловский К. Защита права собственности и других вещных прав: вопросы практики // Хозяйство и право. – 2010. – № 9 – С. 14.

договора) субъективного гражданского права. Предъявление иска о признании незаключенным исполненного договора представляет собой начальную стадию реализации исполнительного притязания, обеспечивающего восстановление в натуре или в денежном эквиваленте имущественной сферы потерпевшего. На второй стадии, после удовлетворения судом иска о признании, предъявляется соответственно виндикационный или кондикционный иск.

В Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации предлагается законодательно решить вопрос о самой возможности исков о признании договоров незаключенными (допускать ли вообще такой иск как самостоятельное средство правовой защиты, или ограничить право стороны, принявшей исполнение от контрагента по договору, на предъявление такого иска), а в случае положительного решения вопроса также определить правовые последствия признания договора незаключенным.[8]

Развернутая аргументация данного предложения содержалась в разработанном ранее проекте Концепции совершенствования общих положений обязательственного права: «Наряду с исками о признании недействительными договоров как сделок, не соответствующих требованиям закона, в последнее время получила распространение практика заявления исков о признании договоров незаключенными. Как правило, подобного рода иски, будучи неурегулированными на уровне позитивного права, заявляются как требования, основанные на общих положениях ст. 12 ГК РФ о способах защиты гражданских прав (восстановление положения, существовавшего до нарушения права), со ссылкой на то, что договор, являющийся двусторонней сделкой (п. 1 ст. 420 ГК РФ), требует достижения согласия по всем его существенным условиям, чтобы считаться заключенным (п. 1 ст. 432 ГК РФ), а поэтому если одно из таких условий не согласовано сторонами либо согласовано с недостаточной степенью конкретизации (что определяется по дискретному усмотрению суда), то договор подлежит признанию незаключенным, следовательно, не порождающим правовых последствий. Ситуация усугубляется тем, что в отсутствие детальных норм на уровне позитивного права, посвященных возможности констатировать отсутствие законного юридического факта – договора как сделки, отвечающей требованиям закона, нет и норм, определяющих последствия подобного признания договора незаключенным».[9]

Кроме того, авторы названного проекта признавали необходимым «предусмотреть в ГК РФ положения, которые лишали бы стороны договора права ставить вопрос о незаключенности договора, в том числе заявлять соответствующие иски, направленные на признание договора незаключенным, после наступления определенных обстоятельств, например, после начала исполнения обязательства по договору или принятия исполнения, в том числе частичного».[10]

Приведенные соображения нашли воплощение в ст. 4461 ГК РФ в редакции проекта.

По этому поводу необходимо высказать следующие замечания.

1. Известная возможность предъявления исков о признании договора незаключенным уже предусмотрена на уровне позитивного права в абз. 2 ст. 12 ГК РФ: признание права (правоотношения) представляет собой самостоятельный способ защиты, отличный от восстановления положения, существовавшего до нарушения права (абз. 3 той же статьи). Неразумным, неоправданным и противоречащим действующему законодательству было бы лишение участника гражданского оборота возможности требовать судебного подтверждения отсутствия того правоотношения, исполнение которого привело или приведет к нарушению его права.

Кроме того, необходимость в иске о признании договора незаключенным может возникнуть не только у сторон договора, но и у иных лиц. Например, при подписании участником общей долевой собственности без учета преимущественного права покупки договора купли-продажи доли, не содержащего всех существенных условий, другой участник вправе защитить свое оспоренное право путем предъявления рассматриваемого иска. Причем в данном случае отсутствуют основания не только для признания договора недействительным (даже если предположить, что он содержит все существенные условия), но и для перевода на носителя преимущественного права несуществующих в связи с незаключенностью договора прав и обязанностей покупателя.

Другое дело – совершенствование формулировки абз. 2 ст. 12 ГК РФ. Во избежание недоразумений теоретического и практического свойства de lege ferenda данный абзац целесообразно изложить в следующей редакции: «признание наличия или отсутствия права (правоотношения)».

8 Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. – М., 2009. – С. 121.

9 Проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России. // Приложение к ежемесячному юридическому журналу Хозяйство и право. – 2009. – № 3. – С. 49.

10 Там же. – С. 58.

Поэтому, несмотря на правильность принципиального допущения исков о признании договора незаключенным, нельзя согласиться с одновременным ограничением круга потенциальных истцов по таким искам только сторонами договора, а также с разграничением случаев «ничтожности» и «оспоримости» незаключенных договоров (ср. п. 1 и 2 ст. 4461 ГК РФ в редакции проекта).

2. Отсутствие в договоре существенного условия (бессодержательность договора) – хотя и распространенный, но не единственный случай незаключенности. Незаключенными являются также незавершенные и незарегистрированные договоры.[11]

Что касается собственно содержания договоров, то для исключения возможности судебного произвола в вопросе об установлении факта согласования сторонами существенных условий необходимо законодательно закрепить правила отыскания таких условий. Во всяком случае, важно подчеркнуть, что в подтверждение заключения договора как сделки и его условий стороны вправе приводить любые допустимые законом доказательства.[12] На основе анализа таких доказательств и используя правила ст. 431 ГК РФ, суд ex officio должен установить все договорные условия, включая существенные.

3. Незаключенный договор вообще не порождает правовых последствий, является юридическим «ничто» и очевидно не может вызвать у его исследователя какие-либо серьезные затруднения. Последствия же признания незаключенным хотя бы частично исполненного договора определимы исходя из содержания норм, формирующих хорошо известные цивилистические конструкции – виндикацию (при сохранении исполненного в натуре) и кондикцию (в остальных случаях).

Кроме того, как и ничтожная сделка, незаключенный (несостоявшийся) договор является таковым независимо от судебного признания, т.е. заключенность и отсутствие недействительности договора – необходимые и взаимодополняющие условия порождения им правовых последствий. Преодолеть объективность явления незаключенности посредством наделения суда правом, а не обязанностью признавать договор незаключенным (п. 2 ст. 4461 ГК РФ в редакции проекта), равно как и правом признавать незаключенный договор заключенным (абз. 2 п. 2 ст. 4461 ГК РФ в редакции проекта) нельзя.

Следовательно, одно недопущение исков о признании договоров незаключенными (допущение исков о признании заключенными незаключенных договоров) не решает многогранную проблему незаключенности (несуществования) в гражданском праве.

4. Иски о признании договоров незаключенными, предъявляемые его сторонами, должны рассматриваться в свете закрепленного в п. 1 ст. 10 ГК РФ правила о недопустимости злоупотребления правом. В данном случае речь идет о возможном злоупотреблении охранительным правомочием. Поэтому стороне, принявшей по незаключенному договору хотя бы частичное исполнение, может быть отказано в иске о признании договора незаключенным, если указанный иск направлен на освобождение от необходимости встречного предоставления либо предъявлен с иным недобросовестным намерением. Установить же факт такого злоупотребления реально только в рамках разрешаемого судом конкретного спора, а не на основе заранее сформулированного императива, подобного тому, что предлагается в п. 3 ст. 4461 ГК РФ в редакции проекта.

Преобразовательное (конститутивное) правомочие – это предоставленная обладателю субъективного гражданского права возможность, реализация которой имеет правосоздающий (конститутивный) эффект. Для формирования правильного представления о данном правомочии целесообразно обратить внимание на следующие моменты методологического свойства.

Во-первых, преобразовательное правомочие может существовать в составе нарушенного (оспоренного) или ненарушенного и неоспоренного субъективного права, в частности, когда одна из сторон при отсутствии нарушения или угрозы нарушения договора наделена законом или соглашением сторон правом одностороннего отказа от договора полностью или частично. Так, в силу п. 1 ст. 699 ГК РФ, каждая из сторон вправе во всякое время отказаться от договора безвозмездного пользования, заключенного без указания срока, известив об этом другую сторону за один месяц, если договором не предусмотрен иной срок извещения.

Следовательно, необходимо различать охранительные и регулятивные преобразовательные правомочия. Последние, что очевидно, не имеют отношения к гражданско-правовой защите.

Во-вторых, преобразовательные правомочия по порядку реализации отчетливо подразделяются на три вида – юрисдикционные, неюрисдикционные и смешанные.

Реализация юрисдикционных преобразовательных правомочий без судебного решения невозможна. Так только решением суда могут исцеляться

11 Подробнее об этом см.: Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву. – М., 2009. – С. 38–40.

12 Там же. – С. 87–94.

(конвалидироваться, реанимироваться, санироваться и т.п.) недействительные сделки и признаваться недействительными оспоримые (относительно недействительные) сделки. Следовательно, противоречит закону мировое соглашение, которым объявляется действительность недействительной сделки или недействительность оспоримой сделки. Самостоятельное же устранение сторонами правовой неопределенности в мировом соглашении влечет прекращение оставшегося нереализованным юрисдикционного преобразовательного притязания.

Напротив, неюрисдикционное преобразовательное правомочие реализуется исключительно односторонним действием управомоченного лица, т.е. всецело находится в его распорядительной сфере. Указанное правомочие, поэтому, к числу притязаний не относится.

Наконец, смешанное преобразовательное правомочие в зависимости от конкретных обстоятельств осуществляется или в юрисдикционной, или в неюрисдикционной форме.

Например, по смыслу п.п. 1 п. 2 ст. 450 и п. 2 ст. 452 ГК РФ требование об изменении или о расторжении договора при его существенном нарушении может быть заявлено потерпевшей стороной в суд только после получения отказа нарушившей стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в определенный срок. Следовательно, в случае, когда нарушившая сторона выразит согласие на изменение или расторжение договора, преобразовательное притязание, входящее в состав нарушенного регулятивного права, окажется реализованным без помощи государства. В противном случае вступление в законную силу решения суда по преобразовательному иску наряду с другим фактом реальной действительности, возникшим до процесса (существенным нарушением договора), повлечет изменение (прекращение) договорного обязательства. Самостоятельное же устранение сторонами правовой неопределенности посредством мирового соглашения означает реализацию смешанного преобразовательного правомочия в неюрисдикционной форме.

Как видно, принципиально исключается осуществление юрисдикционного преобразовательного правомочия в неюрисдикционной форме, равно как и осуществление неюрисдикционного преобразовательного правомочия в юрисдикционной форме.

В-третьих, результат реализации преобразовательного правомочия всегда представлен юридическим фактом – одним из элементов юридического состава, влекущего динамику правового отношения. В этом, собственно, и заключается конститутивный эффект рассматриваемого правомочия.

Осуществление неюрисдикционного преобразовательного правомочия, а также осуществление в юрисдикционной форме смешанного преобразовательного правомочия образуют юридический поступок, который наряду с еще одним юридическим фактом – нарушением или угрозой нарушения права – влечет изменение (прекращение) соответственно нарушенного или оспоренного обязательственного правоотношения. Реализация юрисдикционного преобразовательного правомочия, равно как и реализация в неюрисдикционной форме смешанного преобразовательного правомочия приводят к юрисдикционному акту, а именно судебному решению, порождающему правовые последствия в единстве с юридическими фактами, которые возникли до процесса.

Итак, охранительное преобразовательное правомочие входит в состав нарушенного (оспоренного) права и реализуется управомоченным лицом либо самостоятельно – при содействии обязанного лица или посредством односторонних защитительных действий юридического порядка (мер оперативного воздействия), либо с помощью государства, испрашиваемой посредством предъявления преобразовательного иска.

Из более частных вопросов заслуживают особого внимания проблемы преобразовательных правомочий, реализация которых порождает правоотношение собственности и договорное правоотношение.

Возникновение права собственности на основании решения суда возможно в исключительных случаях. В настоящее время они предусмотрены ст. 222 и 225 ГК РФ.[13]

Согласно п. 3 ст. 222 ГК РФ, право собственности на самовольную постройку может быть признано судом, а в предусмотренных законом случаях в ином установленном законом порядке, за лицом, в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании которого находится земельный участок, где осуществлена постройка.

По смыслу п. 3 и п. 4 ст. 225 ГК РФ по истечении года со дня постановки бесхозяйной недвижимой вещи на учет орган, уполномоченный управлять муниципальным имуществом (уполномоченный государственный орган города федерального

13 Об этом также см.: Моргунов С. Применение иска о признании права собственности на имущество и отграничение его от других вещно-правовых способов защиты права собственности. // Приложение к ежемесячному юридическому журналу Хозяйство и право. – 2010. – № 4. – С. 22.

значения – Москвы или Санкт-Петербурга), может обратиться в суд с требованием о признании права муниципальной собственности (права собственности города федерального значения – Москвы или Санкт-Петербурга) на эту вещь.

Как следует из приведенных норм, в случаях, когда право собственности на самовольную постройку должно признаваться судом, а также при признании права собственности на бесхозяйную недвижимую вещь, судебное решение становится одним из элементов юридического состава, необходимого для возникновения права. То есть перед нами типичные юрисдикционные преобразовательные правомочия, реализация которых связана с вынесением судом решения, но отнюдь не иного правоприменительного акта.

Признание права собственности на бесхозяйную недвижимую вещь в соответствии с главой 33 ГПК РФ осуществляется в делах особого производства. В то же время право собственности на самовольную постройку подлежит признанию в исковом порядке. Такая дифференциация правового регулирования схожих в означенном смысле общественных отношений представляется неправильной. В частности, вызывает серьезные сомнения трактовка дела о признании права собственности на самовольную постройку как спора о праве гражданском.

В силу п. 25 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 29 апреля 2010 г. № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав» (далее – постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22), если самовольная постройка осуществлена на земельном участке, не принадлежащем застройщику, однако на ее создание были получены необходимые разрешения, ответчиком по иску является застройщик; если самовольная постройка осуществлена на земельном участке, принадлежащем застройщику, однако на ее создание не были получены необходимые разрешения, отвечать в процессе должен уже орган местного самоуправления, на территории которого находится самовольная постройка (в городах федерального значения – Москве или Санкт-Петербурге – уполномоченный государственный орган городов федерального значения – Москвы или Санкт-Петербурга).

Приведенные разъяснения вызывают ряд вопросов.

Во-первых, остается неясным, кто является ответчиком по иску о признании права собственности на самовольную постройку, если она осуществлена на земельном участке, не принадлежащем застройщику, и на ее создание не были получены необходимые разрешения – застройщик или соответствующее публично-правовое образование? Ведь очевидно, что независимо от того, чьими конкретными действиями осуществлена постройка, на создание которой не были получены необходимые разрешения (правообладателем земельного участка или иным лицом), ее легализация должна производиться по единым правилам, ибо она может поступить только в собственность правообладателя земельного участка. В этом плане застройщик как бы создал постройку для лица, которому принадлежит земельный участок и которому удалось приобрести на нее право собственности.

Во-вторых, в процессуальной науке ответчиком признается лицо, которое, по утверждению истца, является либо нарушителем его прав и интересов, либо неосновательно, по мнению истца, оспаривает его права, и вследствие этого оно привлекается к ответу по иску. Публично-правовые образования (муниципальные образования или города федерального значения – Москва и Санкт-Петербург) не состоят в спорном материально-правовом отношении по поводу самовольной постройки с лицом, намеревающимся приобрести на нее право собственности. Они даже не вправе потребовать ее сноса. Известная угроза интересам данного лица скорее исходит от государственных органов, уполномоченных на предъявление иска о сносе самовольной постройки.

Примечательно, что в примере, приведенном в п. 13 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации «Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации»,[14] иск о признании права собственности на самовольную постройку предъявлялся к государственному органу строительного надзора, и ни одна из судебных инстанций не посчитала этот орган ненадлежащим ответчиком по делу.

В-третьих, застройщика и правообладателя земельного участка до признания права собственности на самовольную постройку связывает только одно правоотношение, в рамках которого застройщик должен отказаться от действий, нарушающих право на земельный участок, путем сноса постройки. И только после признания права собственности между указанными лицами возникает обязательственное правоотношение, содержание которого составляют право застройщика требовать возмещения

14 «Консультант Плюс»: справ. правовая система.

расходов на постройку и корреспондирующая данному праву обязанность правообладателя земельного участка. Как видно, наличие или отсутствие отмеченных правоотношений не имеет никакого значения для решения вопроса о признании права собственности. Иными словами, застройщик также не способен нарушить (оспорить) интерес правообладателя земельного участка в приобретении права собственности на самовольную постройку.

О том, что публично-правовое образование, на территории которого находится самовольная постройка, и застройщик являются искусственными ответчиками по соответствующей категории дел, убедительно свидетельствует и практика правоприменения: зачастую признание иска судом не принимается; право собственности на самовольную постройку не может быть признано мировым соглашением «спорящих» сторон[15].

Сказанное обнажает корень рассматриваемой проблемы – при признании права собственности на самовольную постройку, равно как и при признании права собственности на бесхозяйную недвижимую вещь речь идет о защите в смысле реализации с помощью и под контролем судебного органа никем не нарушенного и не оспоренного интереса лица в приобретении права собственности. А такая защита должна осуществляться в рамках особого производства, что означает отсутствие тут охранительного правомочия.

Следовательно, в процессуальном законодательстве de lege ferenda надлежит закрепить еще одну категорию дел особого производства – о признании права собственности на самовольную постройку. Если самовольная постройка осуществлена на земельном участке, не принадлежащем застройщику, последний должен привлекаться к участию в деле в качестве заинтересованного лица. После вступления в законную силу судебного решения об удовлетворении заявления застройщик получит возможность обратиться с иском к собственнику о возмещении расходов на постройку. Кроме того, заинтересованными лицами следует признавать публично-правовое образование, на территории которого находится самовольная постройка, а также государственные органы, уполномоченные осуществлять надзор за соблюдением градостроительных, строительных, противопожарных, санитарных норм и правил. При этом возникновение спора о праве, являющееся основанием для оставления заявления без рассмотрения, мыслимо исключительно с застройщиком, в частности, в случае, когда застройщику удастся зарегистрировать право собственности на постройку за собой. В этом случае возможно предъявление не только иска о сносе самовольной постройки,[16] но и иска о признании права собственности на самовольную постройку, посредством которого одновременно будет оспорено неправомерно зарегистрированное право застройщика.

Осуществление преобразовательного правомочия способно привести к возникновению договорного обязательства.

Согласно ст. 446 ГК РФ, в случаях передачи разногласий, возникших при заключении договора, на рассмотрение суда на основании ст. 445 настоящего Кодекса либо по соглашению сторон условия договора, по которым у сторон имелись разногласия, определяются в соответствии с решением суда. В подобных случаях акт правосудия и договор образуют сложный юридический состав, влекущий возникновение договорного правоотношения: само по себе вступление в законную силу судебного решения, установившего содержание спорных договорных условий, означает завершение упомянутого состава и приобретение договором, как его главным элементом, значения юридического факта. Следовательно, здесь решение суда обладает преобразовательным (конститутивным) значением, а поэтому не подлежит исполнению.

Вместе с тем в случае, когда сторона, для которой в соответствии с ГК РФ или иными законами заключение договора обязательно, уклоняется от его заключения, другая сторона вправе обратиться в суд с требованием о понуждении заключить договор (п. 4 ст. 445 ГК РФ). В данном случае вступившее в законную силу судебное решение должно быть непременно исполнено. До момента его исполнения (в частности, до подписания договора, а также для реального договора, до передачи соответствующего имущества) договорное правоотношение не возникнет. Иными словами, речь идет уже о судебном решении по иску о присуждении.

Отмеченное различие нашло отражение в ст. 173 АПК РФ, согласно которой по спору, возникшему при заключении или изменении договора, в резолютивной части решения указывается вывод арбитражного суда по каждому спорному условию договора, а по спору о понуждении заключить договор указываются условия, на которых стороны обязаны заключить договор.

Представляется, однако, неверным лишение судебного акта по делам о понуждении заключить

15 См.: п. 31 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22; постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 8 мая 2008 г. по делу № А06-716/06; постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 12 ноября 2008 г. № А60-5002/2008 // «Консультант Плюс»: справ. правовая система.

16 П. 23 постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29 апреля 2010 г. № 10/22.

договор конститутивного значения. Во-первых, в свое время это послужило поводом к излишней формализации подхода судов к разрешению данных дел.[17] Во-вторых, в связи с необходимостью исполнения решения на практике реальны нежелательные для заинтересованной стороны промедления в завязывании договорных отношений. В-третьих, с точки зрения договорного процесса наличие разногласий по отдельным условиям договора означает отказ одной стороны от заключения договора на условиях оферты другой стороны. Ведь согласно ст. 443 ГК РФ ответ о согласии заключить договор на иных условиях, чем предложено в оферте, признается отказом от акцепта и в то же время новой офертой. Следовательно, передавая на рассмотрение суда разногласия, возникшие при заключении договора, заинтересованная сторона настаивает на заключении договора на условиях своей оферты, т.е. по существу также предъявляет требование о понуждении заключить договор. Сказанное свидетельствует об единстве правовой природы споров, возникающих при заключении договора, и споров о понуждении заключить договор. В-четвертых, действующая редакция ст. 173 АПК РФ не учитывает существование реальных и региструмальных (подлежащих государственной регистрации) договоров. Между тем в целях эффективной и своевременной защиты прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота судебное решение о понуждении заключить договор должно являться достаточным основанием как для передачи имущества, с которой связывается перфекция реального договора, так и для государственной регистрации договора.[18]

Наконец, нормы, определяющие содержание резолютивной части решения суда по преддоговорному спору (по спору о понуждении заключить договор), являются логическим продолжением закрепленных в ст. 446 (п. 4 ст. 445) ГК РФ правил, а поэтому также должны располагаться в ГК РФ (с последующим возможным их дублированием в ГПК РФ и АПК РФ).

Отмеченные недостатки призвано исправить положение, которым в проекте предлагается дополнить абз. 1 п. 4 ст. 445: «В этом случае договор считается заключенным на условиях, указанных в решении суда». Однако для более полного урегулирования соответствующих отношений целесообразно также дополнить ст. 446 ГК РФ положениями следующего содержания: «По спору, возникшему при заключении или изменении договора, в резолютивной части решения указывается вывод арбитражного суда по каждому спорному условию договора, а по спору о понуждении заключить договор указываются условия, на которых договор следует признавать заключенным.[19]

Решение суда по спору о понуждении заключить договор является основанием для принудительной передачи соответствующего имущества, необходимой для заключения договора (пункт 2 статьи 433 ГК РФ), а также для государственной регистрации договора (пункт 3 статьи 433 ГК РФ)».

Пристатейный библиографический список

1. Арбитражный процесс: учебник / под ред. М.К. Треушникова. – М., 2005.
2. Гражданский процесс: учебник / под ред. проф. М.К. Треушникова. – М., 1998.
3. Груздев В.В. Возникновение договорного обязательства по российскому гражданскому праву. – М., 2009.
4. Груздев В. Проблемы гражданско-правовой защиты в области государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним // Хозяйство и право. – 2011. – № 6.
5. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. – М., 2009.
6. Кратенко М.В. Оспаривание невыгодных условий договора: некоторые проблемы судебной практики // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. ст. / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, В.М. Лебедева, Г.Л. Осокиной. – Томск, 2006. - Ч. 32.
7. Моргунов С. Применение иска о признании права собственности на имущество и отграничение его от других вещно-правовых способов защиты права собственности // Приложение к ежемесячному юридическому журналу Хозяйство и право. – 2010. – № 4.
8. Проект Концепции совершенствования общих положений обязательственного права России. // Приложение к ежемесячному юридическому журналу Хозяйство и право. – 2009. – № 3.
9. Скловский К. Защита права собственности и других вещных прав: вопросы практики // Хозяйство и право. – 2010. – № 9.

17 О существовавшей ранее судебно-арбитражной практике по данному вопросу см., напр.: Кратенко М.В. Оспаривание невыгодных условий договора: некоторые проблемы судебной практики // Правовые проблемы укрепления российской государственности: сб. ст. / Под ред. Б.Л. Хаскельберга, В.М. Лебедева, Г.Л. Осокиной. – Томск, 2006. – Ч. 32. – С. 12–13.

18 Требование о государственной регистрации договора являет собой самостоятельный иск преобразовательной направленности (подробнее об этом см.: Груздев В. Проблемы гражданско-правовой защиты в области государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним) // Хозяйство и право. – 2011. – №. 6. – С. 64–65.

19 Фраза «следует признавать заключенным» учитывает существование реальных договоров, для заключения которых наряду с судебным решением требуется также передача имущества.

Шилова Н.П.

ОБ ОТДЕЛЬНЫХ АСПЕКТАХ ПРАКТИЧЕСКОЙ РЕАЛИЗАЦИИ НОРМ ГЛАВЫ V ФЕДЕРАЛЬНОГО ЗАКОНА «О СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННОЙ КООПЕРАЦИИ»

В статье рассмотрено законодательное регулирование управления в сельскохозяйственных кооперативах, проанализированы порядок формирования органов управления, порядок принятия решений, порядок обжалования решений органов управления сельскохозяйственного кооператива.

Ключевые слова: сельскохозяйственный кооператив, кооперативное законодательство, общее собрание кооператива, правление кооператива, председатель кооператива, наблюдательный совет кооператива.

Shilova N.P.

ABOUT SEPARATE ASPECTS OF PRACTICAL REALIZATION OF NORMS OF CHAPTER OF V FEDERAL LAW «ON FARMING COOPERATION»

In the article the of legal regulation of management is considered in faming cooperative stores, the order of forming of management organs, order of making decision, order of appeal of decisions of organs of management of faming cooperative store.

Keywords: faming cooperative, cooperative legislation, general collection of cooperative, rule of cooperative, chairman of cooperative, supervision council of cooperative.

Модель кооперативного управления является одним из основных признаков кооперативной организационно-правовой формы юридических лиц, позволяющих гарантировать баланс интересов самого кооператива и его членов.

Во всех сельскохозяйственных кооперативах принятие управленческих решений строится на соблюдении принципа «один человек – один голос». Данный принцип призван обеспечивать равенство членов кооператива, поэтому находит свое юридическое закрепление не только на национальном уровне, но в международных документах. В частности, в Декларации Международного кооперативного альянса «О кооперативной идентичности» (1995 г.)[1] закреплено, что деятельность кооперативов основывается на демократических началах.

Особенности управления в сельскохозяйственных производственных и потребительских кооперативах урегулированы главой V Федерального закона от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации»[2] (далее – Закон).

Органами управления в сельскохозяйственном кооперативе являются общее собрание, правление и (или) председатель и наблюдательный совет (формируется в потребительском кооперативе в обязательном порядке, а в производственном кооперативе с количеством 50 и более членов).

Высший орган управления – общее собрание членов кооператива. Полномочия общего собрания можно разделить на две группы: 1) полномочия кооператива, составляющие его исключительную компетенцию (законодательный императив); и 2) иные полномочия (они также могут быть отнесены к исключительной компетенции, но имеют договорную уставную природу).

К исключительной компетенции общего собрания относятся следующие вопросы: утверждение устава, внесение в него изменений и дополнений; выборы председателя, членов правления и наблюдательного совета и прекращение их полномочий; утверждение программ развития кооператива, бухгалтерского баланса, годового отчета; установление размера и порядка внесения и возврата паевых взносов, порядок распределения прибыли и убытков; определение видов, размера и порядка формирования паевого и иных фондов кооператива; вступление кооператива в другие юридические лица или их объединения; создание и ликвидация филиалов и представительств кооператива; определение условий и размера вознаграждения членов правления, председателя, компенсации расходов членам наблюдательного совета; привлечение к ответственности членов правления, председателя, членов наблюдательного совета; утверждение локальных актов кооператива.

Ко второй группе полномочий общего собрания относятся вопросы, предусмотренные уставом кооператива как полномочия общего собрания. В частности, это отчуждение земельных участков и основных средств производства, их приобретения и совершения иных следок, иные полномочия.

Решения по вопросам об утверждении устава, внесения в него дополнений и изменений, определения размера и порядка внесения паевых взносов, распределения прибыли и убытков, отчуждения

1 Материалы Юбилейного XXXI конгресса МКА в Манчестере – М.: Центросоюз РФ, 1995.

2 Собрание законодательства РФ. – 1995. – № 50. – Ст. 4870.

земельных участков и иных основных средств производства принимаются не менее двумя третями голосов членов кооператива. Устав кооператива вправе устанавливать и более высокий кворум для принятия решений по этим вопросам. Общее собрание членов кооператива может быть как очередным, так и внеочередным. До 3 ноября 2006 г. Закон признавал лишь один вид общего собрания – очередное собрание. Но Федеральный закон от 3 ноября 2006 г. № 183-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О сельскохозяйственной кооперации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»[3] предусмотрел возможность созыва не только очередного собрания, но и внеочередных собраний. В юридической литературе данная правовая новелла нашла позитивную оценку.[4] В то же время критически оценивается ограничение видов общих собраний кооператива только двумя этими видами. Поэтому предлагаются к созыву и иные виды общего собрания.[5] Но основания и порядок созыва таких собраний, принятия решений должны быть урегулированы уставом самого кооператива.

Порядок созыва общего годового собрания урегулирован п.п. 1–2.1 ст. 21 и ст. 22 Закона.

Первое общее собрание членов кооператива созывается в возможно короткий срок, но не позднее чем через три месяца после государственной регистрации кооператива. Кооператив не ранее чем через два месяца и не позднее чем через четыре месяца после окончания финансового года обязан проводить годовое общее собрание членов кооператива. Общие собрания членов кооператива, проводимые помимо годового общего собрания членов кооператива, являются внеочередными.

Обязанность по созыву годового и внеочередного общих собраний членов кооператива осуществляет правление кооператива.

Формирование повестки дня годового общего собрания – правовая прерогатива правления кооператива.

Внеочередное общее собрание членов кооператива созывается правлением кооператива по собственной инициативе или по требованию наблюдательного совета кооператива, ревизионного союза сельскохозяйственных кооперативов, членом которого является кооператив, одной десятой от числа членов кооператива или одной третьей от числа ассоциированных членов кооператива.

Орган управления кооперативом либо имеющая на то право группа членов кооператива или ассоциированных членов кооператива, потребовавшие созыва внеочередного общего собрания членов кооператива, обязаны представить в правление кооператива в письменной форме предлагаемую повестку дня указанного общего собрания и обоснование необходимости его проведения. Иные органы управления кооперативом либо иные члены кооператива или ассоциированные члены кооператива, не являющиеся инициаторами созыва внеочередного общего собрания членов кооператива, не вправе вносить изменения в повестку дня внеочередного общего собрания членов кооператива или дополнения к ней без согласия на это инициатора созыва указанного собрания.

Правление кооператива или в случае приостановления его полномочий наблюдательный совет кооператива в течение семи дней с даты получения требования о проведении внеочередного общего собрания членов кооператива обязаны принять решение о проведении указанного собрания либо об отказе в его проведении.

Решение об отказе в проведении внеочередного общего собрания членов кооператива может быть принято только в случае, если ни один из вопросов предлагаемой повестки дня внеочередного общего собрания членов кооператива не относится к его компетенции или не соответствует требованиям федеральных законов либо не соблюдены установленные настоящим Федеральным законом требования к проведению внеочередного общего собрания членов кооператива.

Если в течение семи дней со дня получения правлением кооператива требования о проведении внеочередного общего собрания членов кооператива правлением кооператива не будет принято решение о проведении указанного собрания или будет принято решение об отказе в его проведении либо решение о проведении указанного собрания в установленный срок не будет выполнено, внеочередное общее собрание членов кооператива может быть созвано наблюдательным советом кооператива, ревизионным союзом кооперативов, членом которого является кооператив, членами кооператива или ассоциированными членами кооператива, имеющими право на созыв внеочередного общего собрания членов кооператива. В данном случае правление кооператива обязано предоставить инициаторам созыва внеочередного общего собрания членов кооператива списки членов кооператива, ассоциированных членов кооператива и их адреса.

Таким образом, процедура созыва внеочередного собрания крайне сложна.

3 Собрание законодательства РФ. – 2006. – № 45. – Ст. 4635.

4 Козырь М.И. Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. – 2-е изд., перер. и допол. – М.: Норма, 2008. – С. 189.

5 Так, М.И. Палладина отмечает необходимость плановых собраний (перед посевной или уборкой).

О созыве общего собрания членов кооператива, повестке данного собрания, месте, дате и времени его проведения члены кооператива и ассоциированные члены кооператива должны быть уведомлены в письменной форме не позднее чем за 30 дней до даты проведения общего собрания членов кооператива. Отсутствие уведомления членов кооператива о созыве общего собрания и его повестки является основанием для признания его решений недействительными. Так в Постановлении Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18 июня 2012 г. по делу № А13-12387/2011 по апелляционной жалобе СПК «Верховский» на решение арбитражного суда Вологодской области от 23.03.2012 г. по делу № А13-12387/2011 было установлено, что отсутствие уведомления об извещении членов кооператива является нарушением порядка созыва и проведения общего собрания, поэтому решение общего собрания об исключении неуведомленных о дате, месте и повестке заседания членов из кооператива признано недействительным.[6]

Уставом кооператива, число членов и ассоциированных членов которого превышает 300 человек, может предусматриваться порядок направления уведомления о созыве общего собрания членов кооператива путем публикации в периодическом печатном издании не позднее чем за 30 дней до даты проведения общего собрания членов кооператива при условии, если наименование этого печатного издания определено уставом кооператива, и о таком порядке все члены кооператива и ассоциированные члены кооператива извещены в письменной форме под расписку или посредством почтовой связи.

Вопросы повестки дня общего собрания членов кооператива должны быть конкретными, в них должны быть указаны имя и должность гражданина или наименование юридического лица, в отношении которых предполагается принятие соответствующего решения, а также должны быть указаны положения устава или внутренних документов (положений) кооператива, в которые предполагается вносить изменения. В случае если в повестку дня общего собрания членов кооператива включены вопросы, связанные с принятием устава в новой редакции или внутренних документов (положений) кооператива либо внесением изменений в устав кооператива и (или) дополнений к нему, которые невозможно отразить в уведомлении о созыве общего собрания членов кооператива, в повестке дня этого собрания должны указываться время и место ознакомления с проектами указанных документов.

Наблюдательный совет кооператива или составляющая не менее одной десятой от числа всех членов кооператива группа членов кооператива, или составляющая не менее одной трети от числа ассоциированных членов кооператива группа ассоциированных членов кооператива дополнительно вправе внести в письменной форме в повестку дня годового общего собрания членов кооператива не более двух вопросов и выдвинуть кандидатов в наблюдательный совет кооператива, правление кооператива, на должность председателя кооператива.

Дополнительные вопросы, подлежащие включению в повестку дня годового общего собрания членов кооператива, должны быть внесены в правление кооператива не позднее чем через 30 дней после окончания финансового года. Правление кооператива не вправе менять формулировку дополнительных вопросов, подлежащих включению в повестку дня годового общего собрания членов кооператива. Дополнительные вопросы, равно как и предложения о выдвижении кандидатов в органы управления кооперативом, подлежат включению в повестку дня годового общего собрания членов кооператива, за исключением случаев, если:

1) срок внесения этих вопросов в правление кооператива не соблюден;

2) кандидаты в органы управления кооперативом не являются членами кооператива;

3) дополнительные вопросы, подлежащие включению в повестку дня годового общего собрания членов кооператива, не соответствуют требованиям нормативных правовых актов или устава кооператива.

При формулировании повестки общего собрания необходимо помнить, что при рассмотрении вопросов об исключении членов из кооператива необходимо соблюдать срок созыва общего собрания, в повестку дня которого включено рассмотрение вопроса об исключении из кооператива. В частности, согласно п. 3 ч. 1 ст. 17 Закона член кооператива может быть исключен из его состава по окончании финансового года в случае, если кооперативу причинен ущерб невыполнением членом кооператива обязанностей, предусмотренных его уставом. Но на практике требование данной нормы довольно часто игнорируется. При нарушении вышеуказанного положения решение общего собрания признается недействительным, а исключенный член кооператива подлежит восстановлению.[7]

6 Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18 июня 2012 г. по делу № А13-12387/2011.

7 Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 18 июня 2012 г. по делу № А13-12387/2011.

Если в сельскохозяйственном потребительском кооперативе более 200 членов, то устав кооператива может предусмотреть, что общее собрание членов кооператива проводится в форме собрания уполномоченных. Уполномоченным могут быть как физические лица – члены кооператива и ассоциированные члены, так и представители юридических лиц – ассоциированных членов. Если председатель кооператива, члены правления и наблюдательного совета не избраны уполномоченными, то они вправе присутствовать на собрании, но не имеют права голоса. Один уполномоченный может представлять не более 10 членов кооператива. Число уполномоченных от ассоциированных членов кооператива не может превышать более 20 процентов от числа уполномоченных, избранных от членов кооператива. Данная норма отражает кооперативную природу, так как кооператив – это объединение, прежде всего, лиц, а не капиталов, поэтому влияние ассоциированных членов на принятие решений кооператива намного меньше, чем членов кооператива. При принятии решений один член кооператива обладает одним голосом.

Важное юридическое значение для принятия решений общего собрания (собрания уполномоченных) имеет кворум при принятии решений. Если устав сельскохозяйственного кооператива не предусматривает иное, кворум на общем собрании членов кооператива составляет 25 процентов от общего числа членов кооператива, имеющих право голоса, но не менее 5 членов кооператива, если число членов кооператива составляет менее 20 членов, кворум на собрании уполномоченных – 50 процентов от общего числа уполномоченных, но не менее 30 уполномоченных. На практике нарушение условия о кворуме встречается довольно часто, что является основанием для признания решения общего собрания недействительным. В частности, к такому выводу пришел Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд по иску Шкарина Н.В. к СПК «Верховский» по делу № А13-15236/2010.[8]

Решения общего собрания в обязательном порядке подлежат доведению до сведения заинтересованных лиц. Несоблюдение этого правила – основание для признания решения недействительным. Так в решении Среднеахтубинского районного суда Волгоградской области от 9 декабря 2009 г. по делу № 2-1377/09 по иску Б. и Т. к Г. и СПК (сельскохозяйственная артель) «Красный партизан» о признании недействительным решения общего собрания кооператива было установлено, что исключение Б. и Т. из СПК незаконно, так как решение общего собрания не было доведено до сведения истцов в нарушении п. 6 ст. 17 Закона, предусматривающей письменное уведомление об исключении из кооператива в течение 14 дней.[9]

Исполнительными органами в сельскохозяйственном потребительском кооперативе являются правление кооператива и председатель кооператива. Если в кооперативе менее 25 членов, правление может не формироваться, а исполнительным органом является председатель кооператива. Правление и председатель избираются из числа членов кооператива на срок, определенный уставом кооператива, но не более пяти лет. Председатель кооператива одновременно является и председателем правления. Количество членов правления определяется уставом кооператива. Если иное не предусмотрено уставом кооператива, то число членов кооператива – три человека.

Правовое положение правления определяется уставом кооператива или уставом и положением о правлении кооператива.

Полномочия правления кооператива можно разделить на собственные полномочия и полномочия, реализуемые правлением совместно с иными органами кооператива.

К числу первой группы полномочий правления относится решение следующих вопросов: прием заявлений о вступлении в члены кооператива или ассоциированные члены кооператива и о выходе из кооператива; предварительное рассмотрение вопросов об исключении из числа членов кооператива или ассоциированных членов кооператива; заключение договоров с ассоциированными членами кооператива; утверждение размера и формы возвращаемого пая при прекращении членства; формирование повестки общего собрания и его созыв; совершение сделок; утверждение рыночной стоимости неденежных взносов, вносимых в качестве паевых взносов.

К числу полномочий, реализуемых совместно с иными органами кооператива, в частности наблюдательного совета, относятся: принятие решения о погашении приращенных паев, выплате дивидендов, кооперативных выплат и рассмотрение заключения ревизионного союза о проведенной ревизии.

Уставом кооператива к компетенции правления кооператива могут быть отнесены и иные полномочия.

8 Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 8 августа 2012 г. по делу № А13-15236/2010.

9 Решение Среднеахтубинского районного суда Волгоградской области от 9 декабря 2009 г. по делу № 2-1377/09 по иску Б. и Т. к Г. и СПК (сельскохозяйственная артель) «Красный партизан» о признании недействительным решения общего собрания кооператива.

Уставом кооператива может быть предусмотрена передача ряда полномочий председателя кооператива и правления кооператива исполнительному директору на основании трудового договора, заключаемого с ним от имени кооператива наблюдательным советом кооператива, или при его отсутствии – председателем кооператива на основании решения общего собрания членов кооператива.

Председатель кооператива представляет кооператив без доверенности, распоряжается имуществом кооператива, заключает договоры, осуществляет прием и увольнение работников кооператива, издает обязательные для выполнения распоряжения и приказы, организует выполнение решений общего собрания и наблюдательного совета и исполняет другие функции, отнесенные уставом кооператива к его компетенции.

Как отмечают В.Н. Демьяненко и В.В. Демьянено, «члены правления должны действовать в интересах кооператива добросовестно и разумно».[10] При причинении убытков кооперативу вследствие недобросовестного исполнения своих обязанностей члены кооператива обязаны возместить их на основании судебного решения. Член правления освобождается от ответственности, если он выполнял решения общего собрания или отсутствовал на заседании правления, на котором было принято решение, в результате которого кооперативу были причинены убытки, либо голосовал против или воздержался от голосования.

Действующее законодательство о сельскохозяйственной кооперации предусматривает формирование в качестве контрольного органа наблюдательного совета.[11] В сельскохозяйственном потребительском кооперативе он формируется в обязательном порядке. Если иное не предусмотрено уставом кооператива, наблюдательный совет состоит из трех членов. За выполнение своих обязанностей члены наблюдательного совета не вправе получать вознаграждения, а расходы, связанные с выполнением ими своих обязанностей, компенсируются в порядке, предусмотренном уставом кооператива.

Прежде всего наблюдательный совет выполняет контрольные функции, к числу которых относятся контроль над деятельностью правления и председателя кооператива, проверка бухгалтерского баланса, годового отчета, дача предложений о распределении годовых доходов кооператива и о мерах по покрытию дефицита.

Помимо контрольных функций наблюдательный совет выполняет управленческие и представительские функции.[12]

В частности, к ним относят такие полномочия, как выдача заключений по заявлениям о приеме в члены кооператива или выхода из него; созывает внеочередное общее собрание членов кооператива в случаях, предусмотренных кооперативным законодательством и уставом кооператива; представление кооператива при предъявлении искового заявления к членам правления и председателю; согласование выдачи кредита члену правления; приостанавливает полномочия членов правления в случаях, предусмотренных кооперативным законодательством и уставом кооператива. На наш взгляд, эти полномочия наблюдательного совета также относятся к контрольным полномочиям, так как осуществление этих полномочий наблюдательным советом является исключительным случаем, когда у членов кооператива возникает недоверие к деятельности членов правления и председателя кооператива.

Решение любого органа управления кооперативов может быть обжаловано. Однако до 2009 г. Закон не содержал подробных норм по обжалованию решений органов управления кооперативом. Данные новеллы были внесены в Закон Федеральным законом от 19 июля 2009 г. № 205-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации».[13] Но практика реализации данной нормы свидетельствует, что по-прежнему возникает немало проблемных вопросов, и в основном они касаются решений, принимаемых на общих собраниях, признаваемых недействительными. Среди основных нарушений можно отметить: нарушение сроков созыва общего собрания, отсутствие извещения членов кооператива о созыве собрания, неуведомление заинтересованных лиц о принятых решениях.

10 Демьяненко В.Н., Демьянено В.В. Сельскохозяйственно-кооперативное право: курс лекций. – 4-е изд., исправ. и допол. – Саратов: Изво ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2005. – С. 193.

11 В юридической литературе неоднозначно оценивается роль наблюдательного совета. Одни правоведы позитивно оценивают заимствование зарубежного опыта, а другие полагают, что упразднение ревизионных комиссий перечеркивает путь развития мировой и отечественной кооперативной практики и наносит серьезный удар по сельскохозяйственной кооперации. // Палладина М.И. О некоторых вопросах совершенствования аграрного законодательства // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. – 1997. – № 5. – С. 41; Козырь М.И. Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. – 2-е изд., перер. и допол. – М.: Норма, 2008. – С. 189.

12 Демьяненко В.Н., Демьянено В.В. Сельскохозяйственно-кооперативное право: курс лекций. – 4-е изд., исправ. и допол. – Саратов: Изво ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2005. – С. 196.

13 Собрание законодательства РФ. – 2009. – № 29. – Ст. 3642.

При обжаловании решений органов управления кооперативом нарушения действующего законодательства можно наблюдать не только со стороны кооператива, но и его членов, обжалующих управленческие решения. Наиболее часто нарушается срок обжалования. Пункт 5 статьи 30.1 Закона предусматривает, что заявление члена кооператива или ассоциированного члена кооператива в суд может быть подано в течение трех месяцев со дня, когда член кооператива или ассоциированный член узнал или должен был узнать о принятом решении, но не позднее 6 месяцев со дня принятия такого решения. При этом пропущенный срок исковой давности восстановлению не подлежит. Единственное исключение – срок исковой давности может быть восстановлен, если член кооператива или ассоциированный член кооператива не подавал заявления под влиянием насилия или угрозы. Так ВАС РФ отказался передать в Президиум ВАС РФ дело о пересмотре в порядке надзора решения Арбитражного суда Тверской области от 25.04.2011 по делу № 46-8959/2010 по иску Сверловой Н.О., Башмаковой Н.И., Бабенко Е.Н., Бабенко Е.А., Михайловой Е.Г., Храповицкой А.А., Михайлова М.А. к колхозу «Призыв Ильича» о признании недействительными решений, принятых членами колхоза на внеочередном общем собрании от 11.07.2008 г., указав, что истцы пропустили срок исковой давности и нет оснований для восстановления пропущенного срока исковой давности.[14] Аналогичная позиция была сформулирована в Постановлении Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 июня 2012 г. по делу № А66-4854/2011.[15] Также следует помнить, что срок обжалования начинает свое течение с момента, с которого лицу стало известно или должно было стать известным о нарушении его прав. В частности, отказывая Избасарову А.У. в удовлетворении его требований о признании недействительным решения общего собрания сельскохозяйственного производственного кооператива «Заклинский» от 1 ноября 2010 г. об освобождении его от должности председателя СПК и исключении из членов кооператива, Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд указал, что истцу стало известно 25 декабря 2010 года, что подтверждается почтовым уведомлением с отметкой о личном вручении копии протокола общего собрания истцу, а истец обратился с исковым заявлением только 27.07.2011 г.[16]

Таким образом, выше были рассмотрены правовые основы организации управления в сельскохозяйственных кооперативах и связанные с ним споры. Но деятельность кооперативов многоаспектна, поэтому на практике возникают еще и споры о членстве, ассоциированном членстве, переоформлении членства в ассоциированное членство, выплате пая, передаче пая по наследству, выборах председателя и иных членов правления, членов наблюдательного совета, об ответственности членов кооператива.

На наш взгляд, учитывая то, что сельскохозяйственные кооперативы в настоящее время – основной вид сельскохозяйственных товаропроизводителей, для правильного и единообразного применения норм Федерального закона «О сельскохозяйственной кооперации» необходимо обобщение судебной практики по данным спорам. Это может быть сделано либо в виде постановлений пленумов высших судебных инстанций, либо обзора судебной практики. Тем более что в свое время аналогичный юридический документ уже действовал – Постановление Пленума Верховного суда СССР от 29 июня 1979 г. № 4 «О практике применения судами законодательства при разрешении споров, одной из сторон в которых является колхоз или межколхозная организация».

Пристатейный библиографический список:

1. Демьяненко В.Н., Демьянено В.В. Сельскохозяйственно-кооперативное право: курс лекций. – 4-е изд., исправ. и допол. – Саратов: Из-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2005.
2. Козырь М.И. Аграрное право России: состояние, проблемы и тенденции развития. – 2-е изд., перер. и допол. – М.: Норма, 2008.
3. Палладина М.И. О некоторых вопросах совершенствования аграрного законодательства // Экономика сельскохозяйственных и перерабатывающих предприятий. – 1997. – № 5.

14 Определение ВАС РФ от 13.06.2012 от отказе в передаче дела в Президиум ВАС РФ № ВАС-7527/12.

15 Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 25 июня 2012 г. по делу № А66-4854/2011.

16 Постановление Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 6 февраля 2012 г. по делу № А66-7518/2011.

Рагулин А.В.

ПРИГОВОР ПО УГОЛОВНОМУ ДЕЛУ ОТМЕНЕН В СВЯЗИ С НАРУШЕНИЯМИ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ПРАВ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА

В статье, подготовленной на основе конкретного юридического казуса, рассматриваются уголовно-процессуальные и тактические аспекты деятельности адвоката-защитника по уголовному делу.

Ключевые слова: адвокат-защитник, отмена приговора, нарушения профессиональных прав адвоката-защитника.

Ragulin A.V.

THE SENTENCE ON CRIMINAL CASE IS CANCELLED IN CONNECTION WITH VIOLATIONS OF THE PROFESSIONAL RIGHTS OF THE ADVOCATE-DEFENDER

In a material prepared on the basis of a concrete legal incident criminal and procedural and tactical aspects of activity of the advocate-defender on criminal case are considered.

Keywords: advocate-defender, cancellation of a sentence, violation of the professional rights of the advocate-defender.

Уголовные дела об умышленном причинении тяжкого вреда здоровью, особенно в случае, если в результате этих действий наступила смерть потерпевшего, традиционно являются сложными с точки зрения осуществления защиты. Вместе с тем, по такого рода делам судами нередко допускаются ошибки в квалификации преступных действий и уголовно-процессуальные нарушения, среди которых часто встречаются нарушения профессиональных прав адвоката-защитника.[1] Только настойчивая позиция стороны защиты и грамотное обоснование нарушений могут повлечь отмену приговора и направление уголовного дела на новое судебное рассмотрение. Так благодаря усилиям адвокатов из г. Уфы А.В. Рагулина и И.А. Суткевич, а также общественного защитника Э.С. Гаязовой, уголовное дело в отношении гр. Г. было пересмотрено в порядке надзора, а приговор по делу был отменен с направлением дела на новое рассмотрение.

Фабула обвинения была следующей: Г., ранее неоднократно судимый, обвинялся в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 111 УК РФ, а именно в том, что он 22 февраля 2009 г. в ночное время со своей сожительницей Н., а также ранее знакомым Р.Х. и еще рядом лиц распивали спиртные напитки в съемной квартире. В процессе употребления спиртного между потерпевшим и Н. возникла ссора, переросшая в словесную перепалку. В это же время в комнату зашел Г., который увидел происходящее и на почве внезапно возникших личных неприязненных отношений к Р.Х. решил причинить ему тяжкие телесные повреждения, а именно в период времени с 3.30 до 6.30 часов 22 февраля 2009 г. умышленно стал наносить удары руками и ногами по различным частям тела Р.Х. Затем, по версии следствия, Г. взял в руки деревянный табурет, ребрами сиденья которого стал наносить множественные удары по телу Р.Х. и тем самым причинил Р.Х. телесные повреждения, которые судебно-медицинской экспертизой были расценены как тяжкий вред здоровью и которые явились непосредственной причиной смерти.

Уголовное дело в отношении Г. было принято адвокатом Рагулиным А.В. к производству на стадии судебного рассмотрения по первой инстанции, причем дело уже рассматривалось районным судом: ранее Г. был признан виновным, и ему было назначено наказание в виде 8 лет лишения свободы с отбыванием в исправительной колонии строгого режима, однако по кассационной жалобе адвоката Максименко А.Т. и осужденного Г. первый приговор по делу был отменен ввиду нарушений судом положений ст. 281 УПК РФ, так как суд разрешил вопрос об оглашении показаний свидетелей без учета мнения стороны защиты. В ходе судебного разбирательства, основываясь на детальном изучении материалов уголовного дела, сторона защиты настойчиво обращала внимание суда на следующие обстоятельства:

1. Действия Г. по нанесению ряда ударов рукой по лицу потерпевшего Р.Х. были вызваны необходимостью прекратить преступные действия последнего, который пытался изнасиловать сожительницу Г. – Н. После произошедшего подсудимый Г., а также Н., В. и другие лица ушли из квартиры, дверь закрывал Р.Х., который извинялся перед Г. за случившееся. Показания Г. в части нанесения им Р.Х. лишь нескольких ударов по лицу подтверждались показаниями допрошенных в судебном заседании Н. и В., которые также пояснили, что у Р.Х. при посягательстве на Н. в руке был

1 Рагулин А.В. Профессиональные права адвоката-защитника: формулирование определения понятия // Адвокатская практика. – 2012. – № 4. – С. 21–25.

нож, Г. не наносил удары по телу Р.Х. ногами или табуреткой, крови у Р.Х. не было. Свидетельства Н. и В. подтверждали и гр. Ш. и С., показания которых были оглашены в ходе судебного заседания. Свидетели С. и В. также не подтверждали виновность Г. в инкриминируемом ему преступлении. Кроме того, свидетель Г. показал, что находился в помещении Кировского РУВД г. Уфы в связи с уголовным делом в отношении Г. и слышал телефонный разговор оперативного сотрудника милиции с неким лицом, как он понял, судебно-медицинским экспертом. Из содержания разговора свидетель понял, что оперативному сотруднику милиции по телефону сказали, что смерть Р.Х. наступила в результате отравления алкоголем, однако оперативный сотрудник требовал подготовить заключение о наступлении смерти Г. от черепно-мозговой травмы. Также стороной защиты было обращено внимание суда на то, что версия Г. о его непричастности к совершенному в отношении Р.Х. преступлению, повлекшему его смерть, подтверждается допрошенным на предварительном следствии свидетелем Р., который показал, что в день произошедшего события около 5.30 заходил в квартиру Р.Х. и видел там мужчину, не подходящего под описание Г., при этом умерший впоследствии Р.Х. пытался встать с пола, и у него на голове была кровь. Примерно в 7.00 утра шум прекратился, но чуть позже повторился. Р. вышел и увидел девушку с синяками на лице и двоих мужчин, ни один из которых не был похож на подсудимого Г.

2. Факт наличия на одной из обнаруженных в квартире табуреток отпечатков пальцев Г. и крови, которая могла принадлежать Р.Х., а также того, что один из ударов по голове потерпевшего Р.Х. мог быть нанесен табуреткой, прямо не свидетельствуют о том, что именно Г. нанес телесные повреждения Р.Х. данной табуреткой. Отпечатки Г. на табуретке могли быть оставлены им, когда он находился на кухне квартиры. Соответствующие выводы, содержащиеся в заключениях экспертов, являются вероятностными, а такие выводы не могут быть положены в основу приговора суда.

3. В соответствии со ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» и п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ адвокатом Рагулиным А.В. было получено заключение специалиста, подготовленное на основании изучения копий материалов уголовного дела.[2] В заключении специалиста указывалось, что экспертом Л. при подготовке заключения были нарушены требования УПК РФ и «Инструкции по организации и производству экспертных исследований в бюро судебно-медицинской экспертизы». При производстве экспертизы не установлены имеющие значение для дела обстоятельства: в частности, из поставленных вопросов эксперт Л. проигнорировал вопросы о давности смерти; о механизме и времени причинения повреждений; о давности причинения прижизненных повреждений; о степени вреда здоровью несмертельных повреждений; о времени жизни пострадавшего после получения повреждений; о возможном положении (положениях) тела пострадавшего в момент причинения ему каждого из повреждений; о возможности причинения повреждений руками или ногами человека; о наличии у пострадавшего прижизненных заболеваний. В п. 1 заключения указывалось, что в исследовательской части заключения эксперта не имеется описания признаков дислокации мозга, а при судебно-гистологическом исследовании не установлено признаков отека мозга. В п. 7 заключения специалиста указано, что смерть Р.Х. могла наступить от острой сердечной недостаточности по причине его отравления алкоголем, при этом приводится ссылка на соответствующие судебно-медицинские данные, которые были необоснованно оставлены экспертом Л. без внимания. Кроме того, эксперт Л., допрошенный в судебном заседании по ходатайству стороны защиты, показал, что Р.Х. после нанесения телесных повреждений был жив примерно 11 часов 40 минут, кроме того, нельзя полностью исключить возможность наступления смерти Р.Х. от отравления алкоголем.

Несмотря на мотивированное ходатайство стороны защиты, суд необоснованно отказал в назначении дополнительной судебно-медицинской экспертизы и, более того, отказал в приобщении к материалам дела заключения специалиста, которое все же было фактически приобщено к делу, поскольку ходатайство о его приобщении было заявлено письменно, а само заключение было приложено к ходатайству.

Сторона защиты обоснованно заявила в судебных прениях о непричастности Г. к преступлению, в котором он обвиняется. Несмотря на это приговором Кировского районного суда г. Уфы от 5 апреля 2011 г. Г. был признан виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 4 ст. 111 УК РФ, и ему назначено наказание в виде 5 лет 6 месяцев лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии особого режима.

Кассационная жалоба, несмотря на ее обоснованность и мотивированность, была оставлена без удовлетворения. Более того, суд кассационной инстанции в своем определении указал, что не учет

2 Рагулин А.В. Право адвоката-защитника на привлечение специалиста: проблемы реализации и пути их решения // Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева. – 2012. – № 2 (76).

судом при вынесении приговора заключения специалиста является обоснованным, поскольку оно получено вне рамок расследования уголовного дела и является недопустимым. Первая надзорная жалоба также была необоснованно отклонена, причем сколько-нибудь внятной мотивировки причин ее отклонения в тексте постановления, как это обычно и бывает, не оказалось.

Лишь при направлении надзорной жалобы на имя Председателя Верховного суда Республики Башкортостан М.И. Тарасенко им, по всей видимости, было детально изучено уголовное дело, в результате чего было вынесено постановление о возбуждении надзорного производства. В результате рассмотрения жалобы в порядке надзора на заседании Президиума Верховного суда Республики Башкортостан приговор по делу Г. был отменен, а уголовное дело направлено на новое рассмотрение в ином составе суда.

В постановлении Президиума были учтены практически все нарушения, о которых сторона защиты указывала в надзорной жалобе. Так было отмечено: из уголовного дела усматривается, что вывод суда первой инстанции о виновности Г. основан в том числе и на показаниях свидетелей, которые были оглашены в связи с неявкой этих лиц в судебное заседание. Между тем суд принял решение об оглашении показаний вопреки требованиям ст. 281 УПК РФ и при отсутствии оснований, указанных в данной норме закона. Было отмечено, что суд первой инстанции учел, что из уголовного дела усматривается следующее: судебно-медицинская экспертиза трупа Р.Х. проведена по постановлению следователя от 23 февраля 2009 г., то есть до возбуждения уголовного дела – 24 февраля 2009 г., в то время как в соответствии с нормами УПК РФ производство следственных действий допускается только после принятия решения о возбуждении уголовного дела (ст. 156 УПК РФ). В связи с этим ссылки стороны обвинения и эксперта Л. в судебном заседании о проведении экспертизы трупа на основании постановления следователя от 10 марта 2009 г. были признаны судом надзорной инстанции неубедительными.

Также в тексте Постановления нашло свое отражение, что суд первой инстанции грубо нарушил профессиональное право защитника на представление доказательств: суд, обсудив ходатайство стороны защиты, отказал в приобщении к делу заключения специалиста, полученного по запросу адвоката Рагулина А.В., в котором даны оценки полноты и обоснованности заключения экспертизы трупа Р.Х. и высказано мнение о несоответствии заключения эксперта Л. требованиям закона. Между тем такое решение нельзя признать правомерным, поскольку в соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 53 УК РФ защитник вправе собирать и представлять доказательства в порядке, установленном ст. 86 УПК РФ. В Постановлении отмечено, что в соответствии с правовой позицией Конституционного суда РФ, выраженной в Определении от 4.04.2006 г. № 100-0, УПК РФ (ч. 3 ст. 15, ч. 2 ст. 159, ст. 274 УПК РФ), исключает возможность произвольного отказа в приобщении к материалам уголовного дела и исследовании представленных стороной защиты доказательств. По смыслу названных нормативных предписаний во взаимосвязи с положениями ст. 45, 46 (ч. 1), 50 (ч. 2) и 123 (ч. 3) Конституции РФ такой отказ возможен лишь в случаях, когда соответствующее доказательство не имеет отношения к уголовному делу, по которому ведется расследование, и не способно подтверждать наличие (или отсутствие) события преступления, виновность (или невиновность) лица в его совершении, иные обстоятельства, подлежащие установлению при производстве по уголовному делу, а также когда доказательство, как не соответствующее требованиям закона, является недопустимым либо когда обстоятельство, которое призвано подтвердить указанное в ходатайстве стороны доказательство, уже установлено на основе достаточной совокупности других доказательств. С учетом вышеизложенных и ряда иных обстоятельств Президиум отметил, что следует признать обоснованными доводы осужденного и адвокатов о ненадлежащем исследовании судом всех доказательств и несоответствии выводов суда в приговоре фактическим обстоятельствам уголовного дела. Дело в отношении Г. следует направить на новое судебное рассмотрение.

Борьба стороны защиты за установление истины по уголовному делу продолжится далее, уже при третьем рассмотрении дела по существу.

Пристатейный библиографический список:

1. Рагулин А.В. Право адвоката-защитника на привлечение специалиста: проблемы реализации и пути их решения // Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева. – 2012. – № 2 (76).
2. Рагулин А.В. Профессиональные права адвоката-защитника: формулирование определения понятия // Адвокатская практика. – 2012. – № 4.

От редакции: процессуальные документы по делу, которому посвящена данная статья, опубликованы в рубрике «Обмен опытом» на веб-сайте журнала: www.eurasian-advocacy.ru

Уважаемые авторы! Редакция журнала готова принять к публикации Ваши произведения (статьи, информационные сообщения, обзоры научных конференций, круглых столов, интервью, рецензии и т.п.) при соблюдении следующих требований:

ПРАВИЛА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РУКОПИСЕЙ АВТОРАМИ

1. К публикации принимаются только материалы, соответствующие профилю научного периодического издания, т.е. только материалы юридической тематики. Они должны быть актуальными, новыми, иметь научную и практическую значимость, а также теоретическую и практическую ценность для представителей адвокатского сообщества.

2. Статьи представляются в электронном виде (на адрес ragulin88@yandex.ru, eurasian-advocacy@mail.ru) либо в письменной форме в адрес редакции с приложением электронного варианта работы на компакт-диске.

3. Объем публикации – до 0,7 а.л. (28 000 знаков с пробелами). При необходимости редакция оставляет за собой право сократить материал или возвратить его автору для сокращения. Увеличение объема работы может быть согласовано с редакцией.

4. На первой странице (над названием статьи) в левом верхнем углу указываются фамилия и инициалы автора. Название статьи печатается после фамилии, имени и отчества автора. Страницы не нумеруются. Основной текст, текст сносок, текст аннотаций и ключевые слова выравниваются по ширине страницы. После фамилии автора и названия статьи через один интервал необходимо поместить текст аннотации статьи на русском языке и ключевые слова (3–10 слов). Затем через один интервал в левом верхнем углу следует указать фамилию и инициалы автора и название работы на английском языке, далее – аннотацию и ключевые слова на английском языке. Статья также может быть представлена на английском языке, при этом требуется перевод названия на русский язык, а также аннотация и ключевые слова на русском языке.

5. Кавычки в тексте и в сносках проставляются в едином формате в следующем виде: « ». Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте. Диаграммы, таблицы, рисунки должны быть оформлены в текстовом редакторе Word.

6. Сноски и примечания помещаются постранично, со сквозной нумерацией и оформляются в соответствии с ГОСТ Р 7.0.5–2008. При оформлении сносок следует указывать фамилию и инициалы автора работы, ее название, год издания, номер страницы, иные сведения. Все библиографические элементы иностранных источников следует указывать на языке оригинала, по возможности избегая аббревиатур. При использовании электронных ресурсов сети Интернет следует указывать заголовок титульной страницы ресурса (<в угловых скобках>), полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.

7. После завершения статьи необходимо привести пристатейный библиографический список, т.е. список работ, цитировавшихся автором в представленном к публикации материале. В список не включаются Интернет-источники, нормативные акты, материалы судебной и следственной практики.

8. В конце статьи следует привести справку об авторе с указанием фамилии, имени, отчества, должности и места работы (учебы), ученой степени и (или) звания, а также полный почтовый адрес места работы. Эти сведения публикуются в журнале. В справке отдельно от вышеуказанных сведений также следует указать почтовый индекс, адрес, номер контактного телефона, e-mail. Эти сведения в журнале не публикуются и необходимы для связи сотрудников редакции с автором статьи.

9. Представляя текст работы для публикации в журнале, автор гарантирует правильность всех сведений о себе, отсутствие плагиата и других форм неправомерного заимствования в рукописи произведения, надлежащее оформление всех заимствований текста, таблиц, схем, иллюстраций. В случае если статья (материал) одновременно направляется в другое издание либо была опубликована ранее, автор должен сообщить об этом в редакцию при представлении мате-риала.

10. Настоятельно рекомендуем авторам тщательно проверять перед отправкой в журнал общую орфографию материалов, правильность написания соответствующих юридических терминов и оформления текста работы и ссылок. Редакция настоятельно просит авторов проверять соответствие представленного материала настоящим Правилам, а также электронные файлы – на отсутствие вирусов.

11. Статьи в обязательном порядке рецензируются членами редакционного совета или редакционной коллегии журнала в соответствии с профилем представленной работы и (или) привлеченными редакцией учеными или специалистами в соответствии с порядком рецензирования рукописей. Редакция по электронной почте сообщает автору о результатах рецензирования, по его просьбе отсылает текст рецензии, а в случае отрицательной рецензии на представленную работу возвращает ее текст автору. Отрицательная рецензия является основанием для отказа в публикации текста представленной работы. Рецензии представляются редакцией по запросам авторов и экспертных советов ВАК Минобрнауки России.

12. Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

13. Гонорар за публикации не выплачивается (кроме случаев опубликования статьи, подготовленной по заказу редакции и в соответствии с заключенным договором). Автору предоставляется возможность получить бесплатный электронный вариант экземпляра журнала, а также печатный вариант журнала при условии возмещения расходов по его пересылке на указанный автором почтовый адрес.

14. Авторы передают редакции исключительное право на использование произведения следующими способами: воспроизведение статьи (право на воспроизведение); распространение экземпляров статьи любым способом (право на распространение); перевод статьи (право на перевод). Представление материала, поступившего в адрес редакции, является конклюдентным действием, направленным на возникновение соответствующих прав и обязанностей. Согласие автора на опубликование материала на указанных условиях, а также на размещение его в электронной версии журнала предполагается. При направлении статьи в редакцию автор вправе предварительно оговаривать исключительные (специальные) условия использования предоставляемого им произведения. Автор вправе отказаться от публикации предоставленных им материалов не позднее даты подписания соответствующего номера в печать.

15. В случае нарушения предъявляемых к оформлению требований материал может быть возвращен автору на доработку. Рукописи, направленные авторам на доработку, подлежат возврату в редакцию в рекомендованный срок. О внесенных изменениях автор должен сообщить в прилагаемом к рукописи письме. В случае несоблюдения автором предъявляемых требований редакция имеет право отказаться публиковать представленный автором материал с мотивированным объяснением причин такого отказа.

Сведения об авторах

АБРЕКОВ Алихан Аскерович – магистрант кафедры Международного права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, 199048, г. Санкт-Петербург, В.О., 8 линия, д. 77 а.

БУСУРИНА Елена Олеговна – аспирант кафедры адвокатуры и нотариата Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина, Россия, 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ВАЩЕНКО Юрий Сергеевич – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой гражданского права и процесса Волжского университета им. В.Н. Татищева, г. Тольятти, ул. Ленинградская, д. 16.

ВЛАСОВ Анатолий Александрович – доктор юридических наук, профессор, проректор Российской академии адвокатуры и нотариата по научной работе, 105120, г. Москва, пер. Малый Полуярославский, д. 3/5.

ГРУЗДЕВ Владислав Викторович – кандидат юридических наук, заместитель по правовым вопросам главы муниципального образования «Северо-Байкальский район», Республика Бурятия, п. Нижнеангарск, ул. Рабочая, д. 125.

КАМЕНКОВ Виктор Сергеевич – доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Республики Беларусь, Председатель Высшего хозяйственного суда Республики Беларусь, председатель ОО «Белорусский союз юристов», 220029, Республика Беларусь, г. Минск, ул. Э. Пашкевич, д. 9-5 Н.

КУДРЯВЦЕВ Владислав Леонидович – доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Научно-исследовательского центра Московской академии экономики и права, 117105, г. Москва, шоссе Варшавское, д. 23.

ЛИБАНОВА Светлана Эдуардовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Курганского государственного университета, доцент, докторант УрГЮА, Член Совета Адвокатской палаты Курганской области, заведующая специализированной адвокатской конторой № 3 г. Кургана, Курганская область, г. Курган, ул. Советская, д. 39.

МАРТЫШКИН Василий Николаевич – заместитель председателя Верховного суда Республики Мордовия, судья высшего квалификационного класса, Почетный работник судебной системы, Заслуженный юрист Республики Мордовия, Республика Мордовия, г. Саранск, ул. Л. Толстого, д. 21.

ПЕРЕВАЛОВ Дмитрий Васильевич – кандидат юридических наук, доцент, начальник кафедры государственного учреждения образования «Институт национальной безопасности Республики Беларусь», 220034 Ф1, г. Минск, 34Ф1, ул. З. Бядули, д. 2.

ПЕТРОВ Дмитрий Вячеславович – научный сотрудник Центра исследования проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права, 450006, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Р. Зорге, д. 20.

ПОЗДНЯКОВ Михаил Львович – научный сотрудник Института проблем правоприменения при Европейском университете в Санкт-Петербурге, г. Санкт-Петербург, ул. Гагаринская, д. 3.

ПОПЕЛЮШКО Василий Александрович – доктор юридических наук, профессор, адвокат, директор Института права им. И. Малиновского Национального университета «Острожская академия», 35800, Украина, Ровненская обл., г. Острог, ул. Семинарская, д. 2.

РАГУЛИН Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент, адвокат, руководитель центра исследований проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права, 450059, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Р. Зорге, д. 20.

РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса Восточно-Казахстанского государственного университета, 070020, Республика Казахстан, г. Усть-Каменогорск, ул. 30-й Гвардейской дивизии, д. 34.

СОЛОВЬЕВА Татьяна Владимировна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса, докторант кафедры гражданского процесса Саратовской государственной академии права, 410056, г. Саратов, ул. Вольская, д. 1.

СТРЕЛЬНИКОВ Владилен Владимирович – кандидат юридических наук, юрист ООО «Спецмонтаж-Плюс», г. Саратов, ул. Чернышевского, д. 60/62.

ТОКМАКОВ Иван Сергеевич – аспирант кафедры адвокатуры и нотариата Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина, Россия, 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ТРИНЕВА Яна Олеговна – кандидат юридических наук, адвокат, доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин Национальной академии прокуратуры Украины, 04050, Украина, г. Киев, ул. Мельникова, д. 81 б.

ШАЙХУЛЛИН Марат Селирович – кандидат юридических наук, доцент, директор Евразийского научно-исследовательского института проблем права, 450059, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Р. Зорге, д. 20.

ШИЛОВА Наталья Павловна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры экологического и природоресурсного права Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина (филиал в г. Вологде), 160001, г. Вологда, ул. Мира, д. 32.

ABREKOV Alikhan Askerovich – post-graduate student of chair of International law of Law chair of the St. Petersburg State University.

BUSURINA Elena Olegovna – post-graduate student of the legal profession and notariate chair of MSLA.

GRUZDEV Vladislav Viktorovich – candidate of juridical sciences, deputy on legal questions of the head of municipality «North Baikal area» the Republic of Buryatiya.

KAMENKOV Victor Sergeevich – doctor of juridical sciences, professor, Honoured Lawyer of Belarus, Chairman of the Higher Economic Court of Belarus, Chairman of «Belarusian Union of Lawyers».

KUDRYAVTSEV Vladislav Leonidovich – doctor of juridical sciences, leading research associate of the Research center of the Moscow academy of economy and Law.

LIBANOVA Svetlana Eduardovna – candidate of juridical sciences, associate professor, member of council of Advocacy Chamber of the Kurgan region, Manager of specialized lawyer office № of 3.

MARTYSHKIN Vasily Nikolaevich – deputy chairman of the Supreme Court of the Republic of Mordovia, Honoured Worker of Judicial System of the Russian Federation, Honoured Lawyer of the Republic of Mordovia.

PEREVALOV Dmitry Vasilyevich – candidate of juridical sciences, assistant professor, chief of chair of public Institute of national security of Republic of Belarus.

PETROV Dmitry Vyacheslavovich – research associate of the Center of research of problems of organization and activity of legal profession of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law.

POZDNYAKOV Michael Lvovich – researcher of the Institute of law enforcement problems at the European University in St.-Petersburg.

POPELYUSHKO Vasily Aleksandrovich – doctor of juridical sciences, professor, advocate, director of the Institute of Law of the National University «Ostrozhskaya Academy» (Ukraine, Ostrog);

RAGULIN Andrey Viktorovich – candidate of juridical sciences, associate professor, advocate, head of the Center of research of problems of organization and activity of legal profession of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law.

RAKHIMBERDIN Kuat Hazhumukhanovich – candidate of juridical sciences, assistant professor, head of the chair of criminal law and criminal trial of the East Kazakhstan state university.

SHAIKHULLIN Marat Selirovich – candidate of juridical sciences, associate professor, director of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law.

SHILOVA Natalia Pavlovna – candidate of juridical sciences, associate professor, associate professor of chair of ecological and natural resources law of MSLA (branch in Vologda).

SOLOVYEVA Tatyana Vladimirovna – candidate of juridical sciences, associate professor of civil process, the doctoral candidate of chair of civil process of the Saratov state academy of law.

STRELNIKOV Vladilen Vladimirovich – the lawyer of JSC «Spetsmontazh-Plus».

TOKMAKOV Ivan Sergeyevich – post-graduate student of the legal profession and notariate chair of MSLA.

TRINEVA Yana Olegovna – candidate of juridical sciences, associate professor of criminal and legal disciplines of National academy of prosecutor's office of Ukraine, advocate.

VASHCHENKO Yuri Sergeevich – candidate of juridical sciences, assistant professor, chief of chair of civil law and process of the Volga university.

VLASOV Anatoly Aleksandrovich – doctor of juridical sciences, professor, vice-rector of the Russian Academy of Advocacy and Notaries.

III МЕЖДУНАРОДНАЯ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКАЯ КОНФЕРЕНЦИЯ

«АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ»

Приглашаем Вас принять участие в III Международной научно-практической конференции «Актуальные проблемы совершенствования законодательства и правоприменения», которая будет проводиться 8 февраля 2013 года, в г. Уфа, в заочном формате.

Работа конференции будет организована по следующим основным секциям: Государственно-правовая секция; Международно-правовая секция; Гражданско-правовая секция; Уголовно-правовая секция.

Три статьи из каждой секции, отобранные на конкурсной основе оргкомитетом конференции, будут бесплатно опубликованы в международном научно-практическом журнале «Евразийская адвокатура» в течение 2013 года. Обзоры работ участников конференции также будут опубликованы на страницах журнала.

Организационный взнос за участие в конференции составляет 850 рублей, расходуемых на подготовку, издание и рассылку сборника.

Для участия в конференции необходимо до 8 февраля 2013 года (включительно) представить заявку и текст доклада в виде файлов, приложенных к электронному письму.

По результатам конференции будет издан сборник материалов, который будет разослан авторам посредством почтовой рассылки в апреле 2013 года, а также размещен в свободном доступе в сети Интернет.

Материалы следует направлять по электронной почте: ***eurazniipp.konferentsia2013@yandex.ru***

Подробную информацию о конференции Вы можете узнать на веб-сайте Евразийского научно-исследовательского института проблем права: ***www.eurasniipp.ru***