

Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего профессионального образования
«Кемеровский государственный университет» (КемГУ)
Юридический факультет

**ПРАВОВОЕ ОБРАЗОВАНИЕ
ГРАЖДАНСКОЕ ОБЩЕСТВО
СПРАВЕДЛИВОЕ ГОСУДАРСТВО**

VI (XIII) Международная научная конференция
студентов и молодых ученых (26-27 апреля 2012 года)

Материалы конференции
(научное издание)

Издается по решению
Редакционно-издательского совета КемГУ

Издатель:
КемГУ
650043, г. Кемерово, ул. Красная, 6

Кемерово 2012

УДК 34 (063)
ББК Х.я431
П 68

Правовое образование. Гражданское общество. Справедливое государство. VI (XIII) Международная научная конференция студентов и молодых ученых: материалы конференции [Электронный ресурс] / отв. ред. Е.С. Трезубов, КемГУ. – Электрон.дан. Объем 5 Мб – Кемерово: КемГУ, 2012. – 1 электрон. опт. Диск (CD-ROM). – Систем. требования: Intel Pentium (или аналогичный процессор других производителей), 500 МГц; 256 Мб оперативной памяти; видеокарта SVGA, 1280x1024 High Color (32 bit); 5 Мб сבודного дискового пространства; Adobe Reader 6.0 и выше (или аналогичный продукт для чтения файлов формата pdf). – Загл. с экрана. – Номер гос. Регистрации в ФГУП НТЦ «Информрегистр»

ISBN 978-5-8353-1543-7

В материалы по итогам традиционной VI (XIII) Международной научной конференции вошли статьи студентов, молодых ученых, их научных руководителей, сотрудников правоохранительных органов и сотрудников юридических организаций по актуальным вопросам внутригосударственного и международного права. Значительное место занимают работы принявших участие в конференции иностранных ученых. Для студентов и аспирантов юридических вузов, институтов и факультетов, научных и практических работников, всех интересующихся современными проблемами развития права, актуальными вопросами теории и истории права.

Редакционная коллегия:

Юркевич Николай Алексеевич, к.ю.н., доцент, декан юридического факультета КемГУ, зав. кафедрой уголовного процесса и криминалистики юридического факультета КемГУ, председатель оргкомитета конференции, руководитель редакционной коллегии.

Черненко Тамара Геннадьевна, д.ю.н., профессор, зав. кафедрой уголовного права и криминологии юридического факультета КемГУ.

Гаврилов Станислав Олегович, д.и.н., профессор, зав. кафедрой государственного и административного права юридического факультета КемГУ.

Ломанова Наталья Павловна, к.ю.н., доцент кафедры государственного и административного права юридического факультета КемГУ.

Бляхман Борис Яковлевич, к.ю.н., доцент, зав. кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета КемГУ.

Опилат Наталья Ивановна, к.ю.н., доцент, зав. кафедрой гражданского права юридического факультета КемГУ.

Этина Татьяна Степановна, к.ю.н., доцент, зав. кафедрой трудового, экологического права и гражданского процесса юридического факультета КемГУ.

Силаев Семен Александрович, ассистент кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета КемГУ.

Трезубов Егор Сергеевич, ответственный по научно-исследовательской работе юридического факультета КемГУ, ответственный редактор.

ISBN 978-5-8353-1543-7

УДК 34 (063)
ББК Х.я431

© Авторы научных статей, 2012
© КемГУ, 2012

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

ПРОТИВОСТОЯНИЕ ЗАКОНОВ

*Лебедева Е. К.,
студентка юридического факультета СПбГУ*

Несмотря на официальное закрепление необходимости соответствия всех нормативно-правовых актов Основному закону в России, нередко можно столкнуться с ситуацией противоречия содержания различных законов. Такое противостояние проявляется в коллизии правовых актов и в частности в конкуренции законов. В науке не сформировано единого мнения по определению понятия коллизии законов. Следует отметить, что коллизия правовых актов является одним из видов юридической коллизии, которая, в свою очередь, входит в объем понятия «социальная коллизия». Таким образом, юридическая коллизия может проявляться не только в коллизии правовых актов, но и в коллизии правовых норм, правовых институтов и т. п. В этой связи обратимся к определению юридической коллизии, данному Н. И. Матузовым: «расхождения или противоречия между отдельными нормативно-правовыми актами, регулирующими одни и те же, либо смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе правоприменения и осуществления компетентными органами и должностными лицами своих полномочий».¹

Далее представляется необходимым определить некоторые особенности конкуренции законов как составной части коллизии: она не предполагает наличие совершенно несовместимых и взаимоисключающих друг друга правовых норм и предписаний; конкуренция законов может иметь только правовой характер, но не политический или социальный.

Обратимся к признакам конкуренции законов, выделяемых Н. М. Марченко:

1. Различие, расхождение и противостояние законов, которые могут при определенных условиях переходить из первоначальной стадии противоречия в другую, более высокую;
2. Состязательный характер таких законов и норм, в них содержащихся;
3. Схожий уровень юридической силы законов и органов, их издавших;
4. Отличие друг от друга по времени издания, степени конкретизации;
5. Направленность на регулирование одних и тех же общественных отношений;

¹ Общая теория государства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2-е. Отв. Ред. М. Н. Марченко. М., 2001. С. 405.

6. Возможность, в конечном счете, применения лишь одного из конкурирующих законов к тем или иным отношениям.¹

Наконец, обратимся к проблеме существования различных форм конкуренции законов и к принципам и правилам разрешения вопроса выбора применения закона.

1. В первую очередь, конкуренция законов предстает нам в форме противостояния кодифицированного и некодифицированного законов. Такая проблема отнюдь нередко возникает в гражданском, семейном, земельном и других отраслях права. Как правило, такие противоречия разрешаются по принципу приоритета кодифицированного акта, который в некоторых отраслях законодательно закреплен, как, например, в ст. 3 Гражданского кодекса РФ («нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу»). В других случаях, когда закон не устанавливает правил соответствия, такое регулирование обусловлено самой правоприменительной практикой.

Проблема заключается в том, что формально и кодекс, и любой другой федеральный закон обладают одинаковой юридической силой, приняты одним и тем же органом и регулируют одни и те же общественные отношения, поэтому, на первый взгляд, причин установления принципа приоритета кодифицированного акта не существует. Отсутствие положений, закрепляющих вышеназванный принцип, является признаком нестабильности системы законодательства и создает много вопросов в сфере практики. «Почему некоторые законы провозглашают себя главными? Почему Гражданский кодекс считается главным в этой отрасли? Почему Трудовой кодекс – важнейший в своей сфере?»² Безусловно, следует отметить, что существует правовая позиция Конституционного Суда РФ по настоящему вопросу, сформированная в Постановлении от 29 июня 2004 г. № 13-П, где речь идет о признании норм Уголовно-процессуального кодекса приоритетными по сравнению с нормами других федеральных законов, регулирующих уголовно-правовые отношения.³ Таким образом, Конституционный Суд, отмечая «особую роль, которую выполняет в правовой системе Российской Федерации кодифицированный нормативный правовой акт, осуществляющий комплексное нормативное регулирование тех или иных отношений», фактически признает за любым кодифицированным актом большую юридическую силу, нежели за простым законом. Но такая позиция не закреплена законодательно, а роль решения высшей судебной инстанции как источника права в России достаточно спорна.

Приоритет кодифицированного закона вполне объясним тем, что он комплексно регулирует определенную сферу правоотношений, у него гораздо более широкое поле. Изначально предполагается, что правовые нормы, в нем со-

¹ М. Н. Марченко. Источники права. М., 2008. С. 159.

² Тихомиров Ю. А. Закон: притязания, стабильность, коллизии// Законодательство России в XXI веке. По материалам научно-практической конференции. Москва, 17 октября 2000г. М., 2002. С.10.

³ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29 июня 2004 г. N 13-П по делу о проверке конституционности отдельных положений статей 7, 15, 107, 234 и 450 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы. Российская Газета. 2004. 07 июля.

держась должны действовать вместе, и снижается степень риска возникновения коллизий правовых норм уже в самом законе.

2. Другой формой конкуренции является конкуренция общего и специального законов. Здесь необходимо отметить, что такая конкуренция может возникать не только в рамках одной отрасли, но и в межотраслевом пространстве. Указанная форма конкуренции регулируется посредством применения принципа приоритета специального закона. Данный принцип получил закрепление во многих правовых актах, в т. ч. прямо оговорен в некоторых законах, неоднократно подтвержден позицией Конституционного Суда. Специальный закон по своей сути вступает в роли акта, конкретизирующего некие общие нормы, таким образом, он подробней раскрывает те или иные положения, закрепленные общим законом. В качестве примера может выступать ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью». Предмет его регулирования входит в сферу гражданских правоотношений, где действуют и другие, более общие нормы, например, Гражданский кодекс РФ. Таким образом, если нормы, содержащиеся в ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» вступают в противоречие с нормами Кодекса, то применяться будет федеральный закон. Можно говорить о том, что специальная норма отменяет действие общей в конкретных случаях, выступая в своем роде на фоне общей нормы как некое исключение из правил.

Сравнивая принципы приоритета кодифицированного закона и приоритета специального закона, нетрудно заметить существование противоречия между ними, так как они, по сути, являются противоположными. То есть, в одном случае Кодексу придается большее значение, а остальные законы должны ему соответствовать, а в другом случае несоответствующие Кодексу нормы приобретают большее значение. Исходя из этого, необходимо очень четко видеть грань между применением первого или второго принципа, чтобы не создавать неоднозначных ситуаций в правоприменении.

3. В качестве еще одной формы конкуренции законов необходимо назвать конкуренцию ранее и позднее изданного законов. В данном случае применяется принцип «*lex posterior derogat priori*» («последующий закон отменяет предыдущие»), который был сформирован еще в римском праве и с тех пор и применяется. Безусловно, его действие не является абсолютным. Так, например, в уголовном праве существует принцип применения более мягкого закона в случаях, если после возникновения уголовно-правовых отношений появился закон, ухудшающий положение лица, совершившего преступление.¹ Применение более позднего закона не имеет четкого законодательного закрепления, как и вышеназванные принципы, поэтому достаточно сложно понять, какой из принципов следует применять в определенной ситуации. Представляется оптимальным такое решение проблемы, как предлагает М. Н. Марченко: необходимо «формально-юридическое закрепление иерархии этих принципов, равно как и «статуса» каждого из данных принципов».² Так же по этой проблеме высказывается

¹ Уголовный Кодекс Российской Федерации. М., 2011. С. 10.

² М. Н. Марченко. Указ. соч. С. 166.

Ю. А. Тихомиров: «В стране нет, к сожалению, федерального закона о нормативных правовых актах. [...] Между тем, классификация законов и их актов даст ответы на многие вопросы».¹

Не менее важной, но проще регулируемой является проблема противостояния законов по их отраслевому признаку. Например, в случае противоречия законов, регулирующих семейные правоотношения и гражданские правоотношения, применяется последний, так как семейное право так или иначе можно назвать некоей частью гражданского. В таких случаях законодательно закреплено, что к отношениям, не урегулированным нормами одной отрасли, применяются нормы другой отрасли или аналогия закона (например, ст. 4, ст. 5 СК РФ).

Кроме того, существует противостояние законов, изданных федеральными и региональными органами власти. Так, ч. 5 ст. 76 Конституции РФ закрепляет приоритет федерального законодательства по вопросам ведения Российской Федерации и совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Но в тех случаях, когда региональным законом регулируются отношения, относящиеся только к ведению субъектов федерации, в соответствии с ч. 6 ст. 76 Конституции РФ применению подлежит закон субъекта Российской Федерации.

О СООТНОШЕНИИ ПОЗИТИВНОГО И ИНТУИТИВНОГО ПРАВА

*Ивкович Никола,
студент юридического факультета
Крагуевацкого университета (Республика Сербия).*

Развитие права как явления постоянно ставит правовую доктрину перед никогда до конца не разрешимыми проблемами в области разработки самого понятия права. Мы постоянно занимаемся размышлениями о праве вообще, и эта тема становится вечной константой, свидетельствующей о том, что сущность права до сих пор до конца не выяснена, а само право, как явление, вследствие этого до сих пор не может быть точно определено. Наши усилия по преодолению расхождений в общем понимании права всегда остаются, в конечном счете, безрезультатными, что стало поводом для известного ироничного замечания Канта насчёт правовой теории, не сумевшей договориться о понятии права и утвердить его. И даже когда стабильность общественных отношений создаёт иллюзию твёрдой уверенности в неприкосновенности суждений и оценок, касающихся права, настаивающие нас вызовы реальной (и правовой) жизни вновь открывают путь к переосмыслению достигнутого уровня научного знания. Взгляды доктрины, обращённые к праву, нередко являются лишь новыми припоминаниями того, что уже ранее было сказано о понятии права, его приро-

¹ Тихомиров Ю. А. Закон: притязания, стабильность, коллизии// Законодательство России в XXI веке. По материалам научно-практической конференции. Москва, 17 октября 2000г. М., 2002. С.10.

де и классификации и вокруг чего в правовой теории уже было достигнуто согласие. Поскольку юридической мысли больше всего может навредить монолитность, в ней всегда существуют расхождения, по крайней мере, на уровне идейных течений. Если бы этого не было, вряд ли могла бы возникнуть и сама научная мысль, которую (по крайней мере, в случае права) должен сопровождать веер нехаотических различий.

Трансформация государственно-правового строя современных государств на рубеже XX и XXI веков побудила нас вновь обратиться в данной работе к учению об интуитивном и позитивном праве, дабы на основе абстрактного анализа эмпирической правовой практики проверить предложенную двучленную классификацию права и тем самым вновь ответить на вопрос о возможности её существования.

Позитивное и интуитивное право. Прежде всего, приведём те основные постулаты, на которых Лев Иосифович Петражицкий (*Leon Petrażycki*), создатель и ярчайший представитель психологической теории права, строит своё видение данного общественного явления. Рассматривая право как особый психический процесс, он определяет его как совокупность императивно-атрибутивных переживаний в человеческой психике, опирающихся на нормативные факты или возникших сами по себе, независимо от такого рода фактов, в то время как правовые нормы (иначе — проекции, фантазмы и т. п.) являются необходимым спутником этих переживаний¹. Вместе с тем, данное направление психологической теории не считает такой подход к праву единственным возможным и признаёт существование других видов и форм права. В этой связи наибольший интерес представляет анализ соотношения интуитивного и позитивного права. Тот факт, что Л.И. Петражицкий настаивает на существовании интуитивного права, не даёт нам оснований усматривать здесь некие ограничения или считать такое понимание права исключительным. Напротив, он расширяет понятие права, обращая внимание на то его измерение, которое преодолевает догматический формализм. Таким образом, психологическая теория относится к тому ряду школ, которые подчёркивают необходимость всегда искать в правовом комплексе ту составную часть (будь то естественное, божеское, историческое, культурное или некое иное право), которая позволяет преодолеть позитивистские представления.

При всём многообразии представлений о сущности права обратим внимание на исключительное сходство психологической и естественно-правовой теорий в методологическом подходе к такой крупной проблеме, как общее понятие права. Обе названные школы признают неминуемость позитивного права при рассмотрении общего понятия права. Иными словами, в обоих случаях теоретическая структура права имеет двухполярный характер, и в ней всегда присутствует позитивное право. *Ius positivum (ius positum)*² является материалом для

¹ См. подробнее: Подгорац, Т. Огляди о праву, филозофија права, теорија права и социологија права. — Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу, 1998. — Стр. 218.

² «Термин имеет латинское происхождение и образован от глагола *pono, ponere, posui, positum* — поставить, положить, установить; таким образом, выражение *ius positivum*, появившееся в XII веке вследствие искажённого прочтения термина *ius positum*, могло бы быть дословно переведено как установленное право»

сопоставления с разумной архитектурой новой ипостаси права, будь то право естественное или интуитивное. И то и другое появляются как реакция на недостатки (уже существующего) позитивного права. Мысли и об интуитивном, и о естественном праве проистекают из уверенности в ущербности позитивного права, что является их исходным пунктом. На основе этого первоначального идейного импульса развиваются новые фазы, что, в конце концов, приводит к формулированию автономных правовых теорий.

Итак, попытаемся очертить теоретический треугольник «позитивное – естественное – интуитивное право» и на этой основе примирить позитивистский, естественно-правовой и психологический подходы к праву.

Интуитивное право существует параллельно с позитивным, находясь с ним, помимо возможного взаимного соответствия, в более или менее напряжённых отношениях. Таким образом, реакция этих двух форм права друг на друга может быть сведена к согласию или несогласию, а преобладание той или иной формы взаимоотношений зависит от быстроты реакции одного или другого права на вызовы социальной действительности.

Именно в процессе применения находится своеобразная «точка кипения», когда обнаруживается расхождение между интуитивным и позитивным правом и, соответственно, происходит их сопоставление. Отсутствие применения позитивно-правовой нормы не уничтожает её, а лишь раскрывает содержание нормы интуитивного права, отличное от содержания нормы позитивного права; таким образом проявляется конфликт двух норм, который не может быть разрешён по принципу отмены одной из них. Даже если одна из этих норм превалирует, существование другой никоим образом не прекращается. Норма позитивного права подвержена изменениям, точно так же, как и норма интуитивного права, поэтому обе они всегда будут существовать при наличии возможности изменения их содержания. Их взаимозависимость обусловлена как взаимным влиянием, так и влиянием других факторов, находящихся вне сферы формальных источников позитивного и интуитивного права.

Создание позитивно-правового порядка является творческим ответом нормотворца на вызовы конфликтных общественных отношений, существующих как на сегодняшний день, так и в футурологических проектах. Создатели норм позитивного права руководствуются необходимостью наиболее адекватного урегулирования существующей и будущей реальности; при этом позитивист не утруждает себя мыслями о количестве и качестве тех расхождений между позитивным и действительным, которые могут в результате этого возникнуть. Когда конфликт достигает невозможного уровня напряжённости, содержание позитивно-правовой нормы преобразуется так, что она становится концептуально соответствующей потребностям действительности. При всём при том, норма интуитивного права имеет собственное инвариантное содержание, соответствующее действительности, и она наиболее содержательна в плане

(Чавошки, К. Увод у право. I: Основни појмови и државни облици. Београд: Издавачка агенција «Драганић», 1994. С. 46).

честного отношения к ней адресата, которому она предписана самой диспозицией, так что это отношение практически такое же, как к норме морали.

Норма интуитивного и позитивного права. Интуитивная норма представляет собой единый комплекс волнений и связей определённых характеристик всех остальных видов права и содержащихся в них норм, при этом формируется её собственная физиономия. От позитивного права она заимствует суть отношений между сущим и должным; от моральной нормы – искренность и критерии истины; от естественного права – совокупность определённых ценностей; от обычной нормы – специфический процесс возникновения и оформления правила. Эта амальгамная смесь придаёт интуитивной норме новое качество особого рода правовой нормы и образует систему таких норм, обозначаемую как интуитивное право.

Творцом интуитивной нормы является не государство, а индивидуальная психика, появляющаяся не сама собой, а как результат действия определённых факторов. Чтобы признать в теоретическом плане существование интуитивной нормы, невозможно исключить из процесса её создания социальный компонент, поскольку индивид не обладает способностью к ничем не обусловленному и абсолютно не зависящему от множества других индивидов творческому акту. Необходимо установление психической связи, взаимодействия согласованных интеллектуальных и волевых устремлений неопределённого круга индивидов, вследствие чего интуитивная норма приобретает качество всеобщности. Интуитивная норма, таким образом, представляет собой совокупность психических отношений, касающихся должного поведения лица. Формирование этих отношений протекает как сложный процесс, в котором участвуют определённые сведения, желания и идеи о том, каково есть определённое поведение, каковы его последствия, цели, осуществимость, практические результаты, положительные и отрицательные стороны... На все эти внешние импульсы индивид реагирует, создавая собственное представление о том, как следует себя вести в определённой ситуации. Когда достигается минимальная степень согласованности, происходит унификация индивидуальных психических отношений и возникает новое качество, превосходящее индивидуальные психики. В общем и целом, интуитивное право есть отвлечённое психическое представление о способе поведения, имеющее целью регулирование общественных отношений, а индивидуальная психика – приведённый в соответствие компонент абстрактной интуитивности.

Интуитивная норма может быть первоначальной, и в этом случае она возникает, как следствие ощущения необходимости создать в психике правило поведения, не обнаруженное в системе позитивного права. Речь идёт о случаях, не предусмотренных нормами позитивного права, т. е. о пробелах в праве. В данной работе нам нет нужды выяснять причины, по которым в регулятивной системе позитивного права образуется правовой вакуум, поэтому мы ограничимся лишь констатацией наличия данного явления. Мы также не станем останавливаться на критериях, которыми должен руководствоваться позитивный правотворец, решая вопрос о необходимости привести в порядок неурегулированное общественное отношение (что также является одним из признаков в определе-

нии правового пробела в существующей теории права). Заметим лишь, что интуитивное право ощущает недостаток позитивного права и необходимость восполнить эту пустоту. Таким образом, разрешение этой проблемы в рамках механизма позитивного права есть результат уже возникшей нормы интуитивного права. Первой появляется именно интуитивно-правовая норма, и лишь потом на неё реагирует позитивное право, что может проявляться как принятие или отвержение созревшей интуитивной нормы, выражающей необходимость урегулировать оставленное без внимания общественное отношение, а также необходимость создать само правило.

Возвращаемся к случаям, в которых существует позитивно-правовая норма. Её всегда сопровождает параллельно с ней существующая интуитивно-правовая норма с возможными вариантами отношений соответствия или конфликта между ними. Позитивное право, как мы уже указали, игнорирует интуитивную норму, однако интуитивное право признаёт и подвергает своему действию позитивно-правовую норму. Вместе с тем, при всём уважении к самодостаточности позитивного права, определённый интерес для нас представляет вопрос о том, действительно ли оно полностью избавилось от ощущения, что рядом с ним существует интуитивное право?

1. В этой связи обратим внимание на проблему обоснования законопроектов. Нормами позитивного права предусмотрено, что при принятии закона субъект, выходящий с законодательной инициативой, должен указать основания и мотивы его принятия.

2. Помимо этого общего правила законодательной техники, укажем также на обратную силу некоторых законодательных норм, для придания которой, согласно позитивно-правовой норме, необходимо ясно указать на наличие общественных интересов, оправдывающих это исключение из принципа правовой определённости.

3. Наконец, преамбулы конституций чаще всего представляют собой выражение соответствующих эмоционально-психических отношений и представлений конституционного законодателя относительно известных исторических эпох, современности и планов учредительной власти на будущее.

Приведённые примеры свидетельствуют о психологизации юридических процессов и ясно подчёркивают их интуитивность. Обоснованием законопроекта, объяснением ретроактивности и самим текстом преамбулы позитивно-правовая формула избавляется от угловатости, если не считать наличия предписаний об их обязательности (или подразумеваемых предположений, когда речь идёт о преамбуле). Содержание указанных форм позитивно-правовых текстов определяется психическим отношением к необходимости принятия определённого закона; психическим отношением к необходимости придать обратную силу определённой норме закона; и психическим отношением к фактам, на которые апологетически опирается учредительная власть в своих стремлениях создать и установить определённый строй. В трёх вышеприведённых случаях происходит наиболее явная материализация содержания интуитивной нормы, которое может непосредственно определять возникновение и содержание позитивной нормы. Таким образом, позитивное право своими классическими нор-

мами признаёт необходимость в рамках собственной формальной документации отвести место для текста интуитивной нормы. Позитивное право предусматривает правила, обязывающие создателя позитивного права представить общественности ясно сформулированные положения о том, чем обусловлены отдельные его нормативно-правовые действия (издание закона, придание обратной силы, принятие конституции). Следует, однако, иметь в виду, что «законодательные изречения и иные нормативные факты представляют для правовой психики базис для производства путём различных умственных операций различнейших новых правовых суждений и соответственных проекций – норм»¹.

В тексте обоснования закона мы узнаём интуитивную норму, поскольку в нём материализованы соответствующие интуитивно-правовые заповеди, т. е. объясняющее правило о правилах, которые устанавливаются в последующем нормативном тексте закона. Первое правило является интуитивным и предшествующим другому правилу – позитивно-правовому.

Преамбула может рассматриваться и как императивно-атрибутивное переживание конституционного законодателя по поводу высшей юридической силы. Конституционная норма имеет за собой подразумеваемую пранорму, предположенное нормативное основание, позиционирующее и самого творца конституции. Если учредительная власть представляет собой совокупность широких слоёв активного народа, определяемых как *populus*, то в процессе поиска пранормы мы должны глубоко проникнуть в самые недра людской психики, в которых содержится качественный источник, питающий и самого творца конституции. Воображение как единственно возможное решение проблемы идентификации данного источника (а его в своём бессилии признаёт даже Кельзен)² даёт нам импульс к обнаружению многих потенциальных, по-видимому, никогда до конца не осознаваемых идей, которые позволят нам установить, кто является творцом этой пранормы.

Динамика изменений роли государства в обществе характеризует современный период и вновь актуализирует старую проблему правопонимания. Неразрывная связь между государством и правом постоянно напоминает правовой науке о необходимости беспрестанного пересмотра с различных теоретических позиций достигнутых результатов исследований в области правопонимания. В этом царстве идей центральное место занимает форма права, непосредственно опирающаяся на существующие национальные правопорядки, – позитивное право. Имея чётко определённую сферу действия во времени, пространстве и по кругу лиц, позитивное право имеет тенденцию подвергаться вызовам со стороны других форм правовых явлений, отличных от него. Порой претенциозное, позитивное право стремится избежать признания того, что существуют правовые переживания за его мысленными горизонтами, утверждая, что эти пережи-

¹ Петражицкий Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Т. I. Изд. 2-е, испр. и доп. СПб.: Тип. т-ва «Екатерингофское печатное дело», 1909. С. 229.

² Кельзен признаёт данную гипотезу (хотя она и не является теоретико-правовой) логической и неизбежной при нормативистском понимании правового материала. См.: Кельзен, Х. Чиста теорија права: увод у проблематику правне науке. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду (Центар за публикације), 1998.

вания не относятся к делу, не имеют значения и непознаваемы, а потому принадлежат к области философии.

Представляется, что XX век прошёл под знаком постоянной поляризации по линии позитивное – естественное право при постоянных культурологических усилиях сблизить эти теоретические направления на основе достижения большего взаимопонимания.

Вместе с тем, когда речь идёт об общем понимании права, достижения теории говорят нам о необходимости продолжить исследования как позитивного права, так и других форм теоретико-правового плюрализма. В этом плане психологическая теория, лишь на один из сегментов которой мы указали в данной работе, занимает важное место в качественной и объективной оценке сложной структуры права. Неприятие некритического отрицания положений психологической теории, касающихся позитивного права, в сущности, представляет собой попытку оспорить иронию Канта по поводу нас, юристов, и нашего всё ещё недостигнутого согласия относительно самого понятия права.

ПРАВОВОЕ ГОСУДАРСТВО КАК ПРЕДМЕТ ПОЛИТИЧЕСКОГО АНАЛИЗА

*Синянский К. П.,
студент юридического факультета
Сумского государственного университета (Украина)*

Человечество начало свое развитие много веков назад как обычное биологическое существо. Лишь с появлением абстрактного мышления у человека появились повышенные требования к обитанию в обществе. Так появилось определение «правового государства», гражданского общества и другие. Постепенно определение правового государства совершенствовалось и реформировалось. Были попытки воплотить в жизнь доктрину правового государства в нескольких аспектах, но эти попытки не реализовались из-за высоких требований к обществу самой идеей такого государства.

Проблематика идеи правового государства состоит в вопросе соответствия самой идеи правового государства человеческой природе, а как следствие оценивались возможности построения такого.

Правовое государство – правовая форма организации и деятельности политической власти и ее взаимоотношений с индивидами как субъектами права. Правовое государство характеризуется рядом признаков, которые касаются организации государственной власти, состояния правовой системы, правового статуса лица. К самым важным из таких признаков, которые также называются принципами, принадлежат: народный суверенитет – признание народа единственным источником и верховным носителем власти в государстве; верховенство права – господство права во всех сферах общественных отношений, подчинение всех граждан и государства правовым нормам; взаимная правовая ответственность государства и гражданина; разделение государственной власти

при осуществлении функций законодательной, исполнительной и судебной власти разными государственными органами, сбалансированность их полномочий; реальность прав и свобод индивидов, обеспеченная системой социально-экономических, политических, организационных и юридических гарантий. Правовым есть государство, в котором юридическими средствами реально обеспечено осуществление, охрана и защита прав и свобод человека и гражданина. Суть идеи правового государства заключается в том, чтобы связать государство правом, подчинить его действия закону. При этом сам закон должен быть правовым, то есть отвечать требованиям права как синониму справедливости, демократизма, гуманизма и нравственности.

Положение о правовом характере государства содержится в конституциях многих государств. Так, Конституция Российской Федерации закрепила это положение в ч. 1 ст. 1, где говорится, что Российская Федерация – Россия есть демократическое федеративное правовое государство с республиканской формой правления.¹ Схожее положение имеется и в Конституции Украины (далее Конституция) в ст. 1, в которой говорится, что Украина есть суверенным и независимым, демократичным, социальным, правовым государством.²

Общие конституционные положения о правовом государстве конкретизируются путем закрепления в конституциях ее основных принципов.

В законах государство устанавливает общеобязательные правила поведения, которые должны максимально учитывать объективные потребности общественного развития на началах равенства и справедливости. Именно поэтому закон имеет высшую юридическую силу. Все другие правовые акты должны отвечать закону. Законы регулируют наиболее важные, стержневые стороны общественной жизни. Они определяют меру свободы в жизненно важных сферах, охраняют этические ценности общества (например, законы о предпринимательстве, об акционерных обществах, об общественных объединениях, о свободе совести, о печати и других). Подзаконные акты, при необходимости, могут лишь конкретизировать некоторые положения законов, но ни в коем случае не «совершенствовать», не «подправлять» и не «менять» закон.

В то же время правовой закон не допускает произвола законодателя. В законах должны выражаться общественные отношения, которые объективно возникают, тенденции их развития и самообновления. Разного рода законодательные ограничения и запреты субъективного характера подрывают основы правового государства, сдерживают общественный прогресс.³

Понятие «правовое государство» невозможно понять, не изучив понятие «гражданского общества». В современном понимании гражданское общество – это общество, в котором:

¹ Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ и от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ). URL: <http://www.constitution.ru/10003000/10003000-4.htm> (дата обращения: 28.04.2012).

² Конституция Украины: Основной Закон Украины от 28.06.1996 г. № 254к/96-ВР // Ведомости Верховной Рады Украины. 1996. № 30. С. 46.

³ Субботін В. М., Філонов О. В., Князькова Л. М., Тодоров І. Я. Теорія держави і права: навч. посіб. К.: Знання, 2005. С. 182.

1. определяющими субъектами общественного отношения является не государство или его органы, а независимые от государства граждане и их объединения. Это означает, что в гражданском обществе все отношения должны быть направлены не на обеспечение удобства функционирования органов государства и их должностных лиц, а на создание наилучших условий для удовлетворения законных прав и интересов граждан;
2. государство выступает не руководителем, а слугой общества;
3. человеку гарантируются реальная свобода, действительность и неприкосновенность его прав и свобод;
4. реально обеспечиваются разнообразие и равенство всех форм собственности;
5. существует реальное разнообразие идеологической и культурной жизни граждан;
6. сформировалось и функционирует правовое государство.

Таким образом, гражданское общество – это общество, которое обеспечивает наилучшие условия для деятельности и развития граждан, их объединений во всех сферах общественного отношения.¹

На основе Конституции Украины приоткрываются возможности для нового этапа в развитии украинской государственности, который должен быть связанным с признанием общегуманистических ценностей и основываться, прежде всего, на идее уважения к правам человека, его правовой защищенности, автономии воли, на наличии сфер, где государство не могло бы вмешиваться в личную жизнь человека. Процесс исторического творчества человека в значительной мере зависит от объема его прав и свобод, которые определяют его социальные возможности и блага, которые обеспечивают характер жизнедеятельности, систему связей, взаимодействий и взаимоотношений людей в обществе.²

Но когда мы говорим о реализации норм Конституции Украины относительно обеспечения прав человека и гражданина, надо учитывать и тенденцию, которая проявляется особенно среди молодежи и нередко поддерживается общественным мнением. Речь идет о другой крайности, когда объявляется безусловный приоритет интересов лица относительно интересов общества, государства, коллектива. Это может привести к конфликтам лица с обществом, ориентации лица на личные интересы. Поэтому необходимо с помощью правовых средств, возможностей государственных и негосударственных учреждений, праворазъяснительной деятельности обеспечивать компромисс между интересами, нуждами каждого человека, государства, общества. Сделать это не просто, но необходимо. При этом надо исходить из того, что граница реализации прав и свобод лица определяется системой социальных ценностей, конституционными и другими законодательными предписаниями.³

Важным принципом функционирования правового государства является гласность, открытость деятельности государственных учреждений, свобода

¹ Орленко В. В. Історія вчень про державу та право: посібник для підготовки до іспитів. К.: Алерта, 2007. С. 40

² Михалев А. Конституционность как фактор правового государства // Юридический вестник. 2001. № 4. С. 84.

³ Горбунова Л. Роль правової освіти в утвердженні верховенства права // Право України. 2006. № 4. С. 157.

средств массовой информации, отсутствие цензуры. Без этого невозможен контроль общества над государством, невозможна демократия, эфемерной является связанность государства правом. Информация – это власть, поскольку тот, кто владеет информацией, тот владеет и властью. В Конституции Украины (ст. 34) устанавливается, что каждый имеет право свободно собирать, использовать и распространять информацию устно, письменно или другим способом на свой выбор, в ст. 15 Конституции закреплено, что цензура запрещена.¹ Вместе с этим, в данной сфере возникает множество проблем, в том числе и относительно обеспечения конституционного права граждан на информацию, защиты информационного суверенитета Украины и т. п. Поэтому согласно конституционным предписаниям необходимо существенно совершенствовать информационное законодательство. В этом должны быть заинтересованы как государство, так и структуры гражданского общества.²

Положение ст. 8 Конституции о прямом действии конституционных норм не отбрасывает, а требует основательного обеспечения нормативного регулирования общественного отношения текущим законодательством.

Вместе с этим нет никаких оснований приуменьшать прямое применение норм Конституции. В них реально воплощается масштаб поведения субъектов права на всех уровнях: общество – государство – коллектив – лицо, закрепляется самое важное общественное отношение. Непосредственное действие Конституции распространяется не только на конкретные, а и на общие положения. К сожалению, правоприменительные органы не часто в своих решениях ссылаются на нормы Основного Закона Украины, что связано или с недостаточно высоким его авторитетом в среде юридического сообщества, или же с отсутствием привычки ссылаться на конституционные предписания. На наш взгляд, это феномен не только юридический, а и психологический и он достойный глубокого научного анализа.³

При исследовании данной темы выявлен ряд спорных вопросов, а именно: 1) нечеткое определение правового государства в специальной юридической литературе, а потому необходимо углубить знание по этому вопросу путем дополнительных исследований ученым-правоведами; 2) несформированность у населения самого понятия «правового государства», а также необходимости ее построения; 3) сложность и противоречивость вопроса правового государства и возможности его построения; 4) отсутствие четкой доктрины правового государства, а потому невозможность воплотить ее в действительность органами государства.

ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ КОРРУПЦИИ В РОССИИ

Погребная Т. С.,

¹ Конституция Украины: Основной Закон Украины от 28.06.1996 г. № 254к/96-ВР// Ведомости Верховной Рады Украины. 1996. № 30. С. 46.

² Копейчиков В. В. , Колодій А. М. Правознавство: підруч. К.:Юрінком Інтер, 2006. С. 188.

³ Лисенков С. Л. Загальна теорія держави і права: підруч. К.: Юрінком, 2006. С. 204.

Согласно современному российскому законодательству, коррупция – это злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами; а также совершение указанных деяний от имени или в интересах юридического лица.¹

Коррупция стала неотъемлемой частью нашей жизни. Только вот эффективных методов борьбы с этим явлением до сих пор не нашли. «Надо что-то делать. Хватит ждать. Коррупция превратилась в системную проблему и этой системной проблеме мы обязаны противопоставить системный ответ»², – заявил президент РФ Дмитрий Медведев. Он был прав. Обратившись к истории, можно проследить тенденцию, что отдельные меры не способны искоренить взяточничество, для этого нужен комплексный подход.

Обращаясь к этимологическому словарю, необходимо отметить, что термин «коррупция» в переводе с латинского (*corruptio*) означает «подкуп», «порча», «упадок»³. Ее принято рассматривать в нескольких аспектах: социальном, политическом, правовом.

Многообразие подходов к исследованию коррупции обуславливает отсутствие удовлетворяющего всех однозначного определения этого явления. При этом к признакам коррупции обычно относятся: непосредственное нанесение ущерба авторитету или иным охраняемым законом интересам государственной власти (государственной службы); незаконный характер получаемых государственными служащими благ (материальных и нематериальных); использование государственными служащими своего статуса вопреки интересам государственной службы; наличие у государственного служащего умысла на совершение действий (бездействия), объективно причиняющим ущерб охраняемым законом интересам власти или службы; наличием у государственного служащего корыстной или иной личной заинтересованности⁴.

Интересно определение коррупции, используемое в документах ООН и Совета Европы: коррупция – это злоупотребление государственной властью для получения выгоды в личных целях, в целях третьих лиц или групп.⁵

Согласно сохранившимся летописям, взятка берет свое начало еще со времен Древней Руси и уже тогда она представляла собой проблему, с которой нужно было бороться. Появление коррупции как явления на Руси тесно связано

¹ Федеральный закон Российской Федерации от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции»

² Выступление президента РФ Д. А. Медведева // Российская газета. 2010. № 5093.

³ Толковый словарь иностранных слов / Сост. Н. Л. Шестернина. М., 1998. С. 157.

⁴ Максимов С. В. Коррупция. Закон. Ответственность. С. 43-44.

⁵ Лунеев В. В. Коррупция: политические, экономические, организационные и правовые проблемы: тезисы доклада // Государство и право. 2000. № 4. С. 101.

с традициями общества в период становления государственности в IX – X вв., когда представители государственной власти обеспечивались общиной по нормам, установленным главой государства (так называемый институт «кормления»). Однако эти нормы не могли быть едины для всех чиновников. Неслучайно в Русской Правде в целях установления единых норм по обеспечению государственных чиновников было сделано указание на размеры этого обеспечения общиной.¹

Митрополит Кирилл предлагал карать мздоимство смертной казнью. Это была самая первая и примитивная мера борьбы. Законодательное закрепление было принято во времена Ивана III. А Иван IV Грозный просто предлагал попавшихся чиновников казнить.²

В 18 веке взятки назывались «посулами» (нарушение закона за какую-либо плату). За них виновные подвергались телесным наказаниям.

Во время правления Петр I мздоимцев били батогами, клеймили, ссылали. Однако это не помогало. Петр даже грозился издать указ, по которому любой, кто украдет у государства деньги, на которые можно купить веревку, будет повешен. При Петре I появилось еще одно определение, раскрывающее более узкую сферу в коррупционных правонарушениях – казнокрадство, обозначающее «окрадовать казну, казнокрад, кто окрадывает казну»: «Казна на поживу дана» – гласит пословица тех лет.

В то время на Руси считали, что легче и дешевле прокормить чиновника за счет народа, чем за счет царской казны. И на самом деле до 18 века чиновники на Руси жили благодаря «кормлениям» – подношениям лиц, заинтересованных в их деятельности. Это были не только деньги, но и «натура».

При Петре I все государственные служащие стали получать фиксированную ежемесячную плату, а взятки в любой форме приобрели понятие преступления. Но казна истощалась из-за частых войн, и своевременная выплата жалованья стала затруднительна. В связи с этим, чиновники были вынуждены вернуться обратно к «кормлениям».³

Правовой статус чиновников государственного аппарата был закреплен в 1722 г. в «Табели о рангах всех чинов, воинских, статских и придворных, которые в котором классе чины и которые в одном классе, те имеют по старшинству времени вступления в чин между собою, однако же, воинские чины выше прочих, хотя бы и старее кто в том классе пожалован был». Позднее политика Петра была продолжена в законодательных актах правительства Екатерины II, Александра I, Александра III и других государей.

Настоящая борьба с коррупцией началась во время Екатерине II. Она назначила жалование государственным служащим намного выше, чем это было при Петре I, но теперь оно выплачивалось своевременно. В 1763 году годовой средний оклад служащего составлял 30 рублей в уездных, 60 рублей в губерн-

¹ Российское законодательство X-XX веков. Т. 1. М., 1984. С. 88, 108.

² Троицкий С. М. Русский абсолютизм и дворянство в XVIII-XIX веках. Формирование бюрократии. М., 1974.

³ Соболева И. А. Принцессы немецкие – судьбы русские. СПб.: Питер, 2008.

ских и 100-150 рублей в центральных и высших учреждениях, при этом пуд зерна стоил 10-15 копеек.¹

Императрица понадеялась на честность чиновников, но их алчность не имела предела. Она была возмущена результатами проверок в судах Белгородской губернии. Она выпустила специальный указ, которым хотела усюветить продажных судей: «... теперь нашлись такие, которые мздоимствовали к утеснению многих и в повреждение нашего интереса, а что паче всего, будучи сами начальствующие и обязанные собой представлять образец хранения законов подчиненным своим, те самые преступники учинились и в то же зло завели».²

При Павле I бумажные деньги, выплачиваемые как зарплата государственным служащим, стали обесцениваться, и чиновники вынуждены были опять прибегнуть к взяткам.

Особенный расцвет коррупция приобрела при Николае I, когда она фактически стала механизмом государственного управления. По воле императора Сенат в 1832 г. издал Указ «О воспреещении начальствующим лицам принимать приношения от общества», считая, что подарки или какие-либо приношения чиновникам не должны иметь место в системе государственного управления. Например, помещики всех губерний Правобережной Украины ежегодно собирали для полицейских немалую сумму.

Стремясь усилить и упорядочить меры борьбы с коррупцией, правительство приняло меры по упорядочению дисциплинарных взысканий, направленных на повышение ответственности гражданских служащих, что нашло отражение в таких нормативных документах того времени, как Свод законов Российской империи 1832 г. и Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., в котором была введена специальная глава «О мздоимстве и лихоимстве». В этой главе взяточничество квалифицировалось как преступное деяние и подразделялось на «мздоимство» и «лихоимство». Согласно Уложению, в случае принятия взятки без нарушения служебных обязанностей и законов по службе чиновник подвергался наказанию в виде штрафа в сумме двойной цены подарка или снятию с должности. Взятничество, сопряженное с нарушением государственных законов и служебных обязанностей, квалифицировалось как злоупотребление властью и наказывалось в уголовном порядке.³

Субъектом данных правонарушений являлось должностное лицо, однако определения самого понятия должностного лица в Уложении также нет. Оно не имело даже определенного термина, и называлось либо должностное лицо, либо виновный, чиновник, лицо, состоящее на службе государственной или общественной, и др. В судебной практике и юридической литературе должностными признавались лица, обозначенные в таком качестве в законодательстве или приравненные к ним «в силу характера отправляемых ими обязанностей».

¹ Ерошкин Н. П. История государственных учреждений дореволюционной России. Изд. 2-е. М., 1968.

² Мельгунов С. П. Судьба Императора Николая II после отречения. — Историко-критические очерки. М., Вече, 2005.

³ Мельников В. П., Нечипоренко В. С. Государственная служба в России: отечественный опыт организации и современность. Ч. 1. М., 2000. С. 125.

На основании всего вышесказанного можно сделать вывод, что принимаемые меры не были достаточно эффективны для борьбы с взятками.

Советское время наплодило большое количество чиновников, для управления всеми сферами жизни. Наделенные достаточными полномочиями, госслужащие все равно превышали их и извлекали из этого немалую выгоду. В мае 1918 года Совету народных комиссаров пришлось издать декрет о взяточничестве, который предусматривал тюремное заключение за взятки сроком пять лет, а также конфискацию имущества. А уже в 1922 году по Уголовному кодексу за это преступление предусматривался расстрел.¹

Мера пресечения хотя и была достаточно жестока, но она не была способна ограничить масштабы злоупотребления чиновников. Во времена НЭПа, с возникновением предпринимательской деятельности, коррупция начала процветать. Лишь к концу 20-х годов, меры борьбы с коррупцией приобрели характер массовых карательных кампаний.

В СССР до начала 80-х годов тема коррупции открыто не поднималась, также не сообщалось о том, что с середины 50-х годов до 1986 г. регистрируемое в уголовной практике взяточничество возросло в 25 раз. В эпоху перестройки коррупция в высших эшелонах власти стала одной из наиболее резонансных тем.

В настоящее время Россия, является одним из самых коррумпированных государств планеты, находясь, в 2011 году, на 143 месте из 182. Согласно оценкам экспертов, рынок коррупции в стране составляет 240 млрд долл.²

Все эти факты говорят о необходимости пересмотра и разработки законодательства в отношении коррупционных преступлений. Необходимы эффективные меры борьбы с этим явлением, а также достаточная материальная база. Опираясь на опыт предшествующих поколений данной проблемой необходимо заниматься постоянно, предлагать новые пути решения, наиболее эффективные на данном этапе развития общества.

THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE FUNDAMENTAL LAW AND IN THE EUROPEAN CONTEXT

*Hadi Nikolett,
PhD student, University of Pécs, Faculty of Law,
Hungary*

The exclusion and the danger of the exclusion of persons with disabilities from social and economic life is becoming more and more noticeable in the Member States of the European Union. In order to eliminate this phenomenon the Union has defined

¹Миронов Б. Н. Социальная история России. Т. 2. СПб, 2000.

²Ни дать, ни взять. Генпрокуратура начала новое наступление на коррумпированных чиновников // «Российская газета», № 4215, 07.11.2006.

as one of its objectives the improvement of the situation of persons with disabilities with special regard to ensuring the enjoyment of their full rights and their participation in the social and economic life of Europe. The process of its implementation supposes the wide interpretation of the equality of persons with disabilities in line with EU regulations, the fundamental pillars of which are Articles 10 and 19 of the Treaty on the Functioning of the EU (hereinafter TFEU) and Articles 1, 21 and 26 of the Charter of the Fundamental Rights of the EU (hereinafter the Charter). The Commission strives to realize the equal treatment of people with disabilities by using existing EU legislation and implementing an active policy to combat discrimination and promote equal opportunities in EU policies.¹ In addition, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which collects and specifies the fundamental rights of persons with disabilities, plays a decisive role. It should be highlighted that by becoming a party to the UN Convention the EU together with its Member States can coherently fulfil the obligations stemming from the Convention and exercise the rights it transferred to them in the areas of shared competence.

The EU regards the issue of persons with disabilities as a human rights issue.² It also follows from this that the alleviation of the disadvantages deriving from disabilities is a legal issue the handling of which cannot be exclusively left to the discretion of the Member States. The domestic regulations of the Member States pertaining to persons with disabilities must also comply with the requirements of international and supranational regulation.

It is a step forward in Hungary that the new Fundamental Law³, unlike former constitutional provisions, contains express provisions pertaining to persons with disabilities: the category of disability is included in the grounds for discrimination and the protection of persons living with disabilities and the protection of the sign language are both stipulated as state objectives. Since Hungary is expected to meet the requirements of multilevel co-operation, this paper aims to examine to what extent the provisions of the Fundamental Law pertaining to disability and the conclusion which might be drawn from them comply with the European context.

1. Articles 10 and 19 of the TFEU

Under Article 10 of the TFEU the Union combats discrimination based on disability when defining and implementing its policies and activities. In addition, the inclusion of discrimination on the ground of disability into Article 13 of the Amsterdam Treaty meant a turning point in the disability policy of the Union. It should be emphasized that Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, which serves the basis of the community's disability policy, is also based on this article.⁴ Under paragraph 1 of Article

¹ Communication from the commission to the european parliament, the council, the european economic and social committee and the committee of the regions European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe. P. 8.

² Ibid. p. 11.

³ Official Gazette No. 43/2011.

⁴ Lisa Waddington – Anna Lawson: Eine Analyse des Rechts zur Nichtdiskriminierung wegen Behinderung im Bereich der Beschäftigung und darüber hinaus. Europäisches Netzwerk von Rechtsexperten im Bereich der Nichtdiskriminierung. Europäische Kommission, Generaldirektion Beschäftigung, soziale Angelegenheiten und Chancengleichheit Referat G.2, 2009. p. 10.

19 of TFEU (ex Article 13 of TEC) without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. It should also be highlighted that under paragraph 2 – by way of derogation from paragraph 1 – the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt the basic principles of Union incentive measures, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States.

2. The Charter and the provisions of the Fundamental Law

The Charter of the Fundamental Rights of the EU (hereinafter the Charter) was given the force of law by paragraph 1 of Article 6 of the Treaty on European Union upon the entry into force of the Lisbon Treaty. Attaching the Charter to the primary legislation of EU law¹ also conveyed the message that the EU is the union of citizens, its «owners» are the European Union citizens.² In my view it is of great importance that in the case of Union citizens living with disabilities the restricted possibility of the enjoyment of rights due to their disabilities must be combated at Union level. They must be provided with the possibility to enjoy their fundamental rights on an equal basis with other Union citizens.

a) Preamble. It is expressly declared in the Preamble of the Charter that with due regard for the powers and tasks of the Union and for the principle of subsidiarity, the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Union and by the Council of Europe and the case-law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights. In my opinion this multilevel approach can be found in the provisions of the Charter pertaining to persons with disabilities.

The statement of the Preamble stipulating that the exercise of the rights specified in the Charter «[...] entails responsibilities and duties with regard to other persons, to the human community and to future generations» is of special importance in respect of disability. The objective of the European Disability Strategy 2010 – 2020³, on the basis of which it is possible to set in motion a process to empower people with disabilities so that they can participate fully in society on an equal basis with others, can be related to this expectation. To succeed in creating intelligent, sustainable and inclusive growth⁴ the full economic and social participation of people with disabilities is necessary.

¹ Under paragraph 1 of Article 6 of the Treaty on European Union «The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties».

² Ingolf Pernice: *The Treaty of Lisbon and Fundamental Rights*. In: Stefan Griller, Jacques Ziller (eds.): *The Lisbon Treaty. EU Constitutionalism without a Constitutional Treaty?* Springer-Verlag, Wien – New York 2008. P. 236.

³ *European Disability Strategy 2010-2020*. P. 11.

⁴ *Ibid.* p. 2.

It can be claimed that the Preamble of the Charter – with special regard to the values listed therein – ensures an appropriate basis and framework for the provisions of the Charter prescribing the protection of persons with disabilities. This accord between the National Commitment and Belief of the Fundamental Law entered into force on 1st of January 2012 and its further provisions pertaining to disability is less noticeable.

«We proclaim that the strength of a community and the self-esteem of every human being are based on work and the achievements of the human intellect». Difficulty can be caused by this sentence as it may erroneously convey the message that the self-esteem of a person with disability – which derives from dignity as the maternal right of personal rights¹ – is defined by his mental abilities or his capacity to work. It should be emphasized that the Preamble does not contain any provision whatsoever which might exclude or soften the above interpretation. In my view, when creating the National Commitment and Belief the legislator – on the basis of the wording of a decision of the Constitutional Court – should have emphasized that *«[...] The human dignity and the life of each and every human being are inviolable regardless of their physical and mental development or state and also of the fact how much they have realized of their human possibilities and why that much».*²

«We proclaim that we are duty-bound to help the vulnerable and the poor». In this sentence the term «vulnerable» may raise some questions. Who belong to this group? What message can this term convey to the society and to the state? If the scope of the term «vulnerable» covers people with disabilities, then it might incorrectly suggest that the life situation of persons with disabilities due to their impaired health condition exclusively depends on the possibilities of the means of social policy without giving any consideration to their self-determination. This possible interpretation may be strengthened by the fact that the National Commitment and Belief speaks about the duty of helping the vulnerable but fails to emphasize that they have the same rights as other persons.

In my opinion the cited sentences can prove that the Preamble contains provisions which, due to their only ambiguously definable content, might weaken the progressive effect of the provisions of the Fundamental Law pertaining to disability and might even lead to a conflict with the European context.

b) Human dignity. Human dignity is an abstract and complex concept which is difficult to define. Its content cannot be unambiguously defined through an empirical examination. It does not concern clearly defined life situations but refers to the general manner of human existence.³ Article 1 of the Charter lays down, «Human dignity is inviolable. It must be respected and protected». The right to human dignity as a protective right primarily means that all the obligors of fundamental rights must refrain from interfering with human dignity. Under the requirement of the duty of respect the content of union law should be developed in a manner so that dignity cannot

¹ For more details see András Koltay: „61. § [A véleménynyilvánítás szabadsága, a sajtószabadság és a közérdekű adatok nyilvánossága]” [Article 61 The freedom of expression and public access to data of public interest] In: András Jakab (ed.): Az Alkotmány kommentárja [Comments on the Constitution]. Századvég Kiadó, Budapest 2009. P. 49.

² Decision No. 64/1991. (XII. 17.) AB, ABH 1991. P. 293, 309.

³ Philipp Wallau: Die Menschenwürde in der Europäischen Union. V&R unipress, Göttingen 2010. p. 23.

be violated in the course of applying its norms. Protection also involves the active conduct of obligors. It should be stressed that none of the rights laid down in the Charter may be used to harm the dignity of another person. The dignity of the human person is part of the substance of the rights laid down in the Charter.¹

Article II of the Title Freedoms and Responsibilities of the new Fundamental Law also lays down the inviolability of human dignity. It further stipulates that «Everyone shall have the right to life and human dignity; the life of the fetus shall be protected from the moment of conception». Nevertheless, on the whole it may be suggested that the provisions of the Fundamental Law fall short of guaranteeing equal dignity. It also appears in the opinion of the Venice Commission² that while the Charter has the individual and the dignity of the individual in its centre, the Fundamental Law gives preference to the community. There is a noticeable shifting of emphasis in the provisions of the Fundamental Law from the duties of the state owed to its citizens towards the duties of the citizens owed to the community. «Du[e] to the [...] rules of interpretation, the increased number of fundamental duties and the special world of values of the Preamble the provisions of the Fundamental Law got into a new co-text».³ The Fundamental Law narrows down the rights of the citizens and reduces the obligations of the state.⁴ Due to the presence of categories with uncertain content «[...] the inviolability of dignity becomes declarative and can be broken through by exceptions».⁵ In my opinion the interpretation of the terms «usefulness to the community»⁶ and «contribution to the enrichment of the community»⁷ may cause difficulties in respect of persons with disabilities. This is mainly attributable to the fact that persons with disabilities often cannot participate or cannot participate to an adequate extent in social life. Thus in their case the lack or the restricted nature of social participation may touch upon sensitive issues. In my view categories the content of which cannot clearly be defined should not be used in a fundamental law in a constitutional state based on the rule of law since neglecting objective standards might lead to the violation of the right to equal dignity. Should this be the case, the risk might occur that the provisions of the Fundamental Law pertaining to disability become empty.

c) The protection of the rights of persons with disabilities under the Charter and the Fundamental Law.

¹ Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights. (2007/C 303/02).

² Opinion on the new constitution of Hungary adopted by the Venice Commission at its 87th Plenary Session (Venice, 17-18 June 2011). CDL-AD(2011)016, 57.

³ Chronowski, Nóra –Drinóczi, Tímea –Kocsis, Miklós: Mozaikok, azaz milyen értelmezési kérdéseket vethet fel az alaptörvény? [Mosaics or What issues for interpretation may the Fundamental Law raise?] Új Magyar Közigazgatás 2011. vol. 6-7. P. 14.

⁴ Fleck, Zoltán – Gadó, Gábor – Halmai, Gábor – Hegyi, Szabolcs – Juhász, Gábor – Kis, János – Körtvélyesi, Zsolt – Majtényi, Balázs – Tóth, Gábor Attila: Vélemény Magyarország Alaptörvényéről [Opinion on the Hungarian Fundamental Law]. Fundamentum 2011. vol. 1. P. 66.

⁵ Chronowski – Drinóczi – Kocsis: *ibid.* P. 14.

⁶ Article XIX paragraph (3): The nature and extent of social measures may be determined by an Act of Parliament also in accordance with the usefulness to the community of the activity performed by the person who is the beneficiary of the social measure.

⁷ Article XII paragraph (1): Everyone shall have the right to freely choose his or her job or profession and the freedom to conduct a business. Everyone shall have a duty to contribute to the enrichment of the community through his or her work, performed according to his or her abilities and faculties.

ca) The approaches employed by continental and common law legal systems. There are two approaches concerning the regulation of the rights with disabilities in the Member States of the European Union, which are reflected in the relevant articles of the Charter. In Anglo-Saxon legal systems the equal treatment and the equal opportunities of persons with disabilities are realized mainly by the prohibition of discrimination. In European countries with a continental legal system the conception of giving preference to social welfare prevails, according to which the life situation of those concerned should be improved by measures providing active support. The regulation by the Charter is of outstanding importance because it contains both solutions:¹ Article 21² includes disability as a prohibited ground for discrimination in line with the Anglo-Saxon method of regulation, while Article 26 bears the marks of the continental regulatory solution: «The Union recognises and respects the right of persons with disabilities to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and participation in the life of the community».³

It is a major step forward in Hungary that the effect of both articles of the Charter can be noticed in the Fundamental Law. However, difficulties may arise when interpreting the new provisions as their wording is briefer and more concise than that of the Charter and fails to unfold the content in detail. It follows from this that the effect of the paradigm shift concerning disability policy, the essence of which is that disability should primarily be approached from the side of human rights, is perceptible to a lesser degree in the Fundamental Law than in the provisions of the Charter. Unlike the medical approach, the social model of disability has recognised that disability is a «category created socially»,⁴ which cannot be identified with health impairment. We can speak about disability only if the impairment has hindered participation in the life of the community. Due to this perception, the social model of disability – «which emphasizes the responsibility of governments and the society for promoting accessibility and inclusion» – has led to the human rights approach towards disability.⁵

cb) Article 21 paragraph (1) of the Charter and Article XV paragraph (2) of the Fundamental Law. The scope of application of Article 21 paragraph (1) deviates from that of Article 19 of TFEU, which confers certain powers on the Union in the interest of adopting legislative acts against certain forms of discrimination. In contrast, this is not the case in respect of Article 21 paragraph (1). This article applies to discrimination effectuated by Union institutions and organs in the course of exercising the pow-

¹ Dieter Kugelmann: Gleichheitsrechte und Gleichheitsgrundsätze. In: Detlef Merten – Hans-Jürgen Papier (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa. Band VI/I. Europäische Grundrechte I., C.F. Müller Heidelberg – München – Landsberg – Frechen – Hamburg 2010. P. 1020.

² Article 21 of the Charter provides for the prohibition of discrimination. Under paragraph (1) «Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited». Under paragraph (2). «Within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited».

³ Kugelmann: *ibid.* P. 1020.

⁴ Theresia Degener: Antidiskriminierungsrechte für Behinderte: Ein globaler Überblick. Zeitschrift für ausländisches und öffentliches Völkerrecht 65. 2005. P. 890.

⁵ Janet E. Lord – Katherine N. Guernsey – Joelle M. Balfe – Valerie L. Karr: Emberi Jogok. IGEN! A fogyatékosággal élő személyek jogai [Human rights YES! The rights of persons with disabilities]. Képzési kézikönyv [Training manual]. Siketek és Nagyothallók Országos Szövetsége, Budapest 2009. P. 35.

ers transferred to them under the Treaties and by the Member States in the course of implementing Union law. Article 21 paragraph (1) of the Charter is based on Article 14 of The European Convention on Human Rights (hereinafter ECHR) declaring the prohibition of discrimination and Protocol No. 12 thereto laying down the general prohibition of discrimination. Article 14 of the ECHR did not expressly specified disability as a ground of discrimination, which consequently can be classified into the category of the prohibition of discrimination on the ground of any other status. However, Article 21 paragraph (1) of the Charter expanded the grounds of discrimination thus disability was also included in the list. Compared to the former constitutional regulation, specifying disability among the grounds of discrimination also meant a step forward in Hungary. The regulation under the Fundamental Law conveys the perception that discrimination against persons with disabilities stems on the one hand from the way of conduct and prejudice against injured people, on the other hand from the given environment full of barriers.¹ Due to the newly appearing ground of discrimination the Fundamental Law, being at the apex of the legal order,² reaffirms with the highest normative force that fundamental rights must be guaranteed without any discrimination on the ground of disability. Under Article XV paragraph (2) of the new Fundamental Law «Hungary shall guarantee the fundamental rights to everyone without any discrimination on any ground such as race, colour, sex, disability, language, religion, political or any other opinion, ethnic or social origin, wealth, birth or any other circumstances whatsoever». I believe that genetic features could justifiably have been listed among the prohibited grounds of discrimination in compliance with Article 21 paragraph (1) of the Charter.³ Disability may be the consequence of a genetic disorder and issues of bioethics might also be attached to it.

cc) Article 26 of the Charter and Article XV paragraph (5) of the Fundamental Law. According to the Legal Explanations of the Charter the fundamental rights set out in Article 26 are based on Article 15 of the European Social Charter (hereinafter ESC) and are also drawn on point 26 of the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers. Under this latter point 26 all disabled persons, whatever the origin and nature of their disablement, must be entitled to additional concrete measures aimed at improving their social and professional integration.⁴ Article 15 of the ESC sets forth “the right of physically or mentally disabled persons to vocational training, rehabilitation and social resettlement.”⁵ Thus, as regards employment the ESC puts rehabilitation and employment in the centre.

¹ This recognition appears in Article 2 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which defines the term of discrimination on the basis of disability.

² Cf. Article T paragraph (3), under which «No law may be contrary to the Fundamental Law».

³ Cf. Chronowski, Nóra – Drinóczi, Tímea – Kocsis, Miklós – Zeller, Judit: Az Európai Unió Alapjogi Chartájának magyarázata [The explanation of the Charter of Fundamental Rights of the European Union]. In: Az Európai Unióról és az Európai Unió működéséről szóló szerződések magyarázata [The explanation of the Treaty on the European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union]. (Osztovits András ed.) Complex, Budapest 2011. P. 506.

⁴ The additional measures must concern in particular vocational training, ergonomics, accessibility, mobility, means of transport and housing in accordance with the capacities of the beneficiaries.

⁵ The ESC lays down that state parties undertake to take adequate measures for the provision of training facilities, including, where necessary, specialised institutions, public or private. They also undertake to facilitate the placing of «physically disabled persons» in employment: establish specialised placing services, facilities for sheltered employment and measures to encourage employers to admit disabled persons to employment.

It should be highlighted that on the basis of the provisions of Article 26 of the Charter persons with disabilities can rely on a protective right created in a relatively complex manner. The emphasis is placed on the Union respecting the measures which ensure the independence, social and occupational integration and participation in the life of the community of those concerned. The article pertaining to the integration of persons with disabilities does not originate claim rights, «these are only rights to be respected». The right to be respected refers to participation in the life of the community. The order of respect presupposes the existence of law since only the existence of something can be respected.¹ The protection of persons with disabilities, however, appears only as a state objective in the new Fundamental Law. The state objectives appearing in the Fundamental Law ensure a wide scope for action for the legislative and executive organs to implement them.² Nevertheless, it should be emphasized that the state duties and the methods of their implementation are not defined in detail thus the results of these objectives can be accounted for only with difficulties. The protection of persons with disabilities as a new state objective also conveys the message that the state is required to assume its share although it does not originate any actual subjective rights.

Under Article XV paragraph (5) «Hungary shall introduce specific measures to protect children, women, the elderly and the disabled». This provision might be difficult to interpret since it does not expressly define the nature of the measures. Unlike the Charter, this sentence does not contain the fundamental directions and aspects of applying and guaranteeing the specific measures pertaining to persons with disabilities.

In addition to the integration of persons with disabilities the Charter specially provides for the equality between women and men in Article 23, the rights of the child in Article 24 and the rights of the elderly in Article 25. In my opinion as regards interpretation it is not advantageous that the protection of children, women, the elderly and persons with disabilities is laid down in only one sentence. In my view the protection of all the groups listed could have been provided for in a separate article just like in the Charter.

The brief and concise wording of Article XV paragraph (5) of the Fundamental Law noticeably does not reflect the paradigm shift in disability policy as independence and participation in the life of the community as conceptual elements are missing from the provision. This deficiency would not be a problem if the Fundamental Law on the whole conveyed this approach. The statements already made concerning the Preamble also show that the effects of this new approach are hardly noticeable in the Fundamental Law. This deficiency could have been eliminated if on the basis of Article 26 of the Charter the legislator had laid down that the state was to recognise and respect the right of persons with disabilities to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and participation in the life of the community.

¹ Hölscheidt: *ibid.* P. 317.

² Ádám, Antal: *Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás* [Constitutional values and constitutional jurisdiction]. Osiris Kiadó, Budapest 1998. P. 67.

d) Further provisions pertaining to disability on the basis of the Charter and the Fundamental Law.

da) Social security. Article 34 paragraph (1) of the Charter stipulates that the European Union – in accordance with the rules laid down by Union law and national laws and practices – recognises and respects the entitlement to social security benefits and social services providing protection in cases such as maternity, illness, industrial accidents, dependency or old age, and in the case of loss of employment. In my view the terms «illness» and «dependency» have the closest connection with disability out of the life situations referred to in the provision.¹

Under Article 34 paragraph (3) of the Charter «In order to combat social exclusion and poverty, the Union recognises and respects the right to social and housing assistance so as to ensure a decent existence for all those who lack sufficient resources [...]». In my opinion this paragraph is of great importance in respect of persons with disabilities as well. This is also conveyed by the European Disability Strategy when stating that lower participation in general education and in the labour market may lead to poverty for people with disabilities, as well as to social exclusion and isolation. Thus they must be enabled «[...] to benefit from social protection systems and poverty reduction programmes, disability-related assistance, public housing programmes and other enabling services, and retirement and benefit programmes».²

The title of Article 34 of the Charter also indicates that when drafting the article, the Convent thoroughly relied on the relevant provisions of the ESC and under its influence separated the right to social security and the right to social assistance.³ In respect of the right to social security Article 12 of the ESC contains the right to social security, for the ensurance of which the state parties undertake to establish and maintain a system of social security.⁴ The right to social and medical assistance is laid down in Article 13 of the ESC. Within the framework of this right the state parties ensure that any person who is without adequate resources and who is unable to secure such resources either by his own efforts or from other sources, in particular by benefits under a social security scheme, be granted adequate assistance, and, in case of sickness, the care necessitated by his condition. It should be highlighted that while Hungary has assumed the obligation to implement Article 13 of the ESC on the right to social and medical assistance, it has failed to ratify Article 12 of the ESC on social security. Formerly Article 70/E paragraphs (1) and (2) of the Constitution ensured the right to social security even without assuming an international obligation «although not in the form of a subjective right, but as an obligation of the state to maintain institutions».⁵

¹ It should also be emphasized that under Article 34 paragraph (2) entitlement to social security benefits and social advantages remains valid in the case of changing residence legally within the European Union

² European Disability Strategy 2010–2020. P. 8.

³ Eibe Riedel: Kapitel IV. Solidarität. In: Jürgen Meyer (Hrsg.): Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2003. P. 391.

⁴ They also undertake to maintain their social security system at a satisfactory level at least equal to that required for ratification of International Labour Convention (No. 102) Concerning Minimum Standards of Social Security.

⁵ Takács, Albert: «A szociális jogok [Social rights]». In: Halmai, Gábor – Tóth, Gábor Attila (eds.): Emberi jogok [Human rights]. Osiris Kiadó, Budapest 2003. P. 818.

In the new Fundamental Law, however, social security is referred to only as a state objective, the state must merely «endeavour» to provide social security to all its citizens. Unlike Article 70/E paragraph (2), the Fundamental Law does not provide for a system of social security: Article XIX paragraph (2) only stipulates that «For those with special social needs pertaining to the reasons referred to in Paragraph (1), or for other reasons, Hungary shall provide social security through a system of social institutions and measures». In my view calculability can severely be diminished by the fact that under this authorisation, the benefit due on the basis of disability is placed from the field of retirement insurance into the circle of social benefits. The reason for this is that in the case of all social security services where insurance plays a part the constitutionality of reduction or termination is to be established in accordance with the rules of the protection of property and this is a stronger category in respect of the protection of trust as well. The new Fundamental Law might mean the termination of this stronger category in respect of disability and other pensions. Calculability is further weakened by the fact that not even the guarantee of a required minimum standard of social benefits is provided for in the new Fundamental Law. This might as well violate the right to human dignity.

db) Health protection. Under the European Disability Strategy persons with disabilities «[...] may have limited access to health services, including routine medical treatments, leading to health inequalities unrelated to their disabilities».¹ Persons with disabilities are entitled to equal access to healthcare, including preventive healthcare, and specific affordable quality health and rehabilitation services. This is mainly the task of the Member States, which are responsible for organising and delivering health services and medical care. The Commission also supports policy developments for equal access to healthcare.

Regulation pertaining to health protection is laid down in Article 35 of the Charter. Pursuant to it everyone – thus including persons with disabilities – has the right of access to preventive health care² and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices. «A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all the Union's policies and activities». In my view this provision involves medical rehabilitation in respect of persons with disabilities because it is apparent from the wording that not only the provision of medical treatment in a narrow sense is required to be ensured for them either.³

¹ European Disability Strategy 2010–2020. P. 8.

² Prevention means the creation of conditions required for preserving good health. This may be implemented by regulating workplace health protection, by initiatives combating determinants of ill health and early mortality, promoting a healthy way of life and sports and establishing and maintaining the system of health care services enabling the early recognition of illnesses. For further details of the activity of the EU in the area of prevention see http://ec.europa.eu/health-eu/health_in_the_eu/prevention_and_promotion/index_hu.htm (13 02 2012).

³ Medical rehabilitation is an activity «which the science of medicine provides through its own means (diagnostics, therapy, prevention, care) for persons with disabilities so that they partly or wholly regain their independence by developing their existing abilities and be able to integrate into their family, workplace and the society. Thus its essence is the assessment, compensatory development and training of existing functions and abilities». See Kullmann, Lajos: Az orvosi rehabilitáció sajátosságai [Peculiarities of medical rehabilitation]. In: Huszár, Ilona – Kullmann, Lajos – Tringer, László (eds.): A rehabilitáció gyakorlata [The practice of rehabilitation]. Medicina Könyvkiadó, Budapest 2006. P. 15.

Article XX paragraph (1) lays down that «Everyone shall have the right to physical and mental health». Under paragraph (2) «Hungary shall facilitate the enforcement of the right referred to in Paragraph (1) by ascertaining that the agricultural sector is free of all genetically modified organisms, by providing access to healthy foodstuffs and potable water, by the protection of occupational health, by health care institutions and medical care, by supporting sports and regular physical exercise, as well as by ensuring the protection of the man-made and natural environment». In my view the above enumeration conveys in line with the regulation of the Charter that health protection should be interpreted in the framework of a multi-pillar system with the role of prevention being in the forefront. From the point of view of disabled persons, laying down that Hungary shall implement the right to physical and mental health by identifying and eliminating accessibility barriers and obstacles to create physical and mental health could have had a positive effect.

3. The effect of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities sets forth the minimum standards necessary to safeguard and protect the civil, political, social, economic and cultural rights and fundamental freedoms of persons with disabilities. It is of great importance that the European Union signed the Convention on 30th March 2007,¹ and since then all 27 Member States have signed it together with 120 other states from all parts of the world. Now that the process of ratification has been accomplished, the EU is the first international organisation to officially be a signatory to the Convention. Since the Convention obliges the parties to ensure that persons with disabilities can exercise their rights on an equal basis with other citizens, it means that all Union legislation, policies and programmes must comply with the stipulations of the Convention. Accordingly, states concerned must take adequate measures to ensure access to education, employment, transport, infrastructures and buildings open to the public, granting the right to vote, improving political participation and ensuring full legal capacity.² Signing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its ratification – by Act XCII of 2007 – obviously imposed obligations on Hungary concerning the implementation of its provisions. The fulfilment of these obligations requires concerted planning. Some obligations have been met smoothly, in some cases their fulfilment has come to a standstill and can be achieved only in the course of a long process.

For instance the adoption of Act CXXV of 2009 on the Hungarian Sign Language and the Use of the Hungarian Sign Language can be attributed to the ratification of the Convention as it imposed an obligation concerning sign language and sign language interpretation service on Hungary. It required the establishment of the rules and financial background of the system of sign language interpretation and the legislative amendments pertaining to sign language. In addition, from the point of view of constitutional law it is of fundamental importance that the above statutory regulation treats the community of persons using Hungarian sign language as a linguistic minor-

¹ IP/07/446.

² MEMO/10/198 Disability Rights: EU and the Ratification of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/10/198&format=HTML&aged=&language=EN&guiLanguage=en> (13 02 2012).

ity. Although this regulation provides an appropriate framework for guaranteeing the legal status of sign language, it is an outstanding symbolic step that Article H paragraph (3) of the new Fundamental Law laid down, «Hungary shall protect Hungarian sign language as part of Hungarian culture». The provision pertaining to sign language is stipulated right after the provision on Hungarian language. In my opinion even the place of the provision suggests that the state recognises Hungarian sign language as an independent natural language with a cultural power establishing a community.

However, compliance with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities is missing for instance in respect of suffrage.¹ Under Article 29 point a) of the UN Convention state parties shall «ensure that persons with disabilities can effectively and fully participate in political and public life on an equal basis with others, directly or through freely chosen representatives, including the right and opportunity for persons with disabilities to vote and be elected,[...]».

Formerly under Article 70 paragraph (5) persons who were placed under guardianship or conservatorship by the final decision of a court were not granted the right to vote. Suffrage was terminated automatically, the court could not even forbear from restricting franchise in the course of its proceeding. In my view it is a step forward that now the individual ability to vote can be examined under Article XXIII paragraph (6). Under this provision those who are deprived of their right to vote by a court due to their limited mental ability have no right to vote. Consequently, instead of automatically depriving persons under guardianship of their right to vote, pursuant to the new regulation suffrage can be terminated only on the basis of an individualized court decision. Although Article XXIII paragraph (6) is undoubtedly more modern than the provision of the Constitution, it does not satisfy the requirements laid down in the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Granting the right to vote to all persons with disabilities – in line with the Convention – would be the solution. However, the restriction is not abolished in the new Fundamental Law either.

It is the responsibility of the state to create the conditions under which persons with disabilities can enjoy their fundamental rights on an equal basis with other members of the society. Consequently, it is a constitutional value and a major step forward that the conduct characterized by the attitude of acceptance and inclusion towards disabled persons is now promoted by provisions at the level of the Fundamental Law. The provisions prescribing the protection of persons with disabilities have been stipulated with the highest normative force, thus they impose an obligation on the legislature and the executive and also have an effect on judicial practice. Nevertheless, the effect of the up-to-date elements can be hindered by the fact that the relevant provisions of the Fundamental Law may some times lead to difficulties in

¹ As regards suffrage see Fiala, János: A fogyatékosággal élő személyek választójogának kérdései a Kis Alajos kontra Magyarország döntés tükrében [Issues concerning the suffrage of persons with disabilities as enlightened by the judgement in the case Alajos Kiss v. Hungary]. *Fundamentum* 2010. vol. 3. pp. 109-117. Gurbai, Sándor: A gondnokság alá helyezett személyek választójogának vizsgálata az Emberi Jogok Európai Bíróságának a Kiss v. Magyarország ügyben meghozott ítélete alapján [Examining the suffrage of persons placed under guardianship on the basis of the judgement of the European Court of Human Rights rendered in the case Alajos Kiss v. Hungary]. *Közjogi Szemle* 2010. vol. 4. Pp. 33-41.

interpretation or may even question normativity. In my opinion the problems of interpretation can further be deepened especially by the fact that the construction of the provisions might lead to conclusions not complying with the European context. This might entail that multi-level co-operation cannot progress at an appropriate pace, albeit EU provisions pertaining to persons with disabilities mark an appropriate direction for the implementation of an efficient disability policy in the Member States thus in Hungary as well. I am of the opinion that the interpretations dissolving the harmony between the Fundamental Law and the supranational environment could have been avoided and shortcomings could have been rectified if the provisions of the Fundamental Law referred to above had been drafted in a detailed manner¹ enumerating guarantees.

ПОЛИТИКО-ПРАВОВАЯ МЫСЛЬ В ДАОСИЗМЕ

*Лебедева Е. К.,
студентка юридического факультета СПбГУ*

Даосизм – это одно из многочисленных древнекитайских философско-религиозных учений. Оно появляется в так называемое «осевое время», когда повсеместно формируется картина мировосприятия, существующая до наших дней, а именно около VI века до н. э.

Основателем даосизма принято считать Лао-цзы, о котором существует множество легенд. Например, то, что мать проносила его в чреве несколько десятков лет, и он родился уже стариком с сединой через левую подмышку матери, или то, что его вообще не было. Есть версия и того, что покинув Китай, Лао-Цзы отправился в Индию и стал учителем Сиддхарты Гаутамы, впоследствии ставшим Буддой, таким образом, вполне возможно, что он причастен и к основанию буддистского учения, и в Индии он и сейчас достаточно почитаем. Некоторые же считают, что Лао-цзы является одним из бессмертных.

Все его идеи изложены в небольшом по объему произведении «Дао дэ цзин» – «Книга о Дао и Дэ». История его создания такова: видя упадок, царивший в царстве Чжоу, где он жил, решил удалиться на Запад, но перед этим, написал этот трактат по просьбе учеников за одну ночь. По другой версии, при пересечении границы начальник заставы отказывался пропускать его, пока тот не изложит ему основные идеи своего учения, и Лао-Цзы поддался его уговорам и создал этот текст, либо же надиктовал его начальнику заставы, который стал последним человеком, кто видел Лао-Цзы. По мнению некоторых ученых, текст «Дао дэ цзин» окончательно сложился к IV – III векам до н. э. и был записан последователями основателя даосского учения.

¹ «[...] the Constitution should not be brief and concise, on the contrary it should be detailed and should contain guarantees, take into account the latest developments and react to new challenges». See Drinóczi, Tímea: Az új alkotmány szabályozási elveiről [On the regulatory principles of the new constitution]. Pázmány Law Working Papers 2011/9. p. 6. <http://www.plwp.jak.ppke.hu/images/files/2011/2011-09.pdf> (13 02 2012).

Текст «Дао де цзин» состоит из 81 глав и разделен на 2 части на границе 38 главы, первая из которых «Дао цзин», а вторая «Дэ цзин». Существуют разные вариации трактовок и комментариев данного текста, в частности, некоторые полагают, что это политический трактат, направленный против популярного конфуцианства, или же книга высшей мудрости, а может и некое пособие по даосской йоге.

Следует сказать, что «Дао дэ дзин» не является единственным источником даосской мысли, существуют и другие более поздние, но все они так или иначе основаны на нем, поэтому в своем небольшом исследовании мы опирались именно на названный источник.

Главное понятие в даосизме, несомненно, Дао. Нельзя определить его каким-либо конкретным образом. Стоит лишь сказать, что в отличие от традиционных толкований Дао в других китайских учениях, где Дао предстает как проявление небесной воли, в даосизме же Дао является независимым от каких-либо небесных сил естественным ходом вещей, абсолютным мировым началом. Дао переводится как «путь», или «путь без пути», или же «небо, вселенная, весь космос». Дао – это источник всего сущего, бесконечный поток естественного возникновения и смены всех явлений, их перехода из одного в другое, вечный круговорот рождения и смерти. То есть это некий единый сверхъестественный закон, управляющий миром во всех его проявлениях. Дао является не только источником, первопричиной, но и завершением всего. Можно также сказать, что оно является высшей добродетелью, естественной справедливостью. Крайне важным является и то, что в отношении Дао все абсолютно равны.

Что же касается другого основополагающего понятия, а именно Дэ, то Лао-цзы говорил следующее: *«Создавать и воспитывать существующее; создавая, не обладать тем, что создано; приводя в движение, не прилагать к этому усилий; руководя, не считать себя властелином – вот что называется глубочайшим Дэ»*. *«Человек с высшим Дэ не стремится делать добрые дела, поэтому он добродетелен; человек с низшим Дэ не оставляет намерения совершать добрые дела, поэтому он не добродетелен; человек с высшим Дэ бездеятелен и осуществляет надеяние; человек с низшим Дэ деятелен, и его действия нарочиты»*. *«Дэ появляется только после утраты дао; человеколюбие – после утраты дэ»*. Таким образом, можно говорить, что Дэ понимается Лао-цзы как естественная способность вещей достигать совершенства, или же высший запас Дао, который достается каждой отдельной вещи, ее естественный потенциал. Дэ часто переводят как «добродетель» или «сила».

Все недостатки человека и общества происходят в результате отклонения от подлинного Дао. Дао способно само восстанавливать справедливость. Поэтому, главная идея даосизма – показать человеку, как возвратиться к Дао. Для этого человек должен учиться мудрости у природы, следуя всему естественному. Необходимо искоренять желания, освобождаться от страстей, так как уменьшение желаний приближает человека к Дао. Следуя естественности, людям нужно селиться ближе к земле. *«Если не ценить редких предметов, не будет воров среди народа. Лучше всего довольствоваться самым простым: Если дворец роскошен, то поля покрыты сорняками и хлебохранилища пусты»*.

Исходя из этого, все неестественное является негативным, отклонением от Дао, ложным путем. Поэтому государство, как искусственное образование, само по себе уже является отклонением от Дао. Нельзя сказать, что Лао-цзы полностью отрицает государство, но он старается свести его роль к минимуму. Человечеству следует стремиться вернуться к истокам, к такому состоянию, когда оно находилось в естественной среде, было неотделимо от природы, когда не было таких формальных институтов как государство и законы. *Пусть государство будет маленьким, а население редким, – говорит Лао-цзы. Пусть люди до конца своей жизни не уходят далеко от своих мест.* В государстве должна царить патриархальная простота. Нет необходимости общаться с соседними государствами. Не нужно использовать различные сложные орудия – техника отдаляет человека от природы. Культура воспринимается как еще одно негативное и ненужное явление. В качестве одной и составляющих культуры выступает письменность, и от нее также следует отказаться. Кроме того, нужно меньше говорить, ибо *знающий не говорит, а говорящий не знает.* Лао-цзы можно выделить как одного из первых противников прогресса, цивилизации, усложнения и усовершенствования жизни. Сейчас же мы не редко встречаемся с такой философской позицией.

Теперь обратимся к главному принципу даосизма – недеянию (у вей). Это относится ко всем сферам жизни людей, в том числе к политической, что проявляется в воздержании государства от притеснений народа, осуждение небескорыстного активизма правителей или богатых по отношению к остальному народу. Властям не полагается быть слишком деятельными, они не должны выставлять на показ людям свои совершенные методы управления. Когда *правительство деятельно, народ становится несчастным.* Но нельзя понимать недеяние как пассивность, ведь в то же время даосизм предполагает, что нет ничего такого, что бы не делалось, поэтому нужно скорей понимать принцип «у вей» как деяние без предыдущего планирования, непреднамеренное, а скорей, интуитивное деяние, деяние без борьбы. Недеяние приводит к спокойствию, к постоянству, к счастью. Не нужно прилагать усилий для того, чтобы достичь чего-либо, ведь если человек постиг путь делания чего-то, это получается у него и без усилий.

В «Дао дэ цзин» содержится описание совершенномудрого человека, каким и должен быть правитель. В первую очередь, ему необходимо осуществлять недеяние. *Я осуществляю недеяние, и люди самоусовершенствуются; я достигаю спокойствия, и люди сами выправляются; я не вмешиваюсь, и народ сам богатеет, я не имею* совершенномудрый. Страной же должно управлять последовательно, следуя естественным законам. Он *живет в мире спокойно и в своем сердце собирает мнения народа.* Совершенномудрый не возвеличивает себя, не ставит выше других. Он не может быть гордым, но должен знать свою славу и сохранять для себя безвестность. Он ничего не накапливает для себя, все отдает другим. *Лучший правитель тот, о котором народ знает лишь то, что он существует.* Правитель должен стремиться к тому, чтобы у народа не было знаний и страстей.

В «Дао дэ дзин» также подробно говорится о качествах идеального полководца:

1. Он никогда не нападает первым – это является нарушением естественного хода вещей. Нужно ожидать – то есть действовать посредством надеяния, ударом без усилия. И очень важно верно оценить противника, не допустить недооценки.
2. Идеальный полководец не воинственен;
3. Он побеждает отступая. Здесь мы видим проявление принципа надеяния. «Дао де дзин» гласит: *Побеждает и на этом останавливается. Побеждает и не нападает.*
4. Он побеждает, потому что его заставляют побеждать. То есть опять же-таки без целенаправленных действий.
5. И, наконец, побеждая, идеальный полководец не стремится к славе. Она ему не нужна, он не возвеличивает себя.

Из вышесказанного мы видим, что все военные действия, насилие в его любых проявлениях критикуются даосизмом как крайне отрицательные явления. Лао-цзы призывает правителей быть уступчивыми, не проявлять агрессию в отношении других государств, применять силу только в случае необходимости и в целях защиты. *Прославлять себя победой – значит радоваться убийству людей. Победу следует отмечать похоронной процессией,* ведь это, в первую очередь, гибель людей, горе.

Необходимо сказать об отношении даосов к позитивному праву. Закон – это искусственное явление, поэтому он не нужен. Более того, он исходит от государства, являющегося в свою очередь тоже искусственным институтом. Большое количество законов делает народ несчастным. В государстве должно быть как можно меньше запретов, потому что запреты порождают несчастье народа. Здесь Дао в какой-то степени может выступать в роли источника естественного права.

Даосизм стремиться к устранению социального неравенства, ведь по отношению к Дао все равны, и люди не должны думать о богатстве и возвышении своего социального положения, в противном же случае в обществе возникает ничем не обоснованная со стороны Дао разница между людьми. Государство тоже должно относиться ко всем подданным одинаково: *правитель и добрым и недобрым делает добро.*

Даосизм сводит к минимуму, практически отвергает обязательность соблюдения ритуалов, в отличие от других древнекитайских учений. Так, в конфуцианстве ритуалу придается крайне важная роль, он во многом предопределяет поведение человека. Даосы же полагают, что *ритуал появляется после утраты справедливости, это признак отсутствия доверия и преданности, в нем – начало смуты.* Ритуал – искусственен, он создает излишние правила поведения, которые не приводят к счастью.

Наконец, «Дао дэ дзин» содержит в себе положения, гласящие о ненужности учености. Правитель должен стремиться к тому, чтобы люди не стремились к обогащению знаниями, такими людьми сложно управлять. Людям следует жить в простоте, потому что знания опыт им ни к чему. Это можно понимать

как то, что люди должны жить, опираясь не на разум, а скорее на интуицию, согласно принципу недеяния. В этом и заключается мудрость, приближающая человека к Дао.

Можно провести небольшое сравнение основных различающихся положений даосизма и других древнекитайских учений, например, конфуцианства, легизма, моизма.

Наиболее ярко видны противоречия даосизма и конфуцианства. Конфуций придавал большое значение сильной власти правителя, уподобляя государство семье. В таком государстве присутствует социально-политическая иерархия, построенная на изначальном неравенстве людей. В конфуцианстве, как уже было сказано, важен ритуал, большое значение придается воспитанию, этикету. Дао у Конфуция – некое проявление небесной воли, нечто имеющее почти божественное происхождение. Конфуцианство долгое время играло роль официальной государственной идеологии Китая.

Что касается моизма, основателем которого являлся последователь Конфуция Мо-Цзы, то в нем государство возникает в результате договора. В его представлении «небо придерживается всеобщей любви и приносит всем пользу». В моизме власть должна использовать и нравственные формы воздействия на людей, и наказания. Мо-Цзы в свою очередь критиковал конфуцианство за его бездействие в отношении простолюдинов.

Другое древнее учение – легизм. Его основал один из китайских правителей, известный под именем Шан Ян. Здесь управление должно опираться на суровые законы и наказания; закон обязателен для всех. Власть должна быть сильнее народа, что говорит о враждебности к людям. Под порядком понимается полное безволие подданных под влиянием деспотической власти.

Попробуем несколько обобщить сказанное и прийти к некоторым выводам:

Даосизм представляет собой достаточно оригинальное учение для своего времени как с философской, так с религиозной, так и политико-правовой стороны. Такие его основные черты, как следование всему естественному, недеяние, простота во всем, умаление роли государства, отличают его от других распространенных мировоззренческих традиций. Если сравнить даосизм с русской традицией, то в качестве идеального человека мы получим образ Иванушки-дурачка: доброго, простого, не прославляющего себя, ничего не делающего, но в то же время всего добивающегося. В эпоху господства властей, придерживающихся противоположных взглядов, даосизм получил свое развитие и стал одним из наиболее значимых учений в Китае, таким образом, существенно повлияв на становление китайской культуры. В настоящее время даосизм широко распространен не только на востоке, но и во всем мире.

ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ

*Волкова А. О.,
студентка СПО юридического факультета КемГУ*

В настоящее время наблюдается неверие в законность, в справедливость, в неотвратимость юридической ответственности. В статье 14 Конституции Российской Федерации провозглашено, что обязанностью государства является признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина. В то же время осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц, ст. 14 п. 2 Конституции РФ. Несоблюдение указанных норм может повлечь за собой наступление юридической ответственности. Реально работающий механизм юридической ответственности оказывает заметное влияние на воспитание граждан. Необходимо решать эту проблему «о возрождении веры граждан в неотвратимость наступления юридической ответственности за правонарушения». Есть только один способ построить правовое государство и гражданское общество – заставить работать те законы, которые у нас уже есть.

В процессе развития демократии, расширения реальных прав и свобод гражданина, использование которых призвано способствовать разворачиванию потенциальных возможностей человека, его инициативы, но не должно наносить ущерба интересам общества и государства, правам других граждан, возрастает роль юридической ответственности. На всех стадиях правового регулирования общественных отношений она является необходимым стимулятором правомерного поведения, содействует воспитанию чувства нравственного, политического и правового долга перед обществом и государством, повышению общественно-политической активности каждого гражданина. Мало что изменится, если в Конституции предусмотреть широкие права и свободы, но не предусмотреть механизма их реализации.

В Российской Федерации, строящей правовое государство, юридическая ответственность является также демократическим фактором осуществления социального контроля, охраны и развития общественных отношений, важной мерой защиты интересов личности, общества и государства. На мой взгляд, актуальность тематики исследования юридической ответственности бесспорна. Цель данной работы – глубже и шире изучить проблемы юридической ответственности, особенности её реализации и понимания на современном этапе развития Российского государства по строительству демократического и правового государства.

Для реализации выше поставленной цели необходимо решить следующие задачи:

Во-первых, понять значение юридической ответственности как правовой институт;

Во-вторых, выделить основные принципы и признаки юридической ответственности;

В-третьих, определить основания возникновения юридической ответственности.

Начну с того, что понятие ответственности многозначно. Ответственность может быть политической, моральной, юридической и пр. Юридическая ответственность – это применение мер государственного принуждения к ви-

новному лицу за совершенное правонарушение. Юридическая ответственность – правоотношение, в которое вступает государство, в лице его компетентных органов, и правонарушитель, на которого возлагается обязанность претерпевать соответствующие лишения за совершенное им правонарушение. Цели, преследуемые юридической ответственностью – защита правопорядка и воспитание граждан в духе уважения к праву. Говоря о юридической ответственности как о целостном явлении, нельзя не коснуться её основных принципов. Принципами юридической ответственности являются её основные начала, положения, без которых она не только теряет главенствующие позиции в целостной системе ответственности, но и перестаёт существовать как правовое явление, утрачивает юридическую сущность. К таким основным началам относятся:

- Принцип законности;
- Принцип обоснованности;
- Принцип целесообразности;
- Принцип неотвратимости;
- Принцип справедливости;
- Принцип гуманизма.¹

Юридическая ответственность имеет следующие признаки:

- наступает только за те деяния, которые предусмотрены правовыми нормами;
- налагается только за совершенные поступки, а не за мысли или намерения;
- налагается компетентными государственными органами в ходе определенной законом процедуры; влечет за собой неблагоприятные последствия для нарушителя;
- предполагает государственное принуждение правонарушителя к исполнению норм права;
- она наступает только один раз за одно и то же преступление.²

Основания юридической ответственности. Основаниями ответственности являются те обстоятельства, наличие которых делает ответственность возможной или необходимой, а отсутствие исключает её. Юридическая ответственность может быть назначена лишь при наличии определенных правовых и фактически оснований. Такими основаниями являются: норма права, предусматривающая возможность применения мер ответственности за противоправное деяние; совершение правонарушения, юридически значимые признаки последнего отражает конструкция «состав правонарушения». Правонарушение является юридическим фактом и влечет возникновение охранительных правоотношений. Правоприменительный акт, которым конкретизируется охранительная норма права, определяет конкретный вид и меру юридической ответственности (приговор суда, постановления о наложении административного взыскания и т. п.).

Выделение оснований юридической ответственности зависит от ее понимания, от определения момента ее возникновения. Если юридическая ответ-

¹ Теория государства и права: Учебник / Под редакцией В. М. Карельского и В. Д. Перевалова. М., 2000.

² Теория государства и права: Учебник / Под ред. В. М. Карельского и В. Д. Перевалова. М., 1997. С. 418.

ственность – это обязанность претерпеть определенные лишения, то она может возникать или с момента совершения правонарушений, или с момента выявления правонарушителя (то есть того, кто должен нести соответствующую обязанность) и применения к нему связанных с его противоправным поведением ограничений, или же с момента вынесения правоприменительного акта: на этот счет существуют разные точки зрения.

В первых двух случаях основанием юридической ответственности будут являться только норма права и факт совершения правонарушения; правоприменительный акт, в котором указаны конкретный вид и мера наказания, выступает в качестве основания не возникновения, а реализации юридической. В третьем случае и правоприменительный акт – основание возникновения юридической ответственности.

Если же мы говорим о юридической ответственности как о мере государственного принуждения, применяемой к правонарушителю, то тогда она возникает с момента вынесения правоприменительного акта, и среди необходимых оснований ее возникновения указывают на норму права, факт совершения правонарушения и правоприменительный акт.

Итак, правовая ответственность представляет собой сложный и многосторонний аспект жизни и деятельности человека. Ею, независимо от нашей воли, пронизан практически каждый шаг, имеющий сколь-нибудь важное общественное значение. Безусловно, в настоящее время концепция юридической ответственности нуждается в реформировании с учётом новейшего законодательства. Появляются новые виды правовой ответственности, которые ещё надлежит исследовать самым детальным образом. В существующих видах юридической ответственности также нельзя не заметить ряда недостатков, которые необходимо устранить за как можно более короткий период времени. Но в конечном итоге именно это делает проблему юридической ответственности актуальной. Нельзя не отметить и того факта, что детальных исследований правовой ответственности в настоящее время очень и очень мало (если брать полный и всесторонний её анализ с учётом современных изменений). Но даже после полного и всестороннего исследования институт правовой ответственности не перестанет быть актуальным, поскольку для эффективного функционирования и процветания правового государства необходимо осуществлять правовое воспитание каждого гражданина. А одним из элементов правового воспитания как раз и является формирование ответственности, уважение действующего законодательства, которое должно прививаться не только каждому гражданину Российской Федерации, но и каждому человеку, желающему жить в условиях правового государства.

ПРОБЛЕМА ПОНИМАНИЯ ТЕРМИНА «СУБЪЕКТ ПРАВА», ОТЛИЧИЯ ЕГО ОТ «СУБЪЕКТА ПРАВООТНОШЕНИЯ»

*Федотова В. А.,
студентка юридического факультета КемГУ*

На сегодняшний день идут дискуссии в понимании терминов субъект права и субъект правоотношения. Некоторые авторы утверждают, что эти понятия тождественны друг другу, а другие, что они несут в себе абсолютно разные смысловые нагрузки.

К пониманию термина субъекта права существует несколько различных подходов, сформулированных в мировой и отечественной юриспруденции. Для всех отраслей права понятие «субъект права» является одним из ключевых, раскрывающих основные юридические институты. Поэтому данное понятие имеет различное содержание со своими специфическими отраслевыми особенностями.

Что бы глубоко изучить этот вопрос, необходимо обратиться к положениям общей теории права, имеющей важную роль в формировании правовой основы отраслей права.

Субъекты права являются участниками правоотношений. Поэтому нельзя не сказать о том, что правоотношение – это реальное воздействие права на общественные отношения. Это отношение, предусмотренное правом. Иначе говоря, это такое отношение, в котором его участники являются носителями юридических прав и обязанностей. Такими участниками могут быть лица, обладающие правоспособностью и дееспособностью, т. е. правосубъектностью.

Следует отметить, что в отечественной юридической литературе, как правило, не проводится принципиальное отличие между понятиями «субъект права» и «субъект правоотношения». Так, С. Ф. Кечекьян отмечал, что под «субъектом права следует понимать: а) лицо, участвующее, или б) могущее участвовать в правоотношении. По сути дела, аналогичные положения содержатся в работах и других авторов, которые делают вывод о том, что понятие «субъект правоотношения является» более узким, чем понятие «субъект права», поскольку носитель прав и обязанностей может и не быть участником конкретного, реального правоотношения.

Так, под субъектами права и субъектами правоотношения понимаются конкретные органы, организации, физические лица, выступающие в качестве носителей субъективных прав и обязанностей. Следовательно, фактически речь идет об одних и тех же лицах.

Также существует точка зрения, посвященная вопросам теории государства и права. Так, Н. И. Матузов утверждает, что понятия «субъекты права» и «субъекты правоотношений» в принципе равнозначны, а М. Н. Марченко констатирует, что в современной юридической литературе указанные понятия чаще всего используются в качестве синонимов.

Однако не всегда можно сводить понятия «субъекты права» и «субъекты правоотношений» воедино. Во-первых, конкретный гражданин как постоянный субъект права не может быть одновременно участником всех правоотношений; во-вторых, новорожденные, малолетние дети, душевнобольные лица, будучи субъектами права, не являются субъектами большинства правоотношений; в-третьих, правоотношения – не единственная форма реализации права.

По-моему мнению, одним из основных подходов к определению понятия «субъект права» является традиция восприятия его в качестве лица, персоны, которая берет начало в античности и существует до настоящего времени. Понимание субъекта права как лица, имеет глубинный смысл, выражает тесную связь любого субъекта права (включая юридическое лицо) с человеком. При этом термин «лицо» не имеет применительно к субъекту права чисто технического характера. Субъект права как лицо воспринимался юристами не физически, не как материальная субстанция, а абстрактно. В понятии субъекта права получили отражение лишь правовые качества, свойства человека, а физические особенности оказались выведены за рамки представлений о субъекте права.

Важным аспектом понимания субъекта права является рассмотрение его в качестве правовой воли. Именно воля позволяет отделить субъекта от объекта права, без воли нет субъекта права. Субъект права, рассматриваемый как воля, – это не просто некоторая совокупность стремлений, желаний, а нечто (кто-то), в принципе способное принимать и осуществлять решения в правовой сфере. Возможность свободно принимать правовые решения (делать свой правовой выбор), а также осуществлять их характеризует субъекта права как волю. Но возможность принимать правовые решения – еще не воля в действии (действительная воля). Действительной воля становится тогда, когда делает свой правовой выбор, принимает правовые решения и их реализует. Отсюда, действительный субъект права – лицо, которое выражает себя вовне посредством правового решения (волевого акта).

Еще одним немаловажным аспектом понимания субъекта права является понимание его в качестве совокупности правовых связей, правоотношений, как центра права. Исходя из идеи первичности субъекта права, не субъект права является элементом правовых отношений, а наоборот, правовые отношения, связи «принадлежат» субъекту права. Субъект – это та ось, вокруг которой формируются правовые связи, отношения. Субъекты права стремятся формировать не только свои особые правовые отношения, но и создавать право. Их интересы распространяются и на абстрактные правовые связи, выраженные в законе. В этих абстрактных связях субъекты права стремятся выразить свою волю, свое осознание того, каким должно быть их взаимодействие в рамках реализации их целей. По совокупности правовых отношений, в которых представлено лицо, по тому, как они осуществляются, можно судить о нем как о субъекте права.

Существуют также другие аспекты понимания субъекта права: субъект права как правовой деятель, как социально-правовая ценность, как сторона правового процесса и др. Следует отметить то, что субъект права способен постоянно прирастать новыми качествами и всегда существует возможность выделения новых аспектов его понимания. А значит, тем для научных дискуссий предостаточно. Субъект права определяется как совокупность заключенных в специальную юридическую форму правовых качеств человека.

Несмотря на множество подходов к пониманию субъекта права, следует отметить, что данное понятие включает в себя различные категории лиц, которые предусмотрены правовыми нормами. Без отражения их, в общем виде невозможно открыть содержание той или иной отрасли права. Следовательно,

речь идет о правовых абстракциях, в общем виде определяющих, на кого распространяется действие тех или иных норм.

Таким образом, под субъектом права в настоящее время целесообразно понимать абстрактное лицо (физическое или юридическое), предусмотренное правовыми нормами, которое наделено определенным объемом абстрактных юридических прав и обязанностей.

ОСОБЕННОСТИ ЭТНИЧЕСКОЙ ДЕМОКРАТИИ В БОСНИИ И ГЕРЦЕГОВИНЕ

*Маркович Горан,
доцент юридического факультета Восточно-Сараевского университета
Республика Сербская, Босния и Герцеговина*

1. Причины установления этнической демократии. Босния и Герцеговина принадлежит к числу тех немногих государств, в которых представительная демократия функционирует в условиях разделённого общества, вследствие чего ключевыми участниками политических процессов являются политически организованные социальные группы или сообщества, имеющие куда большее политическое значение, нежели отдельные граждане. Демократия имеет строго элитистский характер. В процессе принятия политических решений участвуют политические элиты, представляющие, по их утверждению, свои этнические группы, или, как говорит действующая конституция, государствообразующие (конститутивные) народы, коими являются боснийцы, сербы и хорваты.

Общество может быть сегментировано по различным основаниям: этническому, конфессиональному, языковому и т. п.¹ Если это так, а политическая система является демократической, принято говорить о модели консоциативной (сообщественной) демократии. Поскольку в Боснии и Герцеговине, в политическом и конституционно-правовом смысле, ключевыми социальными группами являются нации, консоциативная демократия принимает форму «этнической демократии».

Тот вариант консоциативной демократии, который существует в Боснии и Герцеговине и который мы называем этнической демократией, имеет свои социальные корни. Она обусловлена особой природой общества в Боснии и Герцеговине, которое является разделённым (сегментированным).

Конечно, ни одно общество нельзя считать абсолютно однородным, поскольку всегда существуют социальные группы, возникающие в различных сферах общественной жизни и имеющие различные, подчас противоположные интересы, прежде всего в социально-классовом смысле. Босния и Герцеговина специфична тем, что одна разновидность социальных групп – нации – имеют не только наибольшее влияние, но и «привилегию», состоящую в том, чтобы через

¹ Австрия, Голландия, Швейцария, Бельгия и Ливан являются примерами государств, которые были или являются ныне разделёнными по какому-либо из этих оснований.

своих политических представителей доминировать в процессах принятия политических решений. Кроме того, нации – это относительно замкнутые группы, каждая из которых имеет систему своих учреждений и организаций, начиная с политических и заканчивая экономическими, профессиональными, религиозными, культурными, спортивными и прочими. Таким образом, боснийско-герцеговинское общество как бы составлено из трёх «подобществ»¹. В таких условиях политические элиты ведут себя как «дипломатические представители» своих наций в государственных органах, ведя от их имени переговоры и стараясь достичь компромисса по основным вопросам, касающимся управления государством.

2. Элементы этнической демократии. Этническая демократия касается, среди прочего, состава органов, способа их избрания и порядка принятия решений. В этом отношении существуют известные различия между органами Боснии и Герцеговины, с одной стороны, и органами входящих в её состав государственных образований (Федерации Боснии и Герцеговины и Республики Сербской), с другой стороны. Элементы этнической демократии более выражены на общегосударственном уровне, что объясняется двумя причинами. Во-первых, это явное различие в численности отдельных народов внутри государственных образований. Так, в Республике Сербской подавляющее большинство составляют сербы, а в Федерации Боснии и Герцеговины численно преобладают боснийцы, и их политические элиты не допускают, чтобы их власть была ограничена². Во-вторых, это историко-политические условия, в которых создавались государственные образования. В них с самого начала имело место доминирование одной или двух национальных политических элит. Конституционные реформы, произошедшие после 2000 года, когда Конституционный суд Боснии и Герцеговины своим решением признал конститутивность народов на всей территории государства, не привели к установлению этнической демократии в том же объёме и с тем же содержанием, что и на общегосударственном уровне, поскольку национальные политические элиты в государственных образованиях не пожелали утратить своё господство.

К числу элементов этнической демократии, присущих всем уровням организации государственной власти, следует отнести: паритетный или пропорциональный состав органов власти; консенсус или квалифицированное большинство как способы принятия решений; институт жизненно важных национальных интересов.

2.1. Состав государственных органов. Паритетный состав органов имеет решающее значение на общегосударственном уровне. Все важнейшие органы формируются по этому принципу, даже если конституция или закон прямо этого не предусматривают. Конституционно-правовые нормы прямо устанавливают такой порядок формирования для Президиума Боснии и Герцеговины и Палаты народов Парламентского собрания Боснии и Герцеговины, что вполне ожидаемо, так как речь идёт об органах, осуществляющих исполнительную и

¹ Ср.: Lijphart A. *Demokracija u pluralnim društva*. Zagreb: Globus; Školska knjiga, 1992. S. 55.

² В этом плане некоторое исключение представляет Федерация Боснии и Герцеговины, в которой власть делят боснийская и хорватская политические элиты, хотя последняя и утверждает о своём неравноправии с первой.

законодательную власть, в которых должно быть обеспечено равноправие государствообразующих народов.

Однако создатели конституции не установили такой порядок для общегосударственного правительства – Совета министров Боснии и Герцеговины, по-видимому, считая, что данный орган исполнительной власти должен оставаться в тени Президиума. Пункт «а» раздела 4 статьи V Конституции Боснии и Герцеговины определяет функцию Совета министров как «проведение политики и решений Боснии и Герцеговины». Однако поскольку Совет министров не просто исполнитель чужой воли, а орган, играющий значимую роль в определении государственной политики, в ст. 6 Закона о Совете министров Боснии и Герцеговины¹ предусмотрено, что в его состав входит одинаковое число лиц, принадлежащих к каждому из конститутивных народов. Данное положение закона не вытекает напрямую из конституции, однако и не противоречит ей, являясь логическим завершением политической системы консоциативной («этнической») демократии в Боснии и Герцеговине.

Паритетный состав некоторых органов не предусмотрен позитивным правом, а вытекает из конституционных обычаев. В частности, это касается Конституционного суда Боснии и Герцеговины, в состав которого входят шесть национальных судей – по два лица, принадлежащих к каждому из государствообразующих народов, хотя Конституция прямо этого и не предусматривает², а закон о Конституционном суде до сих пор не принят. Конституционный обычай сложился в постдейтонский период как выражение необходимости и политического компромисса, подчёркивая значение паритета при формировании государственных органов.

Паритетный состав органов необходим и возможен. Необходим – потому что таким образом обеспечивается равновесие и взаимное сдерживание национальных политических элит, недопущение доминирования одной из них в этих органах. Кроме того, такая необходимость обусловлена и разделённостью общества, каждый сегмент которого (нация со всей совокупностью её учреждений и организаций) должен быть политически представлен. Возможен – потому что на уровне общества в целом ни одна нация не преобладает в численном, экономическом или культурном отношении, а потому не может осуществлять и политическое господство. Коль скоро взаимный страх перед политическим господством одной нации всё же существует, он должен быть рационализирован механизмами консоциативной демократии, одним из которых как раз и является паритетный состав органов.

Принцип паритета несколько слабее выражен на нижестоящих уровнях государственной организации, отчего этническая демократия тускнеет, хотя и остаётся доминирующей моделью демократии. На уровне государственных образований паритетный состав имеют отдельные органы законодательной и ис-

¹ Закон о Савјету министара Босне и Херцеговине (Службени гласник Босне и Херцеговине, бр. 30/03, 42/03, 81/06, 76/07, 81/07, 24/08).

² Пункт «а» раздела 1 статьи VI Конституции Боснии и Герцеговины определяет, какое число судей должно быть избрано от каждого из государственных образований, не оговаривая при этом их национальную принадлежность.

полнительной власти. В Республике Сербской это Вече народов, в состав которого входят по восемь делегатов от каждого из государствообразующих народов и ещё четыре делегата от остальных. В состав Палаты народов Парламента Федерации Боснии и Герцеговины входят по 17 делегатов от каждого государствообразующего народа и семь делегатов от остальных. Впрочем, значение этого принципа зависит от компетенции соответствующего органа. Так, например, не всё равно, осуществляет ли орган, сформированный на паритетных началах, законодательную власть полностью (в отношении всех принимаемых законов) или частично (лишь в отношении законов, затрагивающих жизненно важные национальные интересы). Первое касается Палаты народов Федерации Боснии и Герцеговины, второе – Веча народов Республики Сербской. Эти два органа в принципе не могут иметь одинаковую компетенцию, поскольку один из них функционирует в государственном образовании с федеративным устройством, а другой – в государственном образовании с унитарным устройством.

Принцип паритета по-разному проявляется и в отношении главы государства, имея наибольшее значение на общегосударственном уровне, меньшее – в Федерации Боснии и Герцеговины и наименьшее – в Республике Сербской. Значение этого принципа определяется организацией института главы государства. Президиум Боснии и Герцеговины образуют один хорват, один серб и один босниец, которые имеют равные права в осуществлении полномочий данного органа, осуществляя их исключительно в качестве коллективного и коллегиального органа. В Федерации Боснии и Герцеговины существует институт президента и двух вице-президентов, опять же по одному из числа боснийцев, хорватов и сербов, однако они не образуют коллективный орган, хотя президент и принимает важнейшие решения с согласия обоих вице-президентов. В Республике Сербской президент и два вице-президента также принадлежат к различным народам, однако принцип паритета не имеет здесь практически никакого значения, ибо у вице-президентов нет никаких полномочий, кроме как того, что один из них замещает президента Республики в случае временной невозможности осуществления им своих функций.

Что касается правительств государственных образований, принцип паритета вообще не прослеживается. Оба эти правительства состоят из 17 членов (председателя и 16 министров), причём соответствующие конституции закрепляют фиксированное число министров от каждого государствообразующего народа. В состав Правительства Республики Сербской входят восемь сербских министров, пять боснийских и три хорватских. Правительство Федерации Боснии и Герцеговины состоит из восьми боснийских, пяти хорватских и трёх сербских министров. В данном случае имеет место специфическое воплощение принципа пропорционального представительства народов. Предполагалось, что народы будут представлены в соответствии со своей численностью, причём доля данного народа в общей структуре населения не обязательно должна совпадать с долей министров, представляющих этот народ в правительстве. Замена принципа паритета пропорциональным принципом обусловлена не только явной несоразмерностью этих народов в национальной структуре населения соответствующего государственного образования, но и желанием политических

элит наиболее многочисленных народов сохранить своё доминирование в структурах исполнительной власти.

Главная проблема применения этих принципов при формировании правительств обоих уровней (общегосударственного и в государственных образованиях) заключается в том, что правительства формируются не из депутатов, вследствие чего министрами могут быть назначены лица, не имеющие соответствующей политической и, как следствие, национальной легитимности. Они, таким образом, лишь принадлежат к соответствующим народам, но не представляют их.

2.2. Порядок принятия решений. Этнической демократии присущ специфический порядок принятия решений органами как законодательной, так и исполнительной власти. Одни решения принимаются простым большинством голосов, другие – квалифицированным большинством, а третьи – консенсусом¹. Особый интерес представляют последние два способа, часто критикуемые за то, что они препятствуют эффективному принятию решений.

В случаях, прямо предусмотренных конституцией или законом, обе палаты Парламентского собрания Боснии и Герцеговины, Президиум Боснии и Герцеговины и Совет министров Боснии и Герцеговины принимают решения консенсусом или квалифицированным большинством голосов. Интересно, что Парламентское собрание, палаты которого заседают отдельно, принимает все законы и иные акты квалифицированным большинством голосов в обеих палатах: за соответствующее решение должно проголосовать не просто большинство депутатов или делегатов, но такое большинство, которое включало бы в себя как минимум одну треть депутатов или делегатов от каждого из государственных образований. Если в Палате народов это оправдано, поскольку таким образом не допускается принятие решений в интересах лишь одного государственного образования, то в Палате представителей, депутаты которого представляют граждан, такой порядок явно бессмыслен и приводит к чрезмерно частому отклонению законопроектов².

Для Палаты народов, между тем, предусмотрен ещё один вид квалифицированного большинства. Согласно пункту «е» раздела 3 статьи IV Конституции Боснии и Герцеговины, решения, затрагивающие жизненно важные национальные интересы, могут быть приняты только большинством голосов присутствующих сербских, хорватских и боснийских делегатов. Таким образом, в данном случае должен быть достигнут если не консенсус всех членов палаты, то, по крайней мере, консенсус трёх национальных политических элит, представленных в данной палате.

¹ Некоторые авторы, имея в виду порядок принятия решений, подчёркивают, что такая модель демократии является не «антибольшинственной», а «променьшинственной», поскольку она предполагает настолько широкое согласие, насколько это вообще возможно. В частности, такого мнения придерживается Лидия Басти, рассматривая пример Швейцарии, который вполне может быть применён и к Боснии и Герцеговине. См.: Basta, L. Manjina i legitimitet savezne države // Federalizam i problem manjina u višetničkim zajednicama: uporedna analiza Švajcarske i Jugoslavije / Urednici: Thomas Fleiner i Slobodan Samardžić. Beograd: Institut za evropske studije, 1995. S. 33.

² См.: Proces odlučivanja u Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine (istraživački projekt). Sarajevo: Fondacija Konrad Adenauer u Bosni i Hercegovini, 2009.

В Народной скупшине Республики Сербской и в Палате представителей Парламента Федерации Боснии и Герцеговины решения принимаются простым большинством, что абсолютно оправданно, так как речь идёт об органах представительства граждан. Квалифицированным большинством принимаются лишь решения Палаты народов Парламента Федерации Боснии и Герцеговины и Веча народов Республики Сербской, причём не все, а только затрагивающие жизненно важные национальные интересы.

Это различие в применении квалифицированного большинства является результатом тех исключительно тяжёлых условий, в которых принималась Конституция Боснии и Герцеговины, а также сопротивления национальных политических элит слишком широкому применению квалифицированного большинства в конституциях государственных образований.

Принятие решений консенсусом существует в Президиуме и в Совете министров Боснии и Герцеговины, причём не по всем вопросам, а лишь по тем из них, которые, по мнению создателей конституции, являются наиболее значимыми¹. В частности, если окончательное решение принимается Парламентским собранием, консенсус членов Президиума или Совета министров по соответствующему вопросу отнюдь не является необходимым. Поэтому некоторые политически значимые решения, как, например, внесение проекта бюджета или назначение председателя Совета министров, Президиум Боснии и Герцеговины вполне может принимать не консенсусом, а большинством голосов. Коль скоро последнее слово по этим решениям принадлежит Парламентскому собранию или, по крайней мере, его Палате представителей (как в случае с назначением председателя Совета министров), страх перед неравенством голосов в Президиуме лишён оснований.

На уровне государственных образований всё несколько иначе, поскольку здесь нет коллегиальной главы государства (хотя в случае Федерации Боснии и Герцеговины можно говорить о квазиколлегиальной главе государства, поскольку важнейшие решения принимаются президентом с согласия двух вице-президентов). Правительства государственных образований, несмотря на их многонациональный состав, принимают решения большинством голосов, если до таких расхождений вообще может дойти в правительстве, образованном по принципу большинства. Данный факт, как и тот факт, что члены правительства не являются депутатами, периодически вызывали в Федерации Боснии и Герцеговины недовольство хорватской политической элиты, которая считала, что ей могут навязываться отдельные решения, поскольку от её голосов ничего не зависит, ибо она по определению в меньшинстве.

Специфической чертой боснийско-герцеговинской модели демократии является институт так называемых жизненно важных интересов государствообразующих народов. Конституция Боснии и Герцеговины их не определяет и не перечисляет, в отличие от конституций государственных образований². Однако

¹ См. пункт «с» раздела 2 статьи V Конституции Боснии и Герцеговины и ст. 18 Закона о Совете министров Боснии и Герцеговины.

² См. LXXVII поправку к Конституции Республики Сербской и XXXVII поправку к Конституции Федерации Боснии и Герцеговины.

и конституции государственных образований, содержащие перечень таких интересов из восьми пунктов, предусматривают возможность признать затрагивающим жизненно важные национальные интересы любой другой вопрос, если за это выскажутся 2/3 делегатов, представляющих любой из государствообразующих народов. Данный институт проистекает из сегментированности боснийско-герцеговинского общества и призван защищать коллективные права трёх наций.¹ Вместе с тем, он также служит гарантией политического равноправия трёх народов в процессе принятия решений, не допуская игнорирования голосов меньшинства.

Если какой-либо закон нарушает жизненно важные национальные интересы, он рассматривается в особом порядке в Палате народов Парламентского собрания Боснии и Герцеговины, Палате народов Парламента Федерации Боснии и Герцеговины либо в Вече народов Республики Сербской, причём для его принятия требуется квалифицированное большинство. Не случайно, что жизненно важные национальные интересы не определены в общегосударственной конституции, но определены в конституциях государственных образований. Первая причина тому – политическая остановка, в которой принимались соответствующие конституционно-правовые нормы. Конституция Боснии и Герцеговины стала результатом мирных переговоров, в ходе которых вряд ли было возможно надлежащим образом решить эти вопросы ввиду взаимного страха национальных политических элит, что их голоса будут подавлены голосами двух других элит. Соответствующие поправки к конституциям государственных образований были приняты лишь в 2002 г., когда политическая ситуация более или менее нормализовалась. Вторая причина заключается в том, что семилетний опыт применения Конституции Боснии и Герцеговины привёл к осознанию того, что жизненно важные национальные интересы должны быть хотя бы примерно определены, дабы тем самым избежать злоупотребления ими. Третья причина – различное соотношение сил между национальными политическими элитами на общегосударственном уровне и на уровне государственных образований: элиты, доминирующие в государственных образованиях, могли принять институт жизненно важных национальных интересов лишь при условии, что сфера его применения не будет слишком широкой.

ИСТОРИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ ПОЛОЖЕНИЙ «УЧРЕЖДЕНИЯ ДЛЯ УПРАВЛЕНИЯ ГУБЕРНИЙ ВСЕРОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ» 1775 г., КАСАЮЩИХСЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ УЕЗДНОЙ ОБЩЕЙ ПОЛИЦИИ

*Катица П. А.,
курсант Академии МВД Республики Беларусь*

¹ На уровне государственных образований он используется, как правило, самым малочисленным из государствообразующих народов – боснийцами в Республике Сербской и хорватами в Федерации Боснии и Герцеговины.

Реформирование государственной системы России на западный манер началось в начале XVIII в. еще при Петре I. Продолжалось оно и в правление последователей первого императора. Среди них необходимо отметить Екатерину II, которая, опираясь на дворянское сословие, укрепляла российский абсолютизм, увеличивала чиновничий управленческий аппарат.

Одной из мер по усилению системы управления и увеличению подконтрольности обширных территорий государства являлось утверждение Екатериной II в 1775 г. «Учреждения для управления губерний Всероссийской империи» (далее – «Учреждение»). Данный правовой акт регулировал порядок создания и функционирования органов государственного управления в соответствующих административно-территориальных единицах (губерниях, уездах).

«Учреждение» регламентировало среди прочих сфер управления правоохранительную деятельность. Ее должны были осуществлять на местах своеобразные административно-полицейские органы – нижние земские суды. Согласно статье 22 главы I «Учреждения», данные органы должны были создаваться на территории каждого уезда или округа. Статья 23 определяла состав нижнего земского суда: «земский исправник или капитан и два или три заседателя, смотря на обширность уезда».¹ Глава II «О чинах» утверждала присвоение всем должностным лицам губернии определенных служебных званий – классных чинов. Служители нижних земских судов не явились исключением. Так, исправникам присваивался 9-ый классный чин, а заседателям – 10-ый.

Нижний земский суд, кроме представительства государственной исполнительной власти, являлся органом дворянского самоуправления. Капитан-исправник и заседатели выбирались уездной знатью сроком на 3 года. Затем, если избранные лица были «без явного порока», то они утверждались на должности соответствующими губернаторами. Назначение начальников местной полиции допускалось только в уездах, «где дворянских имений нет или мало». Царские власти не случайно приняли дворянские выборы в качестве способа комплектации нижних земских судов. Это была одна из уступок Екатерины II феодальному сословию, на которое опиралась абсолютная власть императрицы.

Полномочиям чинов нижних земских судов посвящены главы XVII-XVIII «Учреждения». Глава XVII «О должности нижнего земского суда» устанавливала компетенцию всего уездного правоохранительного органа. Глава XVIII «О должности земского исправника или капитана» регламентировала служебные обязанности начальника полиции уезда. Рассмотрим подробнее положения, содержащиеся в данных главах.

Функциональные обязанности нижних земских судов статья 224 «Учреждения» сводило к трем основным направлениям: «во-первых, иметь бдение, дабы в уезде сохранены были благочиние, добронравие и порядок; второе, чтоб предписанное законами полезное повсюду в уезде исполняемо и сохраняемо было; в случаях же нарушения оных, нижний земский суд, по состоянию дела, не смотря не на какое лице всякого должен приводить к исполнению предпи-

¹ Полное собрание законов Российской Империи: Собр. 1-е.: в 45 т. СПб.: Тип. Второго отделения собственной Е.И.В. канцелярии, 1830. Т. 20: 1775-1780. (далее – ПСЗРИ). С. 232.

санного законом; и третье, нижний земский суд один в уезде право имеет приводить в действие повеления правления, решения палат, верхних и уездных судов, и чинить отказы».¹

Очевидно, что обязанности уездной полиции определялись довольно неконкретно. Законодателем с помощью других статей главы XVII компетенция нижних земских судов не была определена в полной точности. К примеру, в «Учреждении» не были прописаны действия чиновников земской полиции по поддержанию общественного порядка, профилактике и борьбе с преступностью. Указывалось только, что в исполнении правоохранительных функций (функций «благочиния») данные уездные органы управления напрямую подчинялись губернской администрации.

Несмотря на это статьями главы XVII для нижних земских судов устанавливались обязанности иного (в первую очередь хозяйственного) характера. Так, за уездной полицией закреплялись: надзор за торговлей; недопущение контрабанды; ежемесячный учет цен на продовольствие; принятие мер по поимке беглых крестьян и наказанию лиц, их укрывавших; поддержание дорог и мостов в надлежащем состоянии. Исходя из этого, представляется, что исполнение нижними земскими судами именно правоохранительных обязанностей было затруднительно из-за чрезмерной загруженности вторичными задачами.

В главе XVII устанавливались также некоторые антикоррупционные меры. К таким мерам можно отнести закрепление того, что полицейским чиновникам запрещалось брать с населения любое вознаграждение за исполненные служебные обязанности, в том числе на проезд по территории уезда.

Предусматривался порядок обжалования населением действий и решений чиновников нижних земских судов. В статье 233 главы XVII отмечалось, если «буде кто нижнего земского суда исполнением по повелению или решению верхнего какого-либо места не доволен, и показать может, что нижний земский суд незаконно поступил, тот должен просить в четырехнедельный срок в том верхнем месте (той губернии) того наместничества, от которого то повеление или решение для исполнения в нижнем земском суде получено».²

Необходимо также отметить, что нижний земский суд исполнял свои обязанности не постоянно. Он должен был собираться по мере необходимости неопределенное количество раз в год «в уезде там, где сведает, что непорядки учинились или куда позван или послан будет».³

Начальники уездной полиции – земские исправники (капитаны-исправники) являлись, по сути, главами исполнительной власти на вверенных им территориях. Поэтому в «Учреждении» компетенции данных должностных лиц посвящена отдельная глава.

В начале главы XVIII к земским исправникам предъявлялись определенные нравственные требования: верность монарху, «доброхотство и человеколюбие» к народу, добросовестность в выполнении обязанностей. Именно с помощью этих качеств начальник уездной полиции должен был обеспечивать,

¹ ПСЗРИ. С. 251.

² Там же. С. 252.

³ Там же.

«дабы везде установленный порядок всеми и каждым в уезде сохранен был в целости».

Все функции начальников полиции уездов можно разделить на несколько групп:

- деятельность по недопущению измены государству, совершению иных деяний, угрожающих порядку управления;
- деятельность по борьбе с преступностью;
- обеспечение санитарно-эпидемического контроля территории;
- поддержание в надлежащем состоянии линий транспорта и коммуникаций;
- совершение определенных действий в случаях нахождения войск во вверенном уезде.

Деятельность по недопущению измены государству сводилась к выявлению лиц, которые собираются нарушить некую «данную всеми подданными клятву верности престолу», пресечению их действий. Также деятельность исправников по противодействию государственным преступлениям заключалась в усмирении «ослушавшихся селений».

Борьба с преступностью осуществлялась руководителями нижних земских судов путем выявления в уезде «скопищ воров или беглых» и поимке этих правонарушителей. Содействие в этом капитанам-исправникам должно было оказывать местное население. Если жители того или иного населенного пункта не «протягивали руку помощи» в розыске и задержании преступников, то на все селение налагался денежный штраф («пеня»). Вместе с тем не исключалась и ответственность самих начальников полиции за халатное исполнение обязанностей. Так, в статье 245 говорилось: «земский исправник сам собою ни на кого не налагает пени, или наказания, но сие учинить имеет суд по законам».¹

Исправники также осуществляли санитарно-эпидемический контроль подвластной им территории, принимали меры к ограничению распространения «прилипчивых» болезней, излечению заболевших. Кроме борьбы с эпидемиями среди населения начальники уездной полиции должны были не допускать массового падежа скота.

На земских исправников возлагались также обязанности по поддержанию в качественном состоянии дорог и мостов в уезде, «дабы они в таком исправном состоянии были, чтоб на них остановки и опасности никому не приключилось».

В случаях нахождения на территории уезда войск, руководители нижних земских судов принимали меры по расквартированию солдат и офицеров, недопущению конфликтов между населением и военнослужащими. Примечательно, что исправники не должны были заботиться о материальном (тем более безвозмездном) обеспечении находящихся в уездах войск, так как для экономических нужд армейских подразделений из казны выделялись строго определенные средства.

¹ ПСЗРИ. С. 254.

Очевидно, что земские исправники, как и подвластные им органы должны были выполнять ряд вторичных хозяйственных обязанностей, что не могло не сказаться именно на правоохранительной деятельности.

Таким образом, принятие в 1775 г. «Учреждения для управления губерний Всероссийской империи» дало мощный толчок к централизации царской системы государственного управления. Усиливалась и правоохранительная система. Однако орган, призванный осуществлять на местах полицейские функции, не мог качественно исполнять возложенные на него обязанности из-за дворянской выборности, довольно широкого объема и конкретно неопределенных компетенции и других причин, что и было далее подтверждено на практике.

ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОБЩЕСТВЕННЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ ПО ОКАЗАНИЮ ПОМОЩИ БЕЖЕНЦАМ ПЕРВОЙ МИРОВОЙ ВОЙНЫ

*Сербунов Я. М.,
курсант Академии МВД Республики Беларусь*

Беженцы в Российской Империи в годы Первой мировой войны начали появляться с самого начала боевых действий. Сразу это были небольшие группы, затем – все более нарастающее явление, увеличивающееся с геометрической прогрессией при приближении фронта.¹

Руководство Российской Империи на протяжении всего периода военных действий почти все свое внимание концентрировало на поддержке и оказание помощи фронтам.²

Именно поэтому с самого начала войны и до лета 1915 г. ответственность за судьбу беженцев легла на общественные организации. Среди последних можно выделить Всероссийский союз городов (ВСГ), Всероссийский земский союз (ВЗС) и Комитет Ее Императорского Величества Великой Княжны Татьяны Михайловны (Татьянинский комитет). ВЗС и ВСГ были созданы 30 июля и 8-9 августа 1914 г. на съездах представителей земского и городского самоуправления. Главноуполномоченными этих организаций стали князь Г. Я. Львов и М. В. Челноков.³

Первоначально деятельность этих организаций ограничивалась оказанием помощи раненым войнам. Это обуславливалось тем, что с августа 1914 г. рус-

¹ Лапановіч С. Ф. Першая сусветная вайна і бежанства як агульнадзяржаўная праблема // Беларускі гістарычны часопіс. 2005. № 10. С. 7.

² Лапановіч С. Ф. Удзел паліцыі Расійскай імперыі ў вырашэнні праблемы бежанства ў заходніх губернях падчас Першай сусветнай вайны (1914-1916 гг.) // Милиции Беларуси 90 лет: история и современность материалы науч.-практ. конф. (Минск, 27 февр. 2007 г.) / М-во внутр. дел Респ. Беларусь, Акад. МВД; редкол.: К. И. Барвинок (отв. ред.) и [др.]. Минск : Акад. МВД Респ. Беларусь, 2007. С. 95.

³ Лапановіч С. Ф. Удзел Усерасійскіх земскага і гарадскога саюзаў у аказанні дапамогі бежанцам у Беларусі ў гады першай сусветнай вайны // Беларускі гістарычны часопіс. 2007. № 6. С. 9.

ские войска стояли далеко за пределами границ империи и основная общенациональная миссия – помощь покалеченным войной солдатам и офицерам.¹

Несмотря на то, что за счет казны финансировалось только деятельность, по помощи фронту, в 1915 г. ВЗС и ВСГ стали также оказывать помощь и беженцам, так как это был, во-первых, смелый политический шаг, а, во-вторых, беженцам действительно в начале войны государство не оказывало никакого внимания: не было создано законодательной базы, не были определены должностные лица, которые были бы ответственны за них и так далее.²

На протяжении 1915 г. Комитетами ВЗС оказывалась неоценимая помощь беженцам и вынужденным переселенцам: по пути их шествия устраивались питательные пункты, открывались временные бараки, где все они могли бы переночевать и получить какую-либо медицинскую помощь.³

В Минской губернии, в частности, постоянная и квалифицированная помощь оказывалась именно Минским Губернским Комитетом ВЗС, а так же силами организации Северпомощь.⁴

Уже в первые месяцы войны в Гродненской губернии Комитет ВЗС Северо-Западного фронта стал проводить санитарно-медицинские мероприятия для беженцев. Первоочередной целью ВЗС стала борьба с инфекционными заболеваниями. В связи с этим, деятельность учреждений Минского Губернского Комитета ВЗС стала носить характер обычной земской больницы.⁵

Комитеты ВСГ также вносили большой вклад оказанию помощи беженцам. Так, например, врачебно-продуктовые пункты при ВСГ в Брестской Крепости стали обслуживать беженцев с июня 1915 г. Виленский городской комитет ВСГ на челе с городской главой Венславским оказывал помощь с питанием жильем одеждой трудоустройством примерно 2900 беженцам. В таких крупных железнодорожных узлах как Орша и Гомель большое внимание комитетами ВСГ уделялось железнодорожным станциям, где наблюдалось большой наплыв переселенцев. Уполномоченный ВСГ Динесман оценивал ситуацию на железнодорожном вокзале г. Гомеля: «Поезда прибывают с голодными и холодными людьми. В каждом составе насчитывают несколько десятков трупов, которые находятся в вагонах по несколько дней...».⁶

Плачевная ситуация с беженцами наблюдалась и в других Западных прифронтовых областях Российской Империи.

Нехватка питания, отсутствие жилья, недостаточное медицинское обслуживание, – все это далеко не единственные проблемы, создавшиеся вокруг беженцев. Большой вопрос стоял и с восстановлением документов, трудоустройством, защитой своих элементарных прав, то есть с юридической помощью.

¹ Там же. С. 12.

² Лапановіч С. Ф. Узаемаадносiны дзяржаўных устаноў і грамадскіх арганiзацый у справе аказання дапамогі бежанцам у Расійскай імперыі ў гады першай сусветнай вайны (1914-1916 гг.) // Вестник Академии МВД Республики Беларусь. 2008. № 1(15). С. 22.

³ Лапановіч С. Ф. Першая сусветная вайна і бежанства як агульнадзяржаўная праблема. С. 7.

⁴ Багдановіч М. Агляд працы за першы год Мінскага Аддзела Беларускага Таварыства для помачы пацярпеўшым ад вайны // Полымя. 1981. № 12. С. 190.

⁵ Лапановіч С. Ф. Уззел Усерасійскіх земскага і гарадскога саюзаў у аказанні дапамогі бежанцам у Беларусі ў гады першай сусветнай вайны. С. 12–14.

⁶ Там же. С. 13.

Именно это и стало основной задачей ВСГ и ВЗС. Также толчок этому дало острая нехватка финансов и «противостояние» некоторых государственных органов и должностных лиц. При юридическом отделе была создана специальная комиссия по оказанию юридической помощи беженцам, которая вела регистрацию потерянного имущества, учетом актов гражданского состояния, расследования фактов ограничения личной свободы беженцев.¹

Регистрацией беженцев в Витебской, а также во многих других губерниях занимался Татьянинский комитет.² Председатель регистрационной комиссии – помощник директора Центрального статистического комитета В. И. Комарницкий. Отдел состоял из двух уполномоченных и семи членов, а также пяти представителей от национальных общественных благотворительных организаций (польских, латышских, литовских, еврейских, армянских); при нем было создано Всероссийское Бюро регистрации беженцев

Помимо крупных общественных организаций как ВСГ и ВЗС, большое внимание беженцам уделялось и со стороны царской семьи. Речь идет о комитете Ее Императорского Величества Великой Княжны Татьяны Михайловны, который, благодаря дотациям из казны, обладал крупным финансовым потенциалом. Кроме того, в распоряжение Комитета поступали средства от кружечного сбора, от устройства благотворительных балов, лотерей, базаров и выставок, пожертвования от частных лиц и благотворительных организаций. Действовала программа сбора продовольствия под названием «Ковш зерна нового урожая». К 1 января 1917 г. было собрано 2 446 658 рублей, четверть этой суммы в виде денег, продуктов и товаров была роздана непосредственно беженцам, остальные средства пошли на дело общей помощи и устройство жилищ и приютов.³ Помимо открытия многочисленных медико-санитарных пунктов, Татьянинский комитет проводил большую политику в сфере учета и регистрации беженцев. Во многом благодаря его работе сейчас мы можем судить о размерах беженства в то время.

Огромный вклад в оказании помощи беженцам стали оказывать различные национальные организации. Речь идет о евреях, поляках, литовцах, белорусах, немцах и многих других. Однако самыми заметными среди них стали евреи и поляки. Вероятно, так сложилось из-за большой национальной культуры и уважения к традициям. Например, у евреев есть такое понятие «Гемилуд осадизм», которое обязывает их оказывать различную помощь своим единоверцам.⁴

Самой первой национальной организацией были еврейские. Численность беженцев – евреев в западных губерниях насчитывала около 50 тысяч человек, что примерно составляет 17 % от всего количества беженцев. Мотивом создания этих организаций послужила сложившаяся у евреев традиция благотвори-

¹ Там же. С. 14–15.

² Сматья В. Р. Проблема беженцев в годы Первой Мировой войны // Белорусский журнал международного права и международных отношений. 2003. № 3. С. 73.

³ Матвеева Н. Л. Деятельность Комитета великой княжны Татьяны Николаевны в годы Первой мировой войны // История российской монархии: Мнения и оценки: Материалы 18 Всерос. науч. конф. 2000. С. 72.

⁴ Лапанович С. Ф. Деятельность государственных и негосударственных организаций по оказанию помощи беженцам в Беларуси в годы Первой мировой войны (1914–октябрь 1917). Минск: Академия МВД, 2010. С. 99.

тельности по отношению к потерпевшим единоверцам. Но, из-за недоверия к еврейским общественным организациям (в первую очередь политической) местные администрации зачастую открыто тормозили их деятельность. Примером этому может послужить переписки предводителей дворянства, которые заявляли о недопущении созданий еврейских организаций и комитетов.

Несмотря на это, только в Минске действовали товарищества помощи бедным евреям и Еврейский комитет. Еврейские общественные организации действовали и в других городах западных губерний. Другой многочисленной национальной общественной организацией стала польская. Именно поляки первыми ощутили на себе близость фронта, который стремительно перемещался к Востоку. Число беженцев-поляков увеличивалось с каждым месяцем, к лету 1915 г. их насчитывалось около 12 тысяч – примерно 10 % от всех беженцев на территории западных губерний. Первоочередной задачей для этих организаций стала слом преград для поляков, которое устраивало русское законодательство. Наибольшее количество польских комитетов действовало на территории Могилевской губернии. Огромное влияние на деятельность польских общественных организаций оказала Римская католическая церковь, которая стала символом духовного объединения и своеобразным спонсором (Римско-католическое добровольное товарищество в Могилеве и др.).¹

Таким образом, можно утверждать, что среди общественных организаций, которые помогали беженцам, были ВЗС, ВСГ и Татьянаинский комитет. Несомненно, существовали и другие добровольные благотворительные организации, такие как с Белорусское общество помощи пострадавшим от войны, где активное участие принимал известный белорусский поэт М. Багданович и другие национальные общественные организации (польские, еврейские, литовские, белорусские и др.). Эти организации открывали бесплатные приюты, пункты питания, помогала в трудоустройстве, но их деятельность, всецело зависело от государства и более крупных общественных объединений. Деятельность всех организаций по оказанию помощи не была скоординирована с самого начала войны. Большим упущением стало «нежелание» сотрудничества некоторых общественных организаций между собой. Например, Татьянаинский комитет не видел перспектив взаимодействия со всеми остальными комитетами. Создание и деятельность этой организации, в первую очередь, были направлены на поддержание авторитета царской семьи. Все разногласия, безусловно, негативно отражались на материальной, социальной жизни беженцев. По сути, обладая огромными материальными и финансовыми возможностями, имея безусловное влияние среди общества, Татьянаинский комитет, скооперировавшись с другими общественными организациями (ВСГ и ВЗС), мог перерасти в объединенный комитет, который имел бы весьма серьезные перспективы в улаживании дел беженцев. Это помогло бы в решении общей государственной проблемы – устройству беженцев Первой Мировой войны, оперативному оказанию любой помощи в нелегкое военное время.

¹ Лапанович С. Ф. Деятельность государственных и негосударственных организаций по оказанию помощи беженцам в Беларуси в годы Первой мировой войны (1914-октябрь 1917). С. 100–101.

ОБЩЕСТВЕННОЕ МНЕНИЕ КАК ФАКТОР, ВЛИЯЮЩИЙ НА ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ ОРГАНОВ ВНУТРЕННИХ ДЕЛ

*Млынарчик Л. В.,
курсант Академии МВД Республики Беларусь*

Одним из условий, необходимых для успешного построения правового государства, является наличие сильной и пользующейся авторитетом у населения правоохранительной системы. Основным принципом деятельности правоохранительных ведомств в современных условиях является работа в интересах населения, с населением и во благо государства. Очевидно, реализация такого подхода требует переосмысления и переориентации основных направлений деятельности милиции/полиции. В настоящее время основное направление работы милиции/полиции должно заключаться не в реагировании на уже совершенные правонарушения, а в их профилактике.

Не вызывает никакого сомнения, что органы правопорядка не в состоянии самостоятельно справиться с преступностью, им необходима помощь общественности. Опора на поддержку граждан и общественных объединений – одно из неперемных условий эффективной деятельности правоохранительных органов по предупреждению и пресечению правонарушений, устранению порождающих их причин. Деятельность по обеспечению общественной безопасности, охране правопорядка, профилактике правонарушений, когда она опирается на массовость и добровольность участия жителей города, района дает позитивный эффект.

Во-первых, участие населения придает органам правопорядка дополнительные силы и возможности в борьбе с преступностью. Во-вторых, сила общественного мнения позитивно влияет на изменения как в личности правонарушителей, так и укрепляет законопослушное население в сознательном следовании предписаниям закона. В-третьих, активная часть населения способна самостоятельно воздействовать на урегулирование криминогенных жизненных ситуаций, что особенно важно в процессе реализации виктимологической профилактики, назначение которой – помочь людям избежать опасности стать жертвой преступления.

Таким образом, мы с уверенностью можем утверждать, что для создания эффективной системы борьбы с преступностью, а также системы профилактики правонарушений, необходимо формирование партнерских взаимоотношений органов правопорядка и населения страны.

В тоже время следует заметить, что установление стабильных партнерских отношений между органами внутренних дел и населением страны возможно только при высоком уровне доверия и положительной оценке деятельности органов правопорядка со стороны граждан. В связи с этим решение проблемы выявления, анализа и учета объективных закономерностей и механизмов

формирования оценочного отношения ведущих социальных групп, народа в целом к деятельности органов внутренних дел занимает приоритетное значение.

Органы правопорядка при осуществлении своей деятельности стремятся обеспечивать общественное доверие к себе и поддержку в лице граждан. Основными условиями возникновения доверия населения к органам внутренних дел является их значимость для населения как объекта доверия и оценка этого объекта как безопасного. Основными показателями доверия населения к полиции/милиции выступают: позитивность принятия решения, значимость обсуждаемой информации.

Во многих государствах общественное мнение о правоохранительных органах претендует на статус главенствующей критерии в оценке их деятельности.

Исследование формирования и функционирования общественного мнения в культуре является одним из ведущих факторов в реализации принципов подлинной демократии, гражданского общества и правового государства.¹ Учет общественного мнения имеет особое значение в решении вопросов совершенствования практики деятельности органов внутренних дел. Мероприятия, приведенные на его основе, способны вывести управление органов внутренних дел на качественно новый уровень, а также способствовать повышению авторитета и престижа правоохранительных органов в целом.

Общественное мнение – специфическое проявление общественного сознания, сложное духовное образование, представляющее собой такое состояние массового сознания, при котором в скрытой или явной форме проявляется отношение со стороны различных групп или слоев населения к проблемам, событиям и фактам, вызывающим общественный интерес.² Активность и значение общественного мнения определяются социальной структурой общества, уровнем развития экономической культуры, демократических институтов и свобод и другими факторами.

Сегодня общественное мнение выступает предметом научного познания в рамках многих социально-гуманитарных наук: социологии, политологии, социальной психологии, истории и др. Каждая из них вносит свою посильную лепту в углубление понимания сути данного социокультурного феномена, при этом проводя свой ракурс оценки. Отсюда видится очевидным, что при определении возможностей органов государственной власти и, конкретно, правоохранительных органов в реализации своих функций с формированием адекватной социальной оценки результатов своей деятельности, нужно исходить из комплексного видения проблемы, опираться на междисциплинарный подход.

¹ Пекарский Ф. В. Мониторинг общественного мнения как неотъемлемый компонент деятельности органов внутренних дел // Проблемы борьбы с преступностью и подготовки кадров для органов внутренних дел: тез. докл. Междунар. науч.-практ. конф., посвящ. Дню бел. науки (Минск, 24 янв. 2007 г.) / М-во внутрен. дел Респ. Беларусь, Акад. МВД. Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2007. С. 17–19.

² Пекарский Ф. В. Общественное мнение как ориентир и отправная точка в деятельности белорусской милиции // Милиции Беларуси 90 лет: история и современность: материалы науч.-практ. конф. (Минск, 27 февр. 2007 г.) / М-во. внутрен. дел Респ. Беларусь, Акад. МВД Респ. Беларусь; редкол.: К.И. Барвинок (отв. ред.) и [др.]. Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2007. С. 201–204.

Общественное мнение выступает в качестве своеобразного индикатора, с помощью которого возможно определение приоритетных направлений совершенствования деятельности органов правопорядка. Именно через общественное мнение населением страны дается общая качественная оценка усилиям, прилагаемым органами внутренних дел для обеспечения условий высокого качества жизни граждан страны, для свободного и достойного развития личности; по обеспечению законности и правопорядка. Общественное мнение, с одной стороны, выявляет отдельные отрицательные моменты в практике функционирования правоохранительных органов и, одновременно, с другой, – стимулирует работу по повышению качества служебной деятельности сотрудников органов внутренних дел.

Для выявления динамики общественного мнения могут использоваться различные методы и средства: социологические опросы, анкетирование, расчет индикаторов социально-политической напряженности. Каждый из указанных конкретных методов позволяет приблизиться в понимании природы и социальных связей и отношений в обществе, и непосредственно общественного мнения. В тоже время эффективность проводимых исследований может быть повышена за счет использования и других специальных методов научного познания: традиционного и формализованного анализа документов (контент-анализа) и др.

Общественное мнение, не совпадая по своему объему и содержанию ни с одним из видов и форм общественного сознания, представляет их своеобразный срез («состояние сознания»). Оно обеспечивает на практике обратную связь в системе управления, является действенным каналом осуществления непосредственной демократии, эффективным средством управления социальными процессами и социального контроля.¹ Учет общественного мнения помогает поднять на соответствующий уровень культуру управления, недостаток которой (в противном случае) может негативно сказаться на темпах и самом ходе процессов государственного строительства, практике функционирования правоохранительных органов и, конкретно, органов внутренних дел.

Деятельность органов внутренних дел занимает особое место в общественном мнении, как наиболее тесно связанная с жизнью общества, его повседневными интересами. Изучение, анализ и оценка общественного мнения о деятельности органов внутренних дел позволяет услышать «советы» населения по тем или иным вопросам деятельности; узнать, что конкретно ожидают сегодня люди от органов внутренних дел; установить оценку населением работы органов внутренних дел, а также определить, направления совершенствования деятельности органов внутренних дел.

Не вызывает сомнения, что в ходе служебной деятельности каждый сотрудник так или иначе, тем или иным способом формирует общественное мнение в отношении своей личности, о себе как об участнике правоохранительной деятельности в зависимости от занимаемого должностного положения и исполняемых функций, а также мнение о направленности и особенностях деятельно-

¹ Пекарский Ф. В. Указ. соч.

сти органа или подразделения, в котором он служит. Кроме этого каждый сотрудник органа внутренних дел принимает участие в формировании общественного мнения о системе МВД в целом. В общественном мнении отражается совокупность достижений и промахов правоохранительных органов, недоработок на местах и недостатков в работе. Однако следует обратить внимание на то, что общественное мнение создается непосредственно сотрудниками органов внутренних дел, а поэтому можем сделать вывод, что формирование общественного мнения об органах правопорядка может носить целенаправленный характер и обеспечиваться средствами различных социальных технологий.

Из вышесказанного следует, что повышение авторитета органов внутренних дел среди населения требуют включения общественного мнения в систему факторов, важных для принятия управленческих решений. Изучение общественного мнения о работе органов внутренних дел, тенденций его изменения, механизмов формирования необходимо для получения информации, анализ которой позволяет разрабатывать научно-обоснованные управленческие решения, направленные на совершенствование правоохранительной деятельности. Эта информация имеет также значение для последующего воздействия на общественное мнение с целью формирования у населения позитивного отношения к правоохранительным органам и обеспечения поддержки мер по укреплению правопорядка.

Исходя из этого, учет общественного мнения при принятии и реализации управленческих решений органов внутренних дел – одно из основных условий повышения их авторитета среди населения, что создает объективные условия для роста правовой активности людей, вовлечения их в деятельность по обеспечению общественного порядка, а в конечном результате – для формирования более спокойной криминогенной обстановки в стране.

ПРАВО НА РЕВОЛЮЦИЮ КАК ОБЩЕПРАВОВОЙ ПРИНЦИП

*Маршавелски А.,
ассистент кафедры уголовного права
юридического факультета Загребского университета (Хорватия),
аспирант Йельского университета (г. Нью-Хейвен, США)*

В ноябре 2011 г. моя работа на тему «Терроризм и международное обычное право» была представлена на конференции «Социально-правовые, гендерные и политические аспекты противодействия экстремистской деятельности», организованной факультетом политических наук и социологии Кемеровского государственного университета.¹ В этой работе, среди прочего, мною была высказана мысль о том, что сирийскому народу принадлежит естественное право в порядке обороны от репрессивной власти причинить, при определённых усло-

¹ См.: Сборник статей Международной научной конференции «Социально-правовые, гендерные и политические аспекты противодействия экстремистской деятельности» / Кемеровский государственный университет; отв. ред.: О. В. Омеличкин, М. В. Желтов, В. В. Шиллер. Кемерово, 2011. С. 41-58.

виях, смерть президенту Башару аль-Асаду, чей режим за последний год убил около 10 000 гражданских лиц. Поскольку темой той работы был терроризм, я не стал тогда детально останавливаться на этой проблематике, однако вышеприведённое утверждение всё же вызвало дискуссию и критику в мой адрес..

Право на революцию представляет собой естественное право народа посредством силы или протестов свергнуть правителя и провести радикальные реформы в системе власти и государственных учреждений в ситуациях, когда конституционно-правовые методы оказываются неэффективными или вовсе недоступны.¹ Если обратиться к истории, данный институт возник параллельно в правовой традиции Запада и Востока. Естественнo-правовая школа и теория общественного договора внесли наибольший вклад в международно-правовое признание права на революцию, однако независимо от этих западных течений данный правовой институт развивался также в китайском и исламском праве. Под влиянием указанных правовых традиций право на революцию оформилось в качестве общеправового принципа, закреплённого (явно или имплицитно) во многих конституциях мира.

Историческое развитие права на революцию.

1. Дискуссию о праве на революцию против тирании государства открывает Платон. В его широко известной книге «Государство» (*Politeia*) один из диалогов с Сократом позволяет сделать вывод, что в случаях, когда невозможно было ни изгнать тирана, ни осудить его на смерть на основании публичного обвинения, обычной практикой были заговоры и убийства тиранов.² Именно так случилось с Юлием Цезарем, который, по свидетельству Цицерона, «попрал все божественные и человеческие законы, дабы установить задуманную им абсолютную власть».³ По этой причине Цицерон считает оправданным убийство этого тирана.⁴ Великий римский историк Тацит описывает в своих «Анналах» Тиберия – другого тирана, чья власть была столь невыносима, что люди предпочитали войну жизни в таком мире (*Miseram pacem vel bello bene mutari*).⁵ Усиление христианства привело к широкому распространению библейских притч, оправдывающих тираноубийство.⁶ Иоанн Солсберийский, философ-схоласт XII в., полагал, что «убийство тирана не только допустимо, но законно и справедливо».⁷ В XIII в. Фома Аквинский, вновь анализируя убийство Цезаря, возвёл этот случай в ранг принципа, согласно которому «тот, кто, убив тирана, освободил свою землю, достоин похвалы и награды».⁸ Примерно в это же вре-

¹ См.: Black's Law Dictionary / Bryan A. Garner, ed. Rev. 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009. P. 1439.

² Plato. The Dialogues. Vol. II: The Republic. New York: Harper & Bros., 1914. P. 340.

³ Cicero, M.T. De Officiis. Book I: Moral Goodness / transl. Walter Miller. London: William Heinemann Ltd; New York: G.R. Putnam's sons, 1928. P. 26-27.

⁴ Ibid, p. 19.

⁵ Tacitus. The Annals / William Francis Allen (ed.). Boston and London: Ginn & Co., 1890. P. 237.

⁶ Наиболее известна, пожалуй, притча о Юдифи, которая отрубила голову Олоферну, чтобы спасти свой народ от порабощения. Эта притча стала символом сопротивления в ряде национальных литератур. Например, Марко Марулич, хорватский поэт и гуманист, создал на основе данной библейской истории эпическую поэму «Юдифь», изданную на хорватском языке в Венеции в 1521 г. Сегодня это произведение Марулича считается символом не только противодействия венецианской гегемонии, но и всей исторической борьбы хорватского народа за самостоятельность.

⁷ Salisbury, J. Policraticus / Cary J. Nederman (ed.). Cambridge University Press, 1990. P. 25.

⁸ Aquinas, Th. Selected political writings / A.P. D'Entrèves (ed.). Oxford: B. Blackwell, 1959. P. 185.

мя, в 1215 г., в Англии была принята Великая Хартия Вольностей, ст. 61 которой предусматривала, что в случае нарушения её положений, которое не будет устранено в 40-дневный срок, бароны имеют право на захват королевских замков, земель, владений, а равно на сопротивление любыми иными способами, за исключением тех, что посягают на неприкосновенность короля и его семьи. Из этого можно сделать вывод, что убийство короля, королевы и их детей считалось чрезмерно суровой мерой защиты фундаментальных прав. Аналогичное право, названное впоследствии *jus resistendi*, закреплялось и в других правовых актах средневековых европейских государств.¹

Хуан де Мариана, испанский схоласт XVI в., считал, что когда монарх нарушает основные законы, посягает на свободы и привилегии своих подданных или ведёт нацию к пропасти, люди имеют право восстать против него.² Эммерих де Ваттель, основоположник современного международного права, поддержал Мариану, ограничив использование права на революцию началом пропорциональности: «Когда против зла могут быть применены мягкие и безобидные средства, нет оснований опасаться, что ситуация станет нестерпимой».³

Великая французская революция зародилась в недрах философии и политической теории в начале XVIII в. как Просветительство. Монтескьё, один из ярчайших представителей данного направления, в своих «Персидских письмах» рассуждает о правителе-насильнике: «Если государь, вместо того чтобы обеспечить подданным счастливую жизнь, вздумает их угнетать или истреблять, повод к повиновению прекращается: подданных ничто больше не соединяет с государем, ничто не привязывает к нему, и они возвращаются к своей естественной свободе».⁴ Очевидное влияние на взгляды Монтескьё оказала теория общественного договора Локка. Одним из постулатов данной теории является естественное право народа свергнуть своих правителей, если они нарушают его исторические права.⁵ По мнению Локка, такими нарушениями являются смена власти вопреки воле народа и действия власти вопреки целям, ради достижения которых она установлена.⁶ В обоих случаях имеет место нарушение общественного договора между людьми и властью, что влечёт возвращение в первоначальное состояние войны, позволяющее людям бороться за установле-

¹ Так, Золотая булла короля Эндре II, изданная в 1222 г. и действовавшая на территории Венгрии и Хорватии, наделила феодалов правом сопротивляться королю и восставать против него (*ius resistendi et contradicendi*). См.: Kostrenčić, M. *Nacrt historije hrvatske drzave i hrvatskog prava*. — Zagreb: Školska knjiga, 1956. — Str. 208-209. О соотношении Великой Хартии Вольностей и Золотой буллы Эндре II см.: Maršavelski, A. *Magna Carta i počeci engleske ustavnosti* // *Pravnik*. 2006. Vol. 40. Br. 2 (83). S. 105-122. Саксонское зеркало, одно из важнейших средневековых немецких уложений, предусматривало, что «человек должен сопротивляться своему королю и судье, если они совершают злодеяние» (см.: Kern, F. *Kingship and Law in the Middle Ages* / transl. S.B. Chrimes. New York: F.A. Praeger Publishers, 1956. P. 84).

² Vattel, E. *The Law of Nations* / Joseph Chitty (ed.). 1834. P. 18.

³ *Ibid.*, p. 20.

⁴ Montesquieu. *The Complete Works*. Vol. III. London, 1777. P. 378.

⁵ См.: Locke, J. *Two Treatises of Government and A letter Concerning Toleration*. New Haven: Yale Univ. Press, 2003. P. 199-209.

⁶ *Ibid.*, p. 200.

ние такой власти, которая бы обеспечила им достижение тех целей, ради которых она изначально устанавливалась.¹

Теория общественного договора Локка стала идеологическим светочем американской революции, нашедшим отражение в преамбуле Декларации независимости США 1776 г., где открыто признаётся право на революцию: «Если данная форма правительства становится губительной для этой цели, то народ имеет право изменить или уничтожить её и учредить новое правительство, основанное на таких принципах и с такой организацией власти, какие, по мнению этого народа, всего более могут способствовать его безопасности и счастью». Став президентом США, Линкольн в первой же своей речи обратил внимание на право на революцию: «Эта страна с её учреждениями принадлежит народу, живущему в ней. Утомившись от действующей власти, народ может осуществить своё конституционное право на смену власти или своё революционное право на её уничтожение или свержение».²

Иеремия Бентам был противником естественно-правовой школы, однако и он не оспаривал допустимости сопротивления публичной власти. Бентам полагал, что человек вправе «предпринять меры сопротивления, когда, по его внимательнейшим расчётам, вероятный ущерб, причинённый обществу вследствие сопротивления, окажется меньшим по сравнению с вероятным ущербом от сохранения в состоянии подданства».³

Показанное выше развитие философско-правовых теорий и документов о праве на революцию привело к закреплению этого права во многих европейских конституциях. Согласно преамбуле действующей Конституции Французской Республики, её составной частью является Декларация прав человека и гражданина 1789 г., провозглашающая в ст. 2 в числе прочих естественных и неотчуждаемых прав человека право на сопротивление угнетению. В ч. 4 ст. 20 Основного закона ФРГ также идёт речь о праве на революцию (*Widerstandrecht*): «Если иные средства не могут быть использованы, все немцы имеют право на сопротивление любому, кто предпринимает попытку устранить этот строй». Как видно, во избежание злоупотребления гражданами их правом на революцию немецкая конституция определяет его как *ultima ratio*⁴, что вытекает из принципа пропорциональности. Ещё один аналогичный пример находим в ч. 4 ст. 120 Конституции Греческой Республики, провозглашающей, что «соблюдение Конституции вверяется патриотизму греков, которые правомочны и обязаны оказывать сопротивление всеми средствами всякой попытке отменить её путем насилия». Важно, однако, подчеркнуть, что и в тех государствах, чьи конституции прямо не признают право на революцию, это право существует как неписаное правило, являющееся «одним из столпов западной цивилизации».⁵

¹ Ibid., p. 199-200.

² Lincoln, A. Stories and Speeches / Edward F. Allen (ed.). New York: New York Books, 1900. P. 212.

³ Bentham, J. A Fragment on Government. Oxford: Clarendon press, 1891. P. 215.

⁴ См.: Grundgesetz: Kommentar. Band III: Art. 16-22 / Theodor Maunz, Günter Dürig. München: C.H. Beck, 2011. S. 338, Rn. 34.

⁵ Sumida, G. The Right of Revolution: Implications for International Law and Order // Power And Law: American Dilemma In World Affairs. Baltimore: Johns Hopkins Press, 1971. P. 130. Более того, известный немецкий философ

2. Независимо от западной правовой традиции право на революцию прочно укоренилось и в китайской философии права в виде конфуцианского концепта «небесного мандата» (*Tianming*). Поскольку одним из фундаментальных постулатов конфуцианства является воспитание добродетельного человека, считается, что жестокого тирана прежде всего следует попытаться исправить. Если это не удастся, правителя нужно свергнуть и на его место поставить другого, который будет радеть о благе народа. Эти идеи на протяжении китайской истории неоднократно оказывали влияние на революционные процессы, обеспечивая успешным революционным вождям легитимность.¹ В «Книге истории» (*shu jing*), одной из частей конфуцианского «Пятикнижия» (*Wujing*), сказано: «Небо любит народ; и Повелитель должен любить Небо».² Когда правитель перестаёт заботиться о благополучии народа, народ имеет право восстать и свергнуть его.³

Представители раннеисламской юридической мысли настаивали на том, что тирания лучше анархии.⁴ Однако некоторые исламские теоретики поддерживали право на революцию. В раннем шиизме считалось, что несправедливый и нелегитимный правитель должен быть свергнут;⁵ затем, в период «исчезновения» или «скрытого состояния» последнего имама (*Ghaybah*), доктрина отказалась от этой идеи. Школа мутазилитов оправдывала вооружённое сопротивление несправедливому правителю.⁶ Ещё один пример – хариджиты, открыто провозглашавшие право и обязанность бороться против тирана.⁷ Признавал право на революцию и Ибн Сина (Авиценна) – крупнейший мыслитель эпохи исламского возрождения.⁸ Со временем идеи, оправдывающие революционные действия, перестали быть исключением и переросли в принцип, известный многим конституциям исламских стран. После завершения революционной национально-освободительной войны в Алжире (1954–1962) революция была оправдана в преамбуле Конституции Алжирской Народно-Демократической Республики, а ценности Алжирской революции и по сей день защищаются ст. 9 конституции. Конституция Ирана, принятая по итогам Исламской революции 1979 г., также оправдывает революцию, свергнувшую прежний деспотический режим. Ключевую роль в этом процессе сыграл особый институт исламского права, именуемый *шур* и обязывающий правителя советоваться с народом.

права Артур Кауфман настаивает на том, что включение в конституцию права на революцию противоречит самой природе последнего, ибо оно представляет собой нечто стоящее над любыми законами и конституциями (см.: Kaufmann, A. Small Scale Right to Resist // *New England Law Review*. 1986. Vol. 21. P. 573).

¹ Perry, E.J. *Challenging the Mandate of Heaven: Social Protest and State power in China*. 2002. P. ix. См. также: Chung-Sho Lo. *Human Rights in the Chinese Tradition // Human Rights: Comments and Interpretations* (UNESCO ed.). New York: Columbia University Press, 1949. P. 186-187.

² *Ibid.*, p. 186.

³ *Ibid.*

⁴ Khadduri, M. *War and Peace in the Law of Islam*. Clark: The Lawbook Exchange, 2006. P. 13, 69.

⁵ Calder, N. *Accommodation and Revolution in Imami Shi'i Jurisprudence: Khumayni and the Classical Tradition // Middle Eastern Studies*. 1982. Vol. 18. P. 3.

⁶ Black, A. *The History of Islamic Political Thought*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 2011. P. 27. См. также: El-Awa, M.S. *On the Political System of the Islamic State*. Indianapolis: American Trust Publications, 1980. P. 60.

⁷ См.: Calder, N. *Op. cit.*, p. 12. См. также: El-Awa, M.S. *Op. cit.*, p. 60.

⁸ Black, A. *Op. cit.*, p. 75.

Шура считается одним из важнейших конституционных принципов.¹ Далее, многие юристы, принадлежащие к различным школам исламского права, обращают внимание на «допустимость смещения главы государства с занимаемой им должности, если его действия противоречат его официальным обязанностям или являются аморальными, репрессивными или нарушающими Коран или сунну пророка».² Преамбула конституции Афганистана напоминает о «жертвах и исторической борьбе», а также о «праведном сопротивлении всех людей в Афганистане». Право на революцию признано и в ст. 2 Всеобщей исламской декларации прав человека: «Каждый индивид и каждый народ имеет неотчуждаемое право на свободу... и может бороться с помощью всех доступных средств против любого нарушения или умаления этого права; каждый угнетённый индивид или народ имеет законные основания поддержать других индивидов и другие народы в такой борьбе».³ Этот документ был представлен на конференции ЮНЕСКО.⁴ Арабская весна, начавшаяся в конце 2010 г., является наглядным примером того, как относятся к праву на революцию в современном исламском мире.

Право на революцию признаётся, наконец, Африканской хартией прав человека и народов 1981 г., которая провозглашает: «Колониальные или угнетённые народы имеют право на освобождение от уз господства любыми средствами, признанными международным сообществом» (ч. 2 ст. 20). Комментаторы хартии утверждают, что это право может быть использовано при следующих условиях: 1) должно наличествовать состояние угнетённости; 2) речь должна идти о существенных нарушениях верховенства права (т. е. о грубых или массовых нарушениях прав человека); 3) угнетение должно исходить извне; 4) народ не по своей свободно выраженной воле оказался в состоянии угнетения; и 5) революция допустима лишь в случае безрезультатности других доступных правовых средств.⁵

3. Развитие современного международного права связано, прежде всего, с деятельностью Организации Объединённых Наций. В этой связи сегодня проблематично говорить о существовании того или иного международно-правового института, если данная организация его не признаёт. ООН с самого начала признала право на революцию. В абзаце третьем преамбулы Всеобщей декларации прав человека 1948 г. подчёркнута необходимость защиты прав человека властью закона, «дабы человек не был вынужден прибегать, в качестве последнего средства, к восстанию против тирании и угнетения». Первый опубликованный комментарий к данной декларации определяет право на революцию как средство, «с помощью которого люди могут установить справедливую власть, если фундаментальные принципы справедливости и основные права че-

¹ El-Awa, M.S. Op. cit., p. 86-89.

² Ibid., p. 115-116.

³ Universal Islamic Declaration on Human Rights (1981). URL: <http://www.alhewar.com/ISLAMDECL.html>.

⁴ См.: Waardenburg, J. Islam: Historical, Social and Political Perspectives. Berlin and New York: De Gruyter, 2002. P. 171.

⁵ См.: Ouguerouz, F. The African Charter on Human and Peoples' Rights. Hague – London – New York: Martinus Nijhoff Publishers, 2003. P. 263-266.

ловека были нарушены способом, не позволяющим применить миролюбивые средства».¹

Что касается международной судебной практики по вопросу о праве на революцию, следует вспомнить о деле Тиноко.² Фактические обстоятельства дела относятся к периоду 1917–1919 гг., когда в Коста-Рике произошёл государственный переворот, в результате которого Федерико Тиноко сверг президента Альфредо Гонсалеса. Новый президент принял новую конституцию и заключил определённые соглашения с британскими компаниями. В 1919 г. Тиноко оставил президентский пост и бежал в Европу, а прежнее правительство вновь взяло государственную власть в свои руки и отменило все законы, принятые режимом Тиноко, включая и соглашения его с британскими компаниями. Великобритания обратилась в международный арбитраж, в решении которого сказано: «Утверждение, будто бы правительство, сформированное и осуществлявшее власть в мирное время в течение определённого периода, не является *de facto* правительством, если оно пришло к власти не в соответствии с прежней конституцией, означало бы, что международное право исключает возможность формирования революционным путём нового правительства, которое бы получило власть с нарушением основного закона, принятого действующим правительством. Это неверно и не может быть верным».³ Поскольку в данном решении утверждается, что не может идти речи о «незаконных революциях», следовательно (как *argumentum a contrario*) право на революцию существует. Иное решение привело бы к признанию доктрины правового вакуума.⁴

Юридические аргументы в пользу существования в международном праве права на революцию могут быть сведены к пяти пунктам:

1) коль скоро международное право признаёт результаты революции в виде революционного правительства с полным государственным правопреемством, необходимо признать и средство, с помощью которого этот результат достигнут;⁵

2) право на революцию необходимо связано с вопросом о легитимности новой власти с точки зрения общепринятых в международном сообществе стандартов власти;⁶

3) право на самоопределение народов имплицитно содержит в себе право на революцию, поскольку самоопределение предполагает право народа выбирать собственный международный политический статус;⁷

4) право на революцию может рассматриваться как одно из важнейших прав, вытекающих из государственного суверенитета и независимости;⁸

¹ Human Rights: Comments and Interpretations (UNESCO ed.). New York: Columbia University Press, 1949. P. 264.

² Tinoco Case (Great Britain v. Costa Rica), I R. Int'l Arb. Awards 369, 377-78 (1923) // American Journal of International Law. 1924. Vol. 18.

³ Ibid., p. 154.

⁴ См.: Marek, K. Identity and Continuity of States in Public International Law. Genève: Libr. Droz, 1968. P. 56.

⁵ Ibid., p. 57.

⁶ Paust, J.J. The Human Right to Revolution // Human Rights in the World Community: Issues and Action. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 2006. P. 448.

⁷ Ibid.

⁸ Hershey, A.S. The Essentials of International Public Law. — New York: Macmillan, 1921. — P. 146-147.

5) наконец, право на революцию может быть выведено из появившегося недавно принципа ответственности за защиту (*responsibility to protect*),¹ из которого следует (*argumentum a majori ad minus*), что, коль скоро весь мир обязан своевременно реагировать, препятствуя массовым преступлениям в ситуациях, когда государство демонстрирует очевидную неспособность защитить своё население, народ и подавно наделён такими полномочиями.

По поводу юридической природы права на революцию существует три основные точки зрения. Одни рассматривают право на революцию как одно из прав человека;² другие – как принцип международного права,³ в пользу чего говорит тот факт, что общие принципы права на деле являются современной версией естественных прав.⁴ Наконец, третьи исходят из того, что право на революцию является частью международного обычного права. В принципе, с этим можно согласиться, ибо история человечества полна революций, однако представляется излишним выводить юридическую природу права на революцию из международного обычая, когда уже есть явные доказательства того, что речь идёт об общеправовом принципе.

Можно только удивляться тому факту, что право на революцию, несмотря на все отмеченные выше тенденции, признаётся сегодня лишь в части литературы.⁵ Одной из причин этого является отсутствие чётких условий, при которых названное право может быть реализовано. Именно на этом вопросе мы и остановимся в следующей части настоящей работы.

4. Критерии правомерности применения революционной силы. Проанализировав историческое развитие права на революцию и его закрепление в качестве общеправового принципа, можно сказать, что применение силы в порядке реализации права на революцию возможно при обязательном наличии следующих условий:

1) большинство населения поддерживает применение силы⁶ (по крайней мере, революционеры должны быть уверены в том, что большинство населения их поддержало бы, если бы ему были известны определённые факты);

2) применение силы должно быть крайней мерой и не должно привести к эксцессам в связи с конкретными ожидаемыми выгодами;⁷

¹ Подробнее об ответственности за защиту см.: Thakur, R. *The Responsibility to Protect: Norms, laws and the use of force in international politics*. London and New York: Routledge, 2011.

² Paust, J.J. *Op. cit.*, p. 445-452. См. также: *International Terrorism and Political Crimes* / M. Cherif Bassiouni (ed.). Springfield, Il.: Charles C. Thomas Publisher, 1975. P. xxi.

³ Stowell, E.C. *Intervention in International Law*. Washington: J. Bryne & Co., 1921. P. 354.

⁴ Lauterpacht, H. *An International Bill of the Rights of Man*. New York: Columbia University Press, 1945. P. 42.

⁵ *Ibid.*, p. 42-46; Sumida, G. *Op. cit.*, p. 134; Marek, K. *Op. cit.*, p. 56-57; Chen, T. *The international law of recognition: with special reference to practice in Great Britain and the United States* / L.C. Green (ed.). London: Stevens, 1951. P. 336; Paust, J.J. *Op. cit.*, p. 448-449; Bassiouni, M.C. [et al.]. *Op. cit.*, p. xxi.

⁶ См.: Paust, J.J. *Op. cit.*, p. 447. Философия марксизма, послужившая идеологической основой многих революций, также разделяет эту точку зрения (см.: Somerville, J. *The Philosophy of Marxism*. Minneapolis: Marxist Educational Press, 1967. P. 124-125).

⁷ См. преамбулу Всеобщей декларации прав человека 1948 г., а также: Vattel, E. *Op. cit.*, p. 20; Honoré, T. *The Right to Rebel* // *Oxford Journal of Legal Studies*. 1988. Vol. 8. P. 46; Paust, J.J. *Op. cit.*, p. 451. Kaufmann, A. *Op. cit.*, p. 574.

3) основанием для употребления силы должны быть правительственные репрессии в виде грубых нарушений¹ конституции² или основных прав человека;³

4) применяемая сила направлена исключительно против репрессивной власти.⁴

Раскроем каждое из этих условий. Первым среди них является принцип демократизма, основанный на идее народного суверенитета. Современное международное право исходит из того, что источником суверенитета является народ, а не государство как некая метафизическая абстракция.⁵ Это, однако, не означает, что революция, чтобы быть оправданной, должна стремиться к установлению демократии – люди могут учредить любую форму власти, какую хотят. Принцип демократизма содержит в себе два элемента: (а) гражданство и (б) поддержку большинства. Условие гражданства проистекает из идеи о том, что именно гражданин является стороной общественного договора с определённым государством, а потому лишь граждане имеют право противодействовать правительственным репрессиям. Разумеется, им могут прийти на помощь иностранные добровольцы, однако право последних производно от права граждан. Что касается поддержки большинства, то требование актуальной поддержки (т. е. поддержки в данный момент) могло бы привести к несправедливости, ибо такая поддержка зачастую невозможна ввиду цензуры публичных средств массовой информации; поэтому данное условие необходимо толковать как вероятную поддержку большинства. Например, если бы немецкий еврей во время второй мировой войны совершил покушение на Гитлера, то этот поступок был бы правомерен, несмотря на то, что Гитлер пользовался поддержкой большинства немецкого населения, ибо причиной такой поддержки была исключительно цензура средств массовой информации, скрывающая реальное положение вещей.

Вторым условием является принцип пропорциональности, означающий, что необходимо, прежде всего, использовать более мягкие (ненасильственные) средства давления на репрессивную власть (например, конституционные средства, протесты, пассивное сопротивление и т. п.⁶). Разумеется, эти средства должны быть эффективными. Так, в феврале 2012 г. президент Башар аль-Асад организовал референдум по вопросу конституционной реформы. Результаты этого референдума предполагают отмену однопартийной диктатуры Асада, но не сразу, а через два года, когда пройдут следующие выборы; очевидно, что это не что иное, как неуклюжая попытка отвлечь внимание общественности и меж-

¹ См.: Honoré, T. *Op. cit.*, p. 51; Kaufmann, A. *Op. cit.*, p. 574.

² Иногда это положение прямо прописано в конституции (например, в упоминавшихся уже ч. 4 ст. 20 Основного закона ФРГ и ч. 4 ст. 120 Конституции Греческой Республики).

³ См. преамбулу Всеобщей декларации прав человека 1948 г., а также: UNESCO, *op. cit.*, p. 264; Van Minh, T. *Sanctions juridiques et politiques des violations des droits de l'homme // Droit de l'homme: Droits des peuples / Alain Fenet (ed.)*. 1982. P. 97.

⁴ См.: Paust, J.J. *Op. cit.*, p. 449, а также: Kittrie, N.N. *Patriots and Terrorists: Reconciling Human Rights With World Order // Case Western Reserve Journal of International Law*. 1981. Vol. 13. P. 304-305.

⁵ Reisman, W.M. *Haiti and the Validity of International Action // American Journal of International Law*. 1995. Vol. 89. P. 83.

⁶ *Ibid.*, p. 46. К числу таких средств относятся также те, что предусмотрены главами VI и VIII Устава ООН.

дународного сообщества. Далее, принцип пропорциональности определяет не только ситуации, в которых возможно применение революционной силы, но и её содержание. В практическом плане это означает, прежде всего, недопустимость причинения смерти носителю репрессивной власти, если его можно захватить без особого риска. Сирийские повстанцы уже лишили свободы отдельных членов правительственных войск; между тем, *Human Rights Watch* сообщает о случаях дурного обращения с этими лицами, включая пытки и ликвидацию пленных.

Третьим условием является принцип «правого дела» (*justa causa*). Выдающийся немецкий философ права Артур Кауфман считал, что «сущность справедливости – в сопротивлении неправде»¹. Считается, что революционеры борются за «правое дело», когда правительство своими репрессиями грубо нарушало конституцию или основные права человека. На основе международного права не могут устанавливаться факты нарушения конституций отдельных государств, однако с учётом того, что право на революцию представляет собой общеправовой принцип, оно выходит за границы международного права. В чём заключается «грубое нарушение»? Как правило, репрессии должны быть неоднократными – отдельного единичного случая насилия недостаточно. Возможны, однако, и такие случаи, когда даже одно действие государства ввиду его исключительной тяжести оправдывает применение революционной силы. Применение силы безусловно оправданно во всех случаях геноцида, преступлений против человечности и военных преступлений, поскольку тогда и международное сообщество несёт ответственность за защиту народа (*responsibility to protect*). Однако как только период репрессий окончательно завершается, право на революцию перестаёт действовать и любые формы мести запрещаются. Таким образом, убийство Муаммара аль-Каддафи после свержения его режима, бесспорно, является убийством.

Последним условием является принцип избирательности, означающий, что революционная сила должна быть направлена против людей, которые осуществляют репрессии или имеют возможность их прекратить. Как правило, речь идёт о служащих армии и полиции, однако бывают и неофициальные вооружённые формирования, фактически сражающиеся на стороне государственной власти (например, шабиха в Сирии). В отличие от ситуаций вооружённых конфликтов, сопутствующие жертвы среди гражданского населения здесь абсолютно недопустимы². Иной подход означал бы допущение терроризма, поскольку, как справедливо указывает Майкл Уолцер, «случайный выбор жертв есть ключевое свойство террористических акций».³ Безусловная неприемлемость жертв среди гражданского населения также отличает право на революцию от крайней необходимости, которая, с точки зрения нормативной теории,

¹ Kaufmann, A. Op. cit., p. 571.

² См.: Kittrie, N.N. Op. cit., p. 304-305.

³ Walzer M. Just and Unjust Wars. New York: BasicBooks, 2006. P. 197.

воплощённой в национальном уголовном законодательстве некоторых стран¹ и в п. «d» ч. 1 ст. 31 Римского статута Международного уголовного суда, в отдельных случаях исключает вину убийцы невинных жертв (например, если деяние совершено под влиянием принуждения). В марте 2012 г. сирийское государственное информационное агентство сообщило о том, как четверо «террористов» обстреляли из автомобиля двух армейских генералов, вследствие чего оба они были убиты. Представляется, что в данном случае налицо оправданное применение революционной силы. С другой стороны, были также сообщения о совершаемых повстанцами похищениях и убийствах мирных жителей, что, безусловно, следует рассматривать как акты терроризма.

В тяжёлые времена государственных репрессий народ имеет право восстать против тирании. К сожалению, современное право вооружённых конфликтов и классические уголовно-правовые институты (крайняя необходимость и необходимая оборона) лишь в исключительных случаях допускают применение силы. В этой связи право на революцию необходимо рассматривать в качестве общеправового принципа. На основе анализа исторического развития данного института можно сформулировать четыре критерия, которыми следует руководствоваться при осуществлении права на революцию: 1) принцип демократизма; 2) принцип пропорциональности; 3) принцип «правого дела», и 4) принцип избирательности. Каждый, кто совершает революцию с соблюдением этих четырёх принципов, является не террористом, а борцом за свободу.

ПРАВА ЖЕНЩИН В ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ В НАСЛЕДСТВЕННОМ ПРАВЕ В XIX – НАЧАЛЕ XX ВЕКОВ

*Болотникова А. А.,
ассистент кафедры теории и истории государства и права КемГУ*

Правовой статус женщин в дореволюционной России формировалась на протяжении длительного времени. Его спецификой являлось не только фактическое, но и юридическое неравенство женщин и мужчин, сложившееся под определённым влиянием законодательства европейских государств, основанных на положениях Римского права. Фактическое неравенство женщины и мужчины возникло исторически и закрепилось первоначально в нормах обычного права, а затем получило юридическое оформление в законах.

В России в XIX – начале XX вв. появляются первые отечественные законы, выделяющие женщин в качестве самостоятельного субъекта права и предусматривающие постепенное расширение дееспособности женщин.

Цель исследования заключается в комплексном историко-правовом анализе эволюции правового положения женщин в России в XIX – начале XX вв. в области права наследования. Для достижения поставленной цели были определены следующие задачи: проанализировать деятельность Государственной ду-

¹ См., напр., § 35 Германского уложения о наказании, § 10 Уголовного уложения Австрии, ч. 2 ст. 18 Уголовного кодекса Швейцарской Конфедерации, а также ч. 2 ст. 22 нового Уголовного закона Республики Хорватия («Narodne novine» br. 125/2011).

мы и Государственного совета по проблеме расширения наследственных прав женщин в России в начале XX в; комплексно рассмотреть порядок наследования для женщин в России в XIX – начале XX вв. по нисходящей и боковой линиям, дать характеристику наследственных прав вдов.

Первая юридическая литература, в которой анализируется правовое положение российских женщин, появилась во второй половине XIX в. и явилась следствием подъёма общественного движения в России на рубеже 1850-1860 гг. Основные проблемы, затрагиваемые в ней, касались положения женщин в семье и браке, наследственные права женщин, а также отдельные вопросы гражданского и уголовного права. В своих работах отечественные юристы подвергали критическому анализу статьи Свода законов Российской империи, сравнивая их с зарубежным законодательством.

Особое место среди исследований по обычному праву занимает фундаментальная работа Семёна Викентьевича Пахмана «Обычное гражданское право в России», в которой содержится полное изложение институтов гражданского права по обычаям крестьянского населения различных местностей Российской империи. Утверждая, что по обычаям, также как и по закону, важнейшим основанием права наследования является родство, С.В. Пахман выделял в качестве особенности правового положения крестьянской женщины отсутствие прочной связи с семьёй, что объясняло устранение её от наследования при наследниках мужского пола.¹

В 1885-1890 гг. Анна Михайловна Евреинова, первая русская женщина, получившая учёную степень доктор права, в Санкт-Петербурге издавала журнал «Северный вестник». Наряду с различными юридическими проблемами она интересовалась также правовым положением женщин. Являясь автором «Краткого очерка прав женщин в семье» и «Об уравнении прав женщины при наследовании», А. М. Евреинова активно выступала за расширение наследственных прав женщин в России.

Активной критике подвергались статьи Свода законов о браке и семье, а также статьи, в которых закреплялся порядок наследования, содержащий противоречия и устаревшие положения и значительно ограничивающий права женщин. Несовершенство законодательства, определявшего наследственные права женщин, отмечали Константин Никанорович Анненков, Алексей Васильевич Куницын, Владимир Николаевич Никольский и другие исследователи.²

Наследственные права женщин выражались в праве дочери при сыновьях наследовать 1/8 в движимом и 1/14 в недвижимом имуществе. Если же дочерей было так много, что за выделом им восьмых и четырнадцатых долей, доля сына была бы меньше, всё имущество делилось поровну. Исключением из указанного правила служил тот случай, когда наследство, состоящее из благоприобретенного имущества, распределялось между дочерьми и усыновленным, – в этом случае наследство всегда делилось на равные доли без преимущества в пользу

¹ Пахман С. В. Обычное гражданское право в России: Юридические очерки: в 2 т. СПб., 1877-1879.

² Анненков К. Система русского гражданского права. Т. VI. Право наследования. СПб., 1902. С. 286; Куницын А. В. О праве племянниц на указные части из наследства // Журнал министерства юстиции. 1866. Т. XXVIII, ч. II. С. 35, 43, 46; Никольский В. Об основных моментах наследования. М., 1871. С. 138-140.

лиц мужского пола.¹ При отсутствии сыновей, сестры делили между собой имущество родителей в равных долях.² По боковым линиям сестры при братьях устранялись от наследования. Из общих правил наследования женщин предусматривались следующие исключения. В губерниях и уездах Закавказского края, образовавшихся в пределах Грузии, Имеретии и Гурии, исповедующие христианскую веру братья и их потомки имели право оставить за собою указанную часть сестры из недвижимого имущества, выкупив её³.

В Черниговской и Полтавской губерниях порядок наследования определялся нормами Литовского статута. Здесь, из отцовского имения, дочери при братьях не получали указных частей, а наделялись приданым, которое определялось или по усмотрению отца, или, если он не оставил завещания, в размере 1/4 части всего, оставшегося после него имения. Материнское же имение сыновья и дочери делили между собою поровну. Имение, доставшееся умершему от его матери, также делилось между его родными братьями и сестрами поровну.⁴

В 1912 г. Государственная дума обсуждает и утверждает проект закона о расширении наследственных прав женщин. В отличие от ст. 10 проекта закона о равноправии женщин 1906 г., предусматривающей равенство женщин и мужчин в наследственном праве, закон «О расширении прав наследования по закону лицами женского пола и права завещания родовых имений», подписанный императором 3 июня 1912 г., уравнивал женщин с мужчинами лишь при наследовании движимого имущества. В наследовании земельного имущества, доля сестры при брате составляла одну седьмую часть.⁵

Острая полемика среди юристов возникла по вопросам о разделе наследства между нисходящими одной и той же линии, одинаково близкими к наследодателю, например, между внуком и внучкой, о праве племянниц на указные части из наследства, о наследовании супругов друг после друга и др.

Рассматривая особенности права наследования женщин в XIX в., можно согласиться с правоведами, отмечавшими противоречивость и неудовлетворительность русских законов, допускавших совместное наследование женщин и мужчин в нисходящей линии и не допускавших такого совместного наследования в боковых линиях. Кроме того, в нарушение общего правила отечественного наследственного права, предусматривающего выделение меньшей доли наследникам, при совместном наследовании мужчин и женщин, супруги наследовали друг после друга в равных долях без различия пола, в размере 1/7 части недвижимого и 1/14 части движимого имущества. За вдовой также признавалось право потребовать выделения ей указной части из имения живого свёкра.⁶

Необходимо подчеркнуть, что право вдовы требовать указной части из имения живого свёкра противоречило основным началам наследственного пра-

¹ Свод Законов Российской Империи Т. X. Ч. 1. Ст. 156

² Указ. соч. Ст. 1132

³ Указ. соч., примечание к ст. 1130

⁴ Указ. соч., Ст. 1005, 1133, 1139.

⁵ Собрание узаконений и распоряжений правительства. СПб., 1912, отд. I, № 107, ст. 914.

⁶ Ворошилова С.В. Порядок наследования лиц женского пола по X т. Свода законов Российской империи // Вестник СГАП. Саратов: Изд-во ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2008. № 3(61)

ва, по которому наследовать можно было только в имуществе, оставшемся после умершего.

Пробелы и недостатки закона служили источником разногласий и недоразумений в судебной практике. Так, в начале XX в. Свод был дополнен статьёй 106, в соответствии с которой право жены на содержание сохранялось за ней даже в том случае, если она, по вине мужа, не проживала с ним совместно. Вместе с тем, жена не в праве была требовать себе содержания, если она уклонялась от совместного жительства с мужем, несмотря на требование мужа вернуться к нему. Потребности жены, которые должны были приниматься во внимание при определении алиментов (жильё, одежда и т. д.), не устанавливались ни законом, ни судебной практикой. Сенат указывал лишь на то, что ст. 106 не обязывает мужа хоронить свою жену. Оценка потребностей жены, как чисто фактическое обстоятельство, предоставлялась на усмотрение судьи, решающего дело по существу.¹

Анализируя доводы сторонников и противников расширения наследственных прав женщин, а также обсуждение этого вопроса на заседаниях Государственной думы, нельзя не согласиться с мнением юристов, считавших, что ограничение женщин в праве наследования не являлось оправданным никакой государственной или общественной необходимостью. Вместе с тем, в законе от 3 июня 1912 г. «О расширении прав наследования по закону лиц женского пола» женщины уравнивались с мужчинами лишь при наследовании движимого имущества, а также в «городском имуществе» благоприобретённом и родовом².

При этом необходимо подчеркнуть, что, несмотря на громкие заверения правительства о том, что уравнивание мужчин и женщин в праве наследования находится в полном соответствии с общим направлением правовой политики, законодательных актов, в которых бы женщины получили действительно равные с мужчинами права, в XIX – начале XX вв. принято не было.

ТИПОЛОГИЯ ГОСУДАРСТВ: СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ

*Боголюбов Е. А.,
студент юридического факультета КемГУ*

В многовековой истории человечества существовало, сменяя друг друга, большое количество государств, да и сейчас их не мало. В связи с этим, важное значение имеет проблема их научной классификации. Такая классификация, отражающая логику исторического развития государства, позволяющая объединить их в групп на основе определенных критериев, называется типологией.

В настоящее время для глубокого и всестороннего понимания процессов, происходящих в мире, весьма важно не замыкаться в ограниченном кругу пусть даже самых проверенных и оправдавших себя подходов и идей, а идти дальше,

¹ Законы гражданские. Практический и теоретический комментарий / под ред. А. Э. Вормса, В. Б. Ельшевича. М., 1913. С. 266.

² Собрание узаконений и распоряжений правительства. СПб., 1912, отд. I, № Ю7, ст. 914.

открывая и закрепляя новые критерии и подходы в типологии государства и права.

Формационная и цивилизационная типология государства и права рассматриваются в качестве наиболее глобальных, претендующих на охват значительных временных и пространственных массивов. Эти типологии стремятся выдвинуть в качестве критериев самые существенные признаки государства, предлагают выводы о главных тенденциях развития государства и права. Их можно назвать традиционными. В то же время возможны построения типологий и по другим критериям.

Представляется, что одним из таких критериев типизации государств и права могла бы стать степень экономической, социальной, политической и духовной (культурной) свободы личности, отражающаяся в идее человеческого достоинства. Такой подход вбирает в себя объективные критерии – социально-классовую сущность, содержание и социальное назначение государства и права, характер производственных отношений и соответствующих им уровней развития производительных сил общества, принципы организации и функционирования государственно-организованного общества и т. п.

Западноевропейская наука, как правило, классифицирует государства в зависимости от характера взаимоотношений между государственной властью и индивидом. «История человечества есть история развития свободы» – именно эта идея положена в основу данного подхода.

По мнению Гегеля, существовало четыре всемирно-исторических типа царств: восточное, греческое, римское и германское. С их сменой происходит и смена соответствующих форм государства. Если восточному царству соответствовала теократия (свобода одного), греческому и римскому – демократия или аристократия (свобода некоторых), то германскому типу соответствуют монархии с представительной системой, обеспечивающие свободу всех.¹ Гегелевская типология государства посредством форм государства вызывает возражение и в том плане, что некоторые из упоминаемых им форм (например – демократия, республика) относятся не только к античности, но и к последующим эпохам истории, вплоть до современности. Что же касается гегелевского идеала – представительной монархии, то она еще и во времена Гегеля, когда уже после буржуазных революций вновь появились республиканские формы правления в Голландии, США и Франции, не была высшей и последней формой государства, олицетворявшей вершину исторического прогресса.²

Вслед за Гегелем В. С. Нерсесянц полагает, что типы государства и права – это основные исторические формы признания и организации свободы людей, выражающие этапы ее прогресса.

1 тип государств – этнические государства Древнего мира. Под регулирующее воздействие государства и права попадали лишь индивиды определенной национальности. Именно принадлежность к «титульной нации» гарантиро-

¹ Гегель Г. В. Ф. *Философия права*. М., 1990. С. 372.

² Нерсесянц В. С. *Общая теория права и государства*. М.: Норма-Инфра, 1999. С. 243.

вала не только известную меру свободы, но и возможность быть субъектом права, в то время как несвободные считались объектами права.

2 тип – сословное государство Средних веков. В нем свобода носит характер сословных ограничений и привилегий. Человек является субъектом права не потому, что он человек, а потому, что принадлежит к тому или иному сословию. Внутрисословное равенство сочетается с огромным межсословным неравенством.

3 тип – государства и права индивидуалистического типа. После эпохи буржуазных революций человек стал рассматриваться как субъект права лишь потому, что он индивид, а не как член этноса или сословия.

4 тип – гуманитарно-правовой тип, в котором человек является носителем прирожденных и неотчуждаемых прав, составляющих основу действующего позитивного права, устанавливаемого государством.¹

В. С. Нерсесянц не считает данный тип государства и права конечным этапом развития, а полагает, что «продолжение свободы в будущем породит новые формы нормативно-правовой и институционально-властной организации свободы, новые типы государства и права».² По сути, в либертарно-юридической теории государство в полном смысле слова признается только правовое государство, что колоссально сужает предмет исследования и приводит к довольно нелепой конструкции государства.

Г. Кельзен считал, что в основе типизации современных государств находится идея политической свободы. В зависимости от того места, какое занимает индивид в создании правопорядка, различаются два типа государства. Если индивид активно участвует в создании правопорядка – налицо демократия, если же нет – автократия.

Подобную трактовку типологии государств дает также американский профессор Р. Макайвер. Он делит все государства на два типа: 1) династические (антидемократические), где общая воля (государственная) не выражает воли большинства населения; 2) демократические, в которых государственная власть отражает волю всего общества или большинства его членов и в которых народ либо непосредственно правит, либо активно поддерживает правительство.

В первую группу Р. Макайвер включает «классово-контролируемые государства» (империи), а также псевдодемократические государства, в которых правительство образуется привилегированной частью общества. Ко второй группе он относит те современные государства, в которых отношения между властью и гражданином строятся на началах справедливости и взаимной ответственности, где государство обеспечивает человеку максимальную свободу и процветание.³

¹ Головистикова А. Н., Дмитриев Ю. А. Проблемы теории государства и права: Учебник. М.: ЭКСМО, 2005. С. 94

² Нерсесянц В. С. Указ. соч. С. 245.

³ Теория государства и права: Учебник. / Под ред. А. С. Пиголкина. М.: Городец, 2003. С.37.

В концепции типологии государств разработанной Г. Еллинеком, в качестве критерия выбран характер взаимоотношений между властью и индивидом. Он выделял пять типов государств:

Древневосточное государство. Характерная особенность данного типа заключается в их почти всегда абсолютном характере властвования: о каком бы то ни было упорядоченном участии народа в управлении здесь речи не шло. Древневосточное государство делилось на два подтипа: «деспотическое» (властитель являлся представителем божественной силы, его воля поэтому богоподобна, а власть государства неограниченна) и «теократическое» (правитель ограничен божественной силой, которая выражала свою стоящую над государством волю через посредство других органов).

Греческое (эллиническое) государство. В этом государстве индивид полностью поглощался государством. Государство не оставляло ему никакой свободы от государственной власти, не предоставляло никаких прав, помимо права участия в государственных отношениях властвования.

Римское государство. В Римской семье *Paterfamilias* имел пожизненную власть над членами семьи, в то время как греческая семья была урегулирована законами в интересах подвластных. Таким образом, римлянин имел «самостоятельную, не исходящую от государства и даже не контролируемую им власть, равносильную по власти государству»¹, т. е. признавала независимость личности (отца) индивида от влияния государства или другими словами в римском государстве уже различалась публичная и частная власть.

Средневековому государству были свойственны дуализм, противоречие между правом короля и правом народа. Типичная черта средневекового государства состояла в том, что «широкие массы народа в большинстве случаев оставались вообще чуждыми государственной жизни»², за исключение, наверное, только итальянских городов-республик.

Современное государство. Отличительной чертой государства современного типа, по мнению Еллинека, является то, что индивид в современном государстве – самодовлеющая моральная и правовая величина, в то время как государства другого типа резко отличает недостаточное уважение к личности.

Типология государств, предложенная Г. Еллинеком, позволяет проследить процесс признания прав и свобод личности в государстве, тенденцию развития характера власти государства: от монистического характера при полном поглощении индивида к дуализму и впоследствии к компромиссу между абсолютной публичной властью государства и частным правом индивида.³

Типы государств, основанные на соответствии государства и общества, предлагает О. Э. Лейст. В истории соотношения общества и государства выри-

¹ Еллинек Г. Общее учение о государстве. Спб., 1980. С. 230.

² Там же. С. 232.

³ Маликов А. В. Обзор нетрадиционных типологий государств // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. 1998. № 6. С. 102-111.

совыпадают следующие этапы, которые могут являться основанием для типологии государства.¹

Древнему миру и средним векам соответствовали сословное общество и государство, открыто выражавшие и закреплявшие общественное неравенство.

В новое время складываются обособляющиеся от гражданского общества, представительное, конституционное, «правовое» государство, поначалу выражавшее преимущественно интересы развивающейся буржуазии, а также части феодалов, но притязавшие на защиту интересов страны, нации народа в целом.

В середине XIX в. начинается становление и развитие социального, правового, демократического государства. Это происходило под влиянием организаций наемных рабочих, профсоюзов, социально-демократических партий и массовых движений, вынуждающих буржуазию к политическим и социальным уступкам.

Типологию государств, основанную на различии права и закона, предлагает В. А. Четвернин. Он делит государства на правовые и неправовые.

Государства, которые ориентируются на выполнение целей, сформулированных в положениях юридического позитивизма, не являются правовыми. В рамках юридического позитивизма право и закон отождествляются, право понимается как продукт властно-распорядительного нормотворчества и определяется через понятие государства. Государство рассматривается в качестве исключительного источника права, оно выступает как совокупность трех признаков: «народ (население государства)», «государственная территория», «государственная власть». Однако каждый из трех элементов понимается с точки зрения того, что сказано о нем в законах, установленных тем же государством. Отсюда позитивистское или неправовое государство отождествляется с государственным правом, с законом.

В рамках непозитивистского правопонимания право считается социальным регулятором, относительно независимым от государства и закона, или даже предшествующим закону. Тогда правовое государство – это такое, основания которого выходят за пределы закона и «связывают понятие государственной власти с категорией прав человека, т. е. основных дозаконотворческих требований определенной меры свободы, первичной по отношению к власти ограничивающих суверенитет»². Правовое государство – это государство, обслуживающее потребности правового общества, т. е. обеспечивающее режим господства права и создающее надежные гарантии от административного вмешательства в саморегулирующиеся процессы жизнедеятельности общества, защищающие интересы производителей и потребителей социальных благ в рамках общедоступной надлежащей правовой процедуры решения споров. При этом сущностью государства является «система институциональных и формально-юридических гарантий, обеспечивающих неприкосновенность и плюрализм

¹ Лейст О. Э., Мачин И. Ф. Гражданское общество и современное государство // Вестник Моск. Ун-та. Сер.11. 1995. № 4. С. 34-35.

² Чиркин В. Е. Элементы сравнительного государственоведения. М., 1991. С.9.

собственности, самостоятельность и равную меру свободы производителей и потребителей социальных благ»¹.

Сосуществование и конкуренция различных представлений о типологии государства важны не только для развития теоретического анализа, они исполнены значения в плане прикладном. Благодаря им люди могут выбрать приемлемую для них точку зрения на типологию государств, на само государство и, следовательно, возможность подобрать вариант соответствующего практического отношения к нему.

ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА В ОБЛАСТИ ИННОВАЦИЙ (НА ПРИМЕРЕ КЕМЕРОВСКОЙ ОБЛАСТИ)

*Давыдова Д.С.,
студентка юридического факультета КемГУ*

Современная экономика и вся преобразующая деятельность приобретают все более инновационный и динамичный характер.

Термин «инновационная экономика» прочно укрепился в экономической литературе и в законодательных актах. Однако единого мнения о природе этого социального феномена пока не достигнуто. Различия в подходах к определению понятия инновация можно наблюдать не только у разных авторов, но и концептуальные различия определений в разных государствах² и России³, что на наш взгляд затрудняет процессы интеграции. Например, в отечественной практике инновацию рассматривают как конечный результат (или просто результат) инновационной деятельности, в зарубежной – как деятельность, процесс изменений. И таких разночтений достаточно много.

Категории «инновации», «инновационная деятельность», «инновационная инфраструктура», «инновационная экономика» сегодня господствуют в науке экономической. Но исследования самой сущности явления невозможно без его теоретического описания на основе сложившейся системы законодательства.

В общем виде специальная законодательная база об инновациях включает следующие виды актов:

- а) документы декларативного характера (указы, концепции, законы, постановления, соглашения и др.);
- б) постановления и распоряжения, определяющие функции органов исполнительной власти и аппарата в части инновационной деятельности;
- в) программные документы, а также документы, определяющие облик и порядок формирования инфраструктуры поддержки, виды прямой поддержки инноваций, льготы и иные механизмы поддержки;

¹ Там же. С.62.

² Руководство Осло Рекомендации по сбору и анализу данных по инновациям. Пер. с англ. Издание второе, исправленное. М.: ЦИСН, 2011. [Электронный ресурс] URL: <http://www.csr.ru> (дата обращения: 12.10.2011).

³ Концепция инновационной политики Российской Федерации на 1998-2000 гг., одобренная постановлением Правительства Российской Федерации от 24 июля 1998 г. № 832.

г) инструкции о порядке предоставления статистической отчетности и другие документы частного характера.

На сегодняшний день, на территории Кемеровской области действует 20 законодательных актов, непосредственно регулирующих данную сферу. Среди которых, например:

- Закон Кемеровской области от 28 ноября 2010 г. № 5-ОЗ «О налоговых льготах резидентам технопарков и субъектам инвестиционной деятельности, осуществляющим деятельность по добыче природного газа (метана) из угольных месторождений на территории Кемеровской области»;
- Закон Кемеровской области от 26 ноября 2008 г. № 102-ОЗ «О государственной поддержке инвестиционной, инновационной и производственной деятельности в Кемеровской области»;
- Закон Кемеровской области от 2 июля 2008 г. № 55-ОЗ «О технопарках в Кемеровской области»;
- Закон Кемеровской области от 2 июля 2008 г. № 66-ОЗ «Об инновационной политике Кемеровской области»;
- Постановление Коллегии Администрации Кемеровской области от 24 июля 2009 г. № 321 «О присвоении статуса резидента технопарка» и др.

Кроме того, идет подготовка Стратегии социально-экономического развития Кемеровской области до 2025 г. А на территории страны в целом таких законодательных актов еще больше. Но при этом текстуальный анализ существующего законодательства и практика его реализации показывают, что эффективные концептуальные подходы в виде целостной системы, охватывающей все аспекты и этапы инновационной деятельности, отсутствуют. Это влечет за собой несбалансированность между различными правовыми актами, относящимися к инновационной деятельности. Большинство существующих норм, не получив развития в соответствующих нормативных актах, предписывающих механизм реализации концептуальных положений, превращаются в декларации.

В отсутствие специального законодательства об инновационной деятельности действующими в этой сфере также являются¹: Гражданский кодекс РФ (нормы о субъектах предпринимательской деятельности, о статусе некоммерческих организаций, об обязательствах и договорах, будущие институты интеллектуальной собственности) и принятые в развитие его норм отдельные федеральные законы; Налоговый кодекс РФ; Таможенный кодекс РФ, Федеральный закон «О науке и научно-технической политике», Патентный закон РФ, Закон «Об авторском праве и смежных правах», Федеральный закон «Об образовании», Федеральный закон «О вузовском и послевузовском образовании», а также ряд подзаконных нормативных актов. Нормы этих существующих актов должны подлежать неизбежному учету при принятии новых норм, посвященных регулированию инновационных отношений, а с последующим их развитием подвергаться необходимому совершенствованию.

¹ Волынкина М. В. Инновационное законодательство России [Текст]. М.: Аспект-Пресс, 2005.

Принятие законодательных актов, регулирующих данный круг вопросов, на региональном уровне свидетельствует о назревшей необходимости федерального регулирования инновационной политики. Анализ данных законов показывает, что многие из них имеют в большей степени декларативно-просветительский, нежели нормативно-правовой характер.

Проведенный анализ показал, что региональные особенности не в состоянии претендовать на преобладающий объем в содержании и формах инновационной политики. В ней объективно должна преобладать доля норм, актуальных для всех без исключения регионов.

Очевидно, что в отсутствие единого определяющего федерального закона «О государственной поддержке инновационной деятельности в Российской Федерации» это общее в рамках региональных законодательных актов не только размывается, но и зачастую трактуется по-разному, недостаточно точно и убедительно, что не позволяет рассматривать эти акты в качестве основы общегосударственной инновационной политики. Соответственно при этом нет оснований для рассуждений о наличии национальной инновационной системы.

Таким образом, инновационное законодательство следует определить в качестве комплексной отрасли законодательства. И не только потому, что оно представляет собой комплекс разноотраслевых элементов, т. к. большинство правовых норм об инновациях, даже в сферах своих специфических отношений, напрямую воплощают те принципы регулирования, которые характерны для базовых, фундаментальных отраслей, но еще и потому, что правовые нормы должны согласовываться на всей территории страны для всех регионов, подобно составным элементам любой системы.

Приходится констатировать, что, несмотря на горы написанных за последнее время вокруг инновационной проблематики бумаг, документа, который хотя бы в первом приближении соответствовал существующим запросам, пока нет. И в это проблема не только правительства. Разумеется, именно государство играет ключевую роль при формировании инновационной экосистемы.¹ Тем не менее, выработка стратегии инновационного развития регионов – задача, которую государство не может и не сможет решить самостоятельно.

Учитывая современное состояние законодательства Российской Федерации в инновационной сфере, представляется необходимым, во-первых, упорядочить и систематизировать имеющийся массив нормативно-правовых актов, регулирующих инновационные отношения; во-вторых, принять специальные законопроекты об инновационной деятельности и инновационной политике. При этом, «законодательная деятельность должна состоять не только в принятии очередных нормативных актов, регулирующих инновационную деятельность, но и в упорядочении действующих правовых норм и выработке единого механизма правового регулирования инновационной деятельности».²

Анализ зарубежного опыта правового регулирования инновационной деятельности показал, что в мировой практике нет единого и общепризнанного

¹ Грибанов Д. В. Ресурсы и правовое регулирование инновационной экономики // Рос. юрид. журнал. 2010. № 4. С. 144-155.

² Волынкина М. В. Инновационное законодательство России [Текст]. М.: Аспект- Пресс, 2005.

подхода к законодательной модели в рассматриваемой сфере. Правовой и политической опыт любого из государств может восприниматься Российской Федерацией с учетом условий, которые сопутствуют развитию российского общества.

СПЕЦИАЛЬНАЯ ЮРИДИЧЕСКАЯ ОТВЕТСТВЕННОСТЬ В СФЕРЕ СПОРТА

*Дзвоник М. П.,
студент СПО юридического факультета КемГУ*

Спорт представляет собой многогранное явление, которое способно выполнять широкий круг социальных функций. Современный спорт все больше и больше влияет на политические, экономические, культурные процессы жизни нашего общества.

Вместе с тем, наряду с положительными достижениями в своем развитии сфера спорта явила миру и целый ряд негативных аспектов. Порой излишняя коммерциализация и политизация данной сферы привели к появлению таких проблем, как: употребление запрещенных в спорте средств и методов (допинга), договорные матчи, мошенничество на тотализаторах, спекуляции с входными билетами, нарушения общественного порядка со стороны зрителей спортивных соревнований, увеличение спортивного травматизма и много другое.

В этой связи особую актуальность приобретает разработка государственно-правового механизма противодействия данным негативным явлениям. И это не в последнюю очередь касается совершенствования юридической ответственности участников спортивных мероприятий.

В литературе под юридической ответственностью предлагают понимать либо обязанность субъекта права претерпевать неблагоприятные для него последствия за совершенное правонарушение, либо – меру государственного принуждения за совершенное правонарушение, связанную с претерпеванием виновным лишения личного (организационного) или имущественного характера. Как нам представляется, в сфере спорта существуют основания для выделения наряду с общепринятыми видами ответственности (дисциплинарной, административной, уголовно-правовой и гражданско-правовой), также и специальной юридической ответственности – спортивно-соревновательной.

Для начала необходимо ответить на ключевой для достижения целей данной статьи вопрос: является ли ответственность, применяемая к участникам спортивных мероприятий, разновидностью юридической ответственности?

Так, в литературе высказывается мнение о том, что «спортивная ответственность» представляет собой исключительно разновидность корпоративной ответственности, так как вытекает преимущественно из норм, содержащихся в правилах проведения спортивных мероприятий, которые в свою очередь разрабатываются и принимаются общественными спортивными организациями (федерациями по видам спорта). Действительно, согласно российскому законода-

тельству, «правила видов спорта, включенных во Всероссийский реестр видов спорта, разрабатываются общероссийскими спортивными федерациями с учетом правил, утвержденных международными спортивными организациями».

В пункте 4 статьи 24 Федерального закона «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (далее – закон о спорте) закреплено, что «правила видов спорта утверждаются уполномоченным Правительством Российской Федерации федеральным органом исполнительной власти с учетом требований международных спортивных организаций». Он, кроме того, предписывает, что «проведение официальных спортивных соревнований допускается только на основании правил, утвержденных в соответствии с положениями настоящей статьи» (пункт 5 статья 24 закона о спорте). Все это позволяет отнести правила видов спорта к разновидности нормативно-правовых актов, так как имеет место санкционированное правотворчество. Таким образом, и ответственность, предусмотренная за их нарушение, является юридической

Критерии, по которым спорт можно отнести к видам юридической ответственности:

- наличие кодифицированного нормативно-правового акта, предусматривающего юридическую ответственность. В мире уже существуют Спортивные кодексы Франции и Бразилии. В России идет активная дискуссия о создании аналогичного кодекса. А. А. Соловьевым была даже разработана Концепция проекта Спортивного кодекса Российской Федерации. В настоящее время действует Федеральный закон «О физической культуре и спорте в Российской Федерации»;
- особенности процессуального осуществления. Данная ответственность распространяется на спортсменов – участников соревнований, а в ряде случаев и на других участников спортивного мероприятия (тренеры, представители спортсменов, секунданты). Так, правила проведения соревнований по рукопашному бою предусматривают, что «представитель команды, проявивший неуважение к любому члену судейской коллегии, может быть дисквалифицирован и удален с соревнований». При проведении соревнований по традиционному каратэ «тренер, уличенный в нарушении правил соревнований, должен быть дисквалифицирован и немедленно удален с места соревнований»;
- наличие самостоятельного правонарушения (со своей природой объекта правонарушения). Действительно, например, игра рукой в футболе будет иметь значение правонарушения, только исходя из установленных принципов, правил этой игры, а уже в другом виде спорта, например, в баскетболе это будет допустимо;
- вид установленных государством неблагоприятных последствий совершенного деяния. Санкции спортивно-соревновательной ответственности также специфичны и будут иметь значение, только исходя из сути состязания (штрафной удар или желтая карточка в футболе, двухминутное удаление в хоккее и т. п.).

По мнению Ж. И. Овсепян, особое значение для обособления в системе юридической ответственности самостоятельного вида имеет так называемый

организационный критерий. По ее мнению, «условием признания отраслевого блока норм в качестве отраслевого института юридической ответственности является не только развитая система санкций норм искомой отрасли права, но и наличие специализированных органов (прежде всего судебных), уполномоченных специально для применения санкций норм, соотносимых с отраслевой сферой (с данной отраслью права), и особых правил процедуры применения этих санкций».

В этой связи заслуживает внимания тот факт, что исторически в сфере спорта сложилась целая система специализированных органов, которые наделяются правом применять санкции за нарушение спортивных предписаний.

Первичным субъектом применения санкций, предусмотренных спортивно-соревновательной ответственностью, является специальное должностное лицо – судья (арбитр, рефери) соревнований. Так, согласно правилам проведения соревнований по футболу, судья соревнований «обеспечивает соблюдение Правил игры»; «принимает меры дисциплинарного воздействия по отношению к игрокам, виновным в нарушениях, караемых предупреждением или удалением»; «принимает меры в отношении официальных лиц команд, ведущих себя некорректно, и может по своему усмотрению удалить их с поля и прилегающих к полю зон» и т. д. Правовой статус спортивных арбитров впервые достаточно детально был закреплен в Положении о спортивных судьях, утвержденном Приказом Минспорттуризма РФ.

Кроме того, к субъектам применения санкций за нарушение спортивных правил относятся специализированные органы общественных спортивных организаций. Такие, как Контрольно-дисциплинарный комитет Российского футбольного союза, Апелляционное жюри Российской федерации баскетбола, Арбитражный комитет Федерации хоккея России.

Контрольно-дисциплинарный комитет является юрисдикционным органом дисциплинарной власти первой инстанции в области футбола. В состав Контрольно-дисциплинарного комитета входят председатель, заместитель председателя и 9 обычных членов. Председатель комитета должен иметь высшее юридическое образование. Комитет может выносить дисциплинарные санкции, изложенные в Дисциплинарном регламенте РФС, по отношению к членам РФС, официальным лицам, игрокам, клубам и иным субъектам футбола. Данные положения не затрагивают полномочий соответствующих органов в отношении исключения из Членов РФС.

Недавно Контрольно-дисциплинарный комитет РФС на очередном заседании принял решение об ответственности футбольного клуба ЦСКА за неадекватные действия своих болельщиков, клуб был оштрафован на 300 тыс. руб. за использования болельщиками пиротехнических средств во время матча и на 190 тыс. руб. за скандирование болельщиками нецензурных выражений во время матча.

Отдельного внимания в качестве субъекта применения спортивной ответственности заслуживают так называемые Спортивные арбитражные суды. Они представляют собой специализированные третейские суды, призванные разре-

шать различные споры, возникающие в сфере спорта (в том числе по поводу вынесенных ранее спортивных санкций).

Спортивный арбитражный суд имеет три основные функции.

Во-первых, международный Спортивный арбитражный суд непосредственно рассматривает споры, возникшие в области спортивной деятельности, в качестве арбитражного органа первой и последней инстанции.

Во-вторых, международный Спортивный арбитражный суд выступает в качестве органа правовой защиты и последней инстанции по апелляции одной стороны спора на решение, принятое руководящими органами международных или национальных федераций и других спортивных организаций.

В-третьих, международный Спортивный арбитражный суд дает юридические консультации по основным проблемам спортивной деятельности, не связанным непосредственно с возникновением споров.

Наряду с Контрольно-дисциплинарными комитетами, Спортивными арбитражными судами, существуют также Антидопинговые комитеты, в деятельность которых входит решение вопросов связанных с применением спортсменами запрещенных препаратов(допинг).

Так, в 2010 г. Антидопинговый комитет Международной федерации лыжного спорта (FIS) дисквалифицировал российского лыжника Николая Панкратова на два года. 6 сентября 2010 г. Панкратов был уличен в перевозке запрещенных препаратов при пересечении австрийско-швейцарской границы. В его багаже были обнаружены 22 ампулы препарата «Актовегин» и оборудование для внутривенных инъекций, что является нарушением Антидопингового кодекса.

Решение о создании международного Спортивного арбитражного суда было принято МОК в 1983 г.. Основной целью создания этого органа стало урегулирование споров, возникающих в спорте. Деятельность международного Спортивного арбитражного суда была высоко оценена в 1993 г., когда Швейцарский федеральный суд в своем постановлении об обжаловании одного из вынесенных приговоров отметил: «Спортивный арбитражный суд является автономным арбитражным органом в организационном плане.., штаб-квартира которого находится в Лозанне. Располагая уставом, вошедшим в силу 30 июня 1984 г., утвержденным международным олимпийским комитетом и дополненным регламентом от того же числа, Спортивный арбитражный суд выносит приговор по случаям, которые ему представляются на рассмотрение, опираясь на находящиеся в его распоряжении права».

На основании вышеизложенного следует сделать вывод, что спортивно-соревновательная ответственность представляет собой самостоятельный вид юридической ответственности. Ее отличают следующие признаки:

- санкции данного вида ответственности наступают за нарушение правил проведения спортивных мероприятий, когда такое нарушение непосредственно связано со спецификой проведения спортивного соревнования;
- она заключается в передаче сопернику (соперникам) нарушителя спортивных правил некоторого преимущества в текущем соревновании;

- она имеет место исключительно в ходе проведения спортивных соревнований;
- данному виду ответственности подлежат спортсмены-участники соревнований и иные участники спортивного соревнования (тренеры, представители, секунданты);
- субъектом вынесения решения о наступлении спортивно-соревновательной ответственности является судья (рефери, арбитр). В отдельных случаях в процесс решения о наложении спортивных санкций вступают специальные органы общественных спортивных организаций, а также спортивные арбитражные суды.

Как было отмечено выше, наряду со специальной спортивно-соревновательной ответственностью участники спортивных отношений могут подпадать и под другие виды юридической ответственности (уголовно-правовая, административно-правовая, гражданско-правовая, дисциплинарная). Рассмотрению их особенностей в сфере спорта, как представляется, должны быть посвящены отдельные исследования.

МОДЕЛИ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА И ПРИНЦИП РАЗДЕЛЕНИЯ ВЛАСТЕЙ В ЛИБЕРТАРНОЙ МОДЕЛИ

*Лебедева Е. К.,
студентка Санкт-Петербургского государственного университета*

На сегодняшний день идея формирования и развития правового государства является крайне актуальной в большинстве ведущих стран мира. Во многом это обусловлено приданию особого значения и роли демократическому политическому режиму, который, как правило, является одним из условий и предпосылок существования рассматриваемого нами института. Правовое государство вызывает к себе интерес тем, что оно сводит к минимуму все проблемы, существующие во взаимоотношениях государства и граждан, а также обеспечивает правомерность процесса осуществления публичной власти.

В общих чертах правовое государство можно определить как такую организацию политической жизни страны, где право является высшим регулятором и правителем, где действуют принципы справедливости и не ущемляются права и свободы человека.

В юридической науке никогда не существовало единой общепризнанной концепции правового государства, поэтому мы сталкиваемся с большим разнообразием вариаций по данному вопросу. Принято считать, что сами идеи правового государства появляются в античную пору и до сих пор мы наблюдаем развитие различных подходов к его пониманию. Рассмотрим основные ныне существующие модели правового государства. Но прежде скажем, что и сама классификация типов правового государства может осуществляться по разным критериям.

Так, существует деление теории правового государства на две условные модели, различающие данное явление по традиции науки страны их происхождения, хотя часто эти же модели отождествляются. Речь идет об английском «The Rule of Law», что дословно означает «правление права», и о немецком «Rechtsstaat», что буквально означает «правовое государство». Безусловно, оба термина подразумевают под собой одно и то же явление и говорят об одних и тех же принципах, но все же содержат существенные различия. В немецкой науке правовое государство невозможно без рациональной государственной власти, разумного законодательства. Сторонники такого подхода делают упор именно на рационализации власти, стремятся к максимальной упорядоченности общественной и государственной жизни, можно сказать, навязывают порядок с помощью государственного закона. В то же время приверженцы модели правления права говорят об обратном: необходимо обоснование договорной модели общества, в которой формально равные субъекты обладают определенными правами, а государство не вмешивается в их жизнь. Право независимо от государства, так как государственный закон является угрозой праву и свободе, поэтому государство должно быть ограниченным, а общество свободным. По всем же остальным аспектам теории правового государства эти концепции примерно схожи.

Теперь же рассмотрим классификацию правового государства с позиций разных типов правопонимания.

Начнем с рассмотрения наиболее привычной для российского общества модели правового государства с точки зрения юридического позитивизма. Как известно, позитивизм не делает различия между правом и законом, поэтому основной признак правового государства здесь – верховенство закона, в форме подчинения ему граждан и государства.

Совершатся попытка создать конструкцию самоограничения государства им же самим созданным позитивным правом, что на практике представляется довольно проблематичным, что сразу говорит нам о невозможности осуществления такого необходимого принципа в правовом государстве, как верховенство права. Ключевым понятием здесь является не право, а суверен, выражением воли которого чаще всего и является закон.

Нормы права регулируют поведение людей однозначным образом: либо запрещая, либо позволяя, и из этого вытекает четыре аспекта права: позитивная директива, то есть приказ совершена совершить какие-либо действия; негативная директива – наоборот, запрещение совершения определенных действий; а также простое дозволение делать что-либо, либо не делать этого. Здесь мы видим, что все, что приказывает власть, суверен, и есть право.

Так, право не разграничивается с такими негативными явлениями как произвол, насилие, дискриминация, ущемление свободы граждан, которые беспрепятственно могут быть санкционированы государством в форме закона или подзаконного акта. Права и свободы граждан приобретают октроированный, дарованный характер, и могут как быть пожалованы гражданам, так и произвольно отняты у них, что никак не соответствует самой сути правового

государства, независимо от его модели, которое предполагает неотъемлемость прав и свобод человека.

Не идет речи и о взаимной ответственности государства и гражданина, ответственность существует лишь с одной стороны, так как не представляется возможным, чтобы государство, по сути, произвольно устанавливающее законы, предусматривало бы ответственность со своей стороны. Поучается, что если закон является произволом государства, а произвольность действий государства ограничивается только законом, то государственный произвол может ограничиться только государственным произволом, что абсурдно.

Кроме того, право оказывается никак не связано с моралью, а в условиях противоречия права моральным устоям, реализация права становится необоснованной и плохо осуществимой.

В такой модели правового государства, которую предлагает нам позитивизм, вполне может существовать правопорядок; точнее, соответствие реальности законам становится проще, так как законы являются четкими предписаниями должного и недолжного поведения, и не возникает проблем с неопределенностью и вариативностью их соблюдения. В этом отношении позитивизм весьма продуктивен, но лишь наличие правопорядка не гарантирует соответствие правовой действительности самой идее правового государства, как господства справедливости, которой в рассмотренной модели может и не быть вовсе.

Скорее, такую модель стоит назвать не правовым государством, в том смысле, в каком мы привыкли это понимать, а государством законности, ведь как такового правления права здесь не наблюдается.

Теперь следует обратить внимание на такую модель правового государства, где наиболее явно прослеживаются черты естественно-правового типа правопонимания. Здесь мы также увидим либеральные идеи, в основном сформированные еще в Новое Время в ключе идеологии Просвещения. Безусловно, существует множество разных теорий в обозначенных направлениях, различающихся как по эпохе создания, так и по своим идеям, но, так или иначе, в совокупности они все представляют единую концепцию понимания рассматриваемого нами института, так как касательно вопроса правового государства они строятся на схожих принципах.

Для сторонников данного течения характерно изначальное формирование естественных и нерушимых принципов права, которые можно игнорировать человеку и государству, но нельзя отменить. Право же представляется как нечто, существующее помимо воли государства и граждан, и оно не тождественно закону, а намного шире. Все повторяющееся в человеческих поступках естественно, и образцы этого поведения и есть нормы права.

Важно отметить приоритет частного права над публичным: так, частное право является в большей степени именно совокупностью естественно сложившихся норм, а публичное – лишь воспринимает и закрепляет принципы частного права. Этим автоматически подчеркивается важность неотчуждаемых прав и свобод граждан как принцип правового государства. Принцип верховенства правового закона раскрывается как верховенство гражданского закона, ответствующего вечному и всеобъемлющему закону природы.

Крайне важна в таком правовом государстве индивидуальная свобода, которая должна быть максимизирована и ограничена лишь другой свободой и формулой «разрешено все, что не запрещено». Все имеют равные возможности для осуществления своих прав, что рассматривается как еще один принцип правового государства.

Все это говорит и о наличии в такой модели государства развитого гражданского общества, члены которого осуществляют саморегуляцию возникающих между ними отношений с опорой на естественные, неотчуждаемые права.

Граждане должны обладать политической свободой в ее отношении к государственному устройству, что означает не возможность делать, все, что захочется, а именно делать то, что нужно делать и не быть принуждаемыми делать то, что не должно. Помимо этого политическая свобода необходима и в ее отношении к отдельному гражданину, что заключается в его безопасности в смысле его охраны от существования несправедливого закона.

Большое значение здесь придается и принципу разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную, саморегулирующихся посредством механизмов системы «сдержек и противовесов», что является очередной гарантией защиты от произвола со стороны публичной власти.

Важно упомянуть об идее общественного договора, из которого изначально вытекает возможность ограничения власти государства гражданами в случае неисполнения правителем этого договора.

Если позитивистскую модель правового государства можно условно сравнить с немецким «Rechstaat», то концепции Нового Времени скорее следует отнести к английской модели правления права, так в обоих случаях наблюдается очевидное сходство.

Наконец, обратимся к либертарной модели правового государства. Она не отрицает естественно-правовых и либеральных взглядов на правое государство, а скорее, наоборот, даже базируется на них, вводя свои предложения, касающиеся рассматриваемого нами вопроса.

В первую очередь, речь идет о том, что правовое государство содержит три основных компонента: гуманитарно-правовой, нормативно-правовой и институционально-правовой. Первый означает официальное признание, закрепление и соблюдение прирожденных и неотчуждаемых прав и свобод человека, причем помимо соответствующих прав и свобод гражданина. Второй компонент раскрывается в верховенстве правового закона. Третий же подразумевает наличие правовой организации самой системы государственной власти на основе принципа разделения властей на традиционные три ветви.

Безусловно, все эти компоненты неразрывно связаны и существуют лишь в комплексе, являясь различными аспектами господства права в обществе. Ведь без соответствия праву и соблюдения правового закона невозможна система организации власти в правовом государстве, а без этого, в свою очередь, невозможна в полной мере реализация прав и свобод человека.

Крайне важным принципом правового государства является соблюдение закона всеми субъектами права, в том числе и государством. Такие законы должны быть правовыми, то есть соответствующими требованиям права как

всеобщей необходимой формы и равной меры свободы индивидов. При этом государство в целях обеспечения существования таких законов должно исходить из принципов права при их формулировании и приведении в действие, кроме того, оно вообще должно опираться на принципы права при осуществлении всех своих функций.

Следует обратить внимание на то, что в либертарно-юридической концепции любое государство является правовым в том смысле, что всякое государство является правовой организацией публично-политической власти свободных индивидов, и именно поэтому государство и есть необходимая форма выражения, бытия и осуществления свободы людей. Но здесь имеется в виду не абсолютно любое государство, а именно такое, где право не отождествляется с законом, а намного шире, чем лишь установления государства. Право понимается как отрицание произвола, как принцип формального равенства в его нормативной и институционально-властной конкретизации и выражении. Принцип формального равенства, как известно, лежит в основе либертарно-юридической концепции правопонимания и заключается в абстрагировании от равенства фактического. Критерием правового уравнивания выступает свобода индивида в социальных отношениях, признаваемая и утверждаемая в форме правоспособности. То есть, люди формально обладают равными правами и свободами, но каждый реализует закрепленные за ним права в той или иной мере, зависимо от своего социального положения.

Из вышесказанного мы видим, что в либертарно-юридической концепции правовое государство – это специальная государственно-правовая конструкция, особая модель реализации идеи господства права в публично-политической сфере. Также это специальная форма развитой правовой организации публичной власти свободных индивидов как официально признанных субъектов природных и неотчуждаемых прав.

Безусловно, и в этой модели, как и в других, предполагается неразрывная связь правового государства с развитым гражданским обществом, как одним из условий существования самого правового государства. Необходима исходно развитая свобода во всех сферах жизни индивидов, ведь без нее не представляется возможным сознательная разработка, конституционное закрепление и реализация на практике принципов правового государства.

На наш взгляд, либертарно-юридическая модель правового государства является наиболее приемлемой на современном этапе развития общества, так как именно она максимально выражает всю суть идеи правового государства. В связи с этим следует еще раз сказать об идее формального равенства, которая превращает правовое государство именно в государство равно предоставленных всем возможностей, прав, а не равного социального положения граждан. Здесь мы видим противоречие правового государства с социальным: ведь социальное государство стремится обеспечить равенство социального положения своих граждан путем предоставления равной возможности осуществления прав.

Отдельно скажем о принципе разделения властей и механизме осуществления власти в правовом государстве, так как это является в какой-то степени основой его существования. Он также неразделим с другими принципами, ведь

не может быть господства закона, правовых законов их верховенства без того, чтобы государственная власть была организована надлежащим образом, без должного разграничения задач, функций и полномочий различных органов власти и их взаимоотношений.

В первую очередь, стоит обозначить различие видов государственной власти и органов государственной власти, ведь далеко не всегда полномочия государственных органов определены именно так, что они занимаются конкретным видом государственной власти. Безусловно, наиболее оптимальной представляется все же ситуация соответствия названных явлений в правовом государстве, так как при смешении полномочий, касающихся разных ветвей власти в одном органе практически неизбежно и смешение осуществления самой власти. А осуществляться она должна независимо по всем трем направлениям. Взаимодействие между властями должно быть, но лишь в рамках поддержания системы сдержек и противовесов.

Кроме того, правое государство в качестве одного из своих принципов предполагает ограничение государственной власти, или же недопущение того, чтобы государство было сильнее гражданского общества, суверенного народа, обладающего властью. Здесь просматривается и демократическая природа разделения властей. Получается, что государство как властный аппарат становится сильнее, если его органы собраны воедино и вся власть осуществляется под руководством какого-либо единого органа, независимо от того, законодательная она, исполнительная или судебная. Если разные ветви власти влияют на функционирование друг друга, их полномочия смешиваются, власть становится менее уязвима. Здесь появляется государственный произвол, ограничение которого становится невозможным. У граждан пропадает возможность обжаловать действия одних государственных органов в другие, так как все они зависят от единого центра.

Если же властные органы разделены на законодательные, исполнительные и судебные и функционируют независимо, то между ними появляется своеобразная конкуренция, которая делает сильнее не весь государственно-властный аппарат в целом, а каждую ветвь власти по отдельности. Действует система сдержек и противовесов: государственные органы заинтересованы в отсутствии вмешательства в свою деятельность и ограничивают друг друга в произволе. Граждане в данном случае находятся в выигрышном положении, так как у них появляется возможность обжалования тех или иных действий государства.

При принятии государственно важных решений задействованы разные органы, что приводит к более тщательной проработке таких решений с разных позиций.

Но нельзя рассматривать разделение властей как абсолютно положительное явление, ведь в нем можно найти и некоторые отрицательные черты.

Во-первых, как уже было отмечено, государство сильнее как единое образование в случае соединения властей. Это касается, в основном, тех сфер, где при любой политике важен государственный элемент: военная и внешнеполи-

тическая, материально-техническая, отчасти социальная. Ярким примером тому является СССР, где фактического разделения властей никогда не было.

Во-вторых, решение возникающих между государственными органами противоречий не всегда приводят к положительному результату.

В-третьих, для принятия какого-либо решения в государстве с разделением власти нужно чтобы это решение получило одобрение разных государственных органов, что порой может затягивать процесс. Напротив, при соединении властей такой процесс упрощается.

Итак, подведем некоторые итоги. Рассмотрев основные известные модели правового государства, мы пришли к выводу, что наиболее применимой к современной действительности является либертарно-юридическая, так как именно она в большей мере воплощает в себе изначальную суть и идею правового государства. Помимо принципа формального равенства, крайне важным элементом такого государства является принцип разделения властей, который раскрывается в механизме осуществления власти. Мы приходим к тому, что без должного разделения власти в правовом государстве не могут существовать все другие принципы. Это важно для современных развитых государств, ориентирующихся в своей политике на принципы демократии и стремящихся к реализации идеи правового государства.

К ВОПРОСУ О СТРУКТУРЕ ПРАВОВОЙ КУЛЬТУРЫ

*Борисенко О. В.,
УО «ВГУ им. П. М. Машерова»*

Наиболее полно раскрыть сущность правовой культуры позволяет анализ ее структуры. Следует отметить, что вопрос о структуре правовой культуры в юридической литературе является дискуссионным. Так, например, В. П. Сальников считает, что структурными элементами правовой культуры выступают компоненты юридической действительности, являясь эталонами поведения: право, правосознание, правовые отношения, законность и правопорядок, правомерная деятельность субъектов¹. Логическая структура правовой культуры включает юридические понятия и категории, оценки (оценочные суждения) и деонтические модальности. Под последними понимаются нормативные суждения, включающие такие модальные операторы, как «обязательно», «разрешено», «запрещено», которые складываются на основе правовых знаний, оценок и т. д. Другие представители данного направления в состав правовой культуры помимо вышеназванных структурных элементов считают необходимым добавить:

- правовые учреждения, обеспечивающие правовой контроль, регулирование и исполнение норм права;

¹ Сальников В. П. Правовая культура: проблемы формирования гражданского общества и правового государства // Демократия и законность. Самара. 1991. С. 111.

- политическую оценку права и правового поведения, правотворческую
- деятельность, правовую науку;
- уровень развития всей системы юридических актов (юридических документов)¹;
- государственно-правовую идеологию;
- права и свободы граждан².

Выделение в качестве компонентов правовой культуры государственно-правовой идеологии, прав, свобод и обязанностей граждан сближает понимание правовой культуры с пониманием всей юридической надстройки, правовой системы общества, включает личность и ее деятельность. Правовая культура в этом случае выступает как социальное, имеющее ярко выраженную целевую направленность явление, охватывающее всю совокупность важнейших компонентов юридической реальности в ходе ее фактического функционирования.

Следует также отметить, что выделение некоторых из указанных элементов является излишним. Так, оценку права и правового поведения можно давать, выражая свое отношение к праву, правосудию и т. д., то есть тогда, когда речь идет о правосознании.

Иным образом к рассмотрению структуры правовой культуры подходят С. С. Алексеев и А. П. Семитко. С. С. Алексеев выделяет четыре элемента: уровни правосознания, законность, совершенство законодательства и юридическую практику. А. П. Семитко также считает необходимым акцентирование внимания на уровне развития законодательства, правовой практики, правосознания при определении и характеристике структуры правовой культуры общества. По его мнению, структурными элементами правовой культуры выступают компоненты правовой системы, взятые в уровневом состоянии их развития³.

Данная точка зрения, указывающая не просто на правовые явления, а на уровень их совершенства, представляется в целом убедительной, но нуждается в некоторых уточнениях. С одной стороны, она неполная, так как не включает в правовую культуру нормы права и правовые отношения, а с другой стороны, выделяет те элементы, которые не носят самостоятельного характера.

Подчеркнем еще раз недопустимость смешения вопроса о структурных компонентах правовой культуры (ее необходимом содержании) с вопросом о разновидностях правовой культуры, где эти компоненты содержатся в целостном виде. Содержание правовой культуры – это ее материальные и духовные компоненты, прогрессивно-ценностная правовая деятельность и правосознание, включающие свои необходимые составляющие. Виды правовой культуры различаются, как было показано, по качеству единого материально-духовного содержания на специальную (профессиональную) и обыденную (массовую) правовую культуру.

В зависимости от вида правовой культуры материальные и духовные компоненты имеют различные источники формирования и способы проявле-

¹ Головастикова А. Н. Права человека. М.: Эксмо, 2006. С.317.

² Основы государства и права/ Под ред. О. Е. Кутафина. М.: Юрист, 2004. С. 132.

³ Хайек Ф. А. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006. С.205.

ния. Следует согласиться с мнением И. А. Крыгиной, что формулировка «уровень совершенства законодательства» представляется весьма расплывчатой и одновременно с этим предполагает поиск и обоснование критериев этого уровня совершенства, что вносит элемент субъективности в изучение данного явления и ставит его в зависимость от оценочных ориентаций исследователя¹.

Особо необходимо отметить структуру правовой культуры, предложенную профессором Э. Бланбургом и другими представителями западной традиции социологии права, включающую в себя:

- 1) количество, компетенцию, юрисдикцию судов, способы апелляции в судебные органы; организацию и устройство legislatures; исполнительной власти, уголовно-процессуальные процедуры;
- 2) правила, нормы (включая законодательство) и образцы поведения людей в рамках системы;
- 3) отношение людей к праву и правовой системе – их убеждения, ценности, идеалы и ожидания – то, что движет юридическим процессом.

Применительно к некоторым странам (например, США) возможно говорить о «местной правовой культуре» – особой локальной неформальной системе взглядов, интересов, практики².

Данный перечень представляется незавершенным, так как ученый считает основным фактором правовой культуры институциональную инфраструктуру – юридическую профессию и методы разрешения споров, не придавая особого значения этнологическим и экономическим факторам, национальной правовой ментальности (в том числе правосознанию). Данный подход отрицает устоявшийся в науке тезис о том, что право возникает на основе обычаев и народных верований (историческая школа права Ф. Г. Савиньи) и лишь затем трансформируется в юридические нормы. С данным утверждением нельзя согласиться, так как «любой институт испытывает влияние какой-либо культуры, с ее языком, традициями, нормами поведения и т. д.»³. В то же время нельзя согласиться с точкой зрения сторонников крайнего консервативного национализма и самобытности национального развития, согласно которой формально-юридические источники и юрисдикционные структуры – в основном результаты фундаментальных особенностей менталитета народа. Кроме того, российская правовая культура утрачивает изоляционные черты и становится открытой. При этом межкультурное взаимодействие как фактор формирования правовой культуры определяется следующими обстоятельствами:

- культурно-правовой близостью контактирующих сообществ;
- отношением носителей культуры-реципиента к культуре-донору (заимствованию правовых институтов способствует создание технологического и экономического превосходства соответствующей страны; когда же господство основывается на военных, силовых средствах, негативное отношение поработанного населения к угнетателям препятствует рецепции);

¹ Каламкарян Р. А. Права человека в России: декларации, нормы жизнь// Государство и право. 2000. № 5. С. 217.

² Общая теория права и государства. / Под ред. В. В. Лазарева. М.: Юристъ, 2005. С. 97.

³ Васильева Т. А. Права человека. М.: Норма: Инфра-М, 2001. С.388.

- степени связи с другими элементами общества (чем сильнее интегрированы компоненты культуры, тем сложнее изменить облик каждого из них в отдельности)¹.

Наиболее подробно и полно структура правовой культуры отражена И. А. Иванниковым, включившим в последнюю следующие компоненты: право, правосознание, правовые отношения, законность и правопорядок, правомерную деятельность субъектов, государственно-правовые институты, юридическую науку, юридические акты.

Элементы, образующие правовую культуру общества, одновременно включены и в другие структуры. Например, право входит в систему социальных норм; правоотношения являются разновидностью общественных отношений и т. д. Таким образом, данные категории интегрируют в общее правовое пространство, правовую систему, однако в определении сущности и содержания последней правовой культуре отводится основная роль.

Исследование правовой культуры во взаимосвязи с другими социальными явлениям, формами ее проявления помогает шире раскрыть систему правовой культуры и отнести к ней широкий комплекс материальных и духовных явлений, выходящих прямо или косвенно на различные стороны государственно-правовой жизни общества. К последним принадлежит политико-правовая идеология и правовая наука, государственно-правовые интересы и потребности личности, принципы, формы и институты государственной власти, законность и правопорядок, система общественного контроля и ответственности, каналы политико-правовых коммуникаций, правовые элементы общественного мнения, структура и механизм действия политической и правовой системы, исторический, национальный и международный правовой опыт, правовые традиции, стереотипы или образцы правового поведения и т. д.

Суммируя данные компоненты, можно выделить следующую структуру правовой культуры: правосознание, право, правовые отношения, законность и правопорядок, правомерная деятельность субъектов, государственные правовые институты, юридическая наука, юридические акты².

Важнейшим показателем правовой культуры общества выступает уровень правосознания общества. Существенный вклад в учение о правосознании внес И. А. Ильин, который доказывал, что правосознание представляет собой еще более значительный феномен, чем право. Оно понимается как «естественное чувство права и правоты», как «особая духовная настроенность инстинкта», как «особого рода инстинктивное правочувствие» – как некая универсалия, которая имеет формально-юридическое, естественно-правовое измерение.

Учитывая обозначенные выше компоненты правовой культуры, её можно представить как совокупность норм, ценностей, юридических институтов, процессов и форм, выполняющих функцию социоправовой ориентации людей в конкретном обществе (цивилизации).

¹ Малько А.В. Теория государства и права. В вопросах и ответах. М.: Юрист, 2005. С.242.

² Любин В. П. Дискуссии о политической культуре современной России // Россия и современный мир. 2002. № 2.

В социокультурном пространстве правовая культура занимает обособленное место, она не совпадает ни с одним видом культуры (материальной, духовной, политической и т. д.), создавая уникальное сочетание как материальных, так и идеальных, духовных компонентов. То есть правовая культура это особое социальное явление, которое может быть воспринято как качественное правовое состояние и личности, и общества, подлежащее структурированию по различным основаниям. В целом правовую культуру можно определить как совокупность всех ценностей, созданных человеком в правовой сфере, как достигнутый уровень развития в правовой (и государственно-правовой) организации жизни людей¹.

Важнейшим элементом правовой культуры является правосознание. Правосознание представляет собой результат и процесс отражения права в сознании людей. Оно воплощается в совокупности знаний и оценок, как самого права, так и реальной практики правовых отношений, существующих в данном обществе. Можно сказать, что правовая культура – это правосознание, реализованное в повседневной жизни (в правовых отношениях, деятельности правовых институтов, поведении людей и т. д.). В отечественной юриспруденции существует понимание правовой культуры в широком и узком смыслах². В широком смысле она включает в себя все правовые явления и институты: законодательство, юридические учреждения, деятельность государственных органов (юридическую практику), правовое поведение граждан и сознание, таким образом, правовая культура отождествляется с правовой системой. Понимание правовой культуры в узком смысле связано с характеристикой правовой деятельности, ее уровня, направленности, форм и способов, что и обуславливает качество правовой жизни.

Правовая культура немислима без человека и его деятельности, без прогрессивной направленности этой деятельности и передового мышления. Она выступает как социальное явление, имеющее ярко выраженную цель, охватывающее всю совокупность важнейших ценностных компонентов правовой реальности в ее фактическом функционировании и развитии³.

Исходя из понимания правовой культуры как комплекса представлений о праве, его реализации и деятельности государственных органов, должностных лиц, структурными элементами правовой культуры можно считать: право как систему норм, выражающих возведенную в закон государственную волю; правосознание как систему духовного отражения всей правовой действительности; правовые отношения как правовое поведение, деятельность⁴.

Первым элементом правовой культуры общества является уровень развития всей системы юридических актов, т. е. текстов документов, в которых выражается и закрепляется право данного общества. Любой юридический акт

¹ Головастикова А. Н. Права человека. М.: Эксмо, 2006. С. 392.

² Основы государства и права/ под ред. академика, заслуженного деятеля науки РФ О. Е. Кутафина. М.: Юрист, 2004. С.133.

³ Головастикова А. Н. Права человека. М.: Эксмо, 2006. С. 193.

⁴ Каламкарян Р. А. Права человека в России: декларации, нормы жизнь// Государство и право. 2000. № 5. С. 288.

должен быть правовым, отвечать господствующим в общественном сознании представлениям о справедливости, равенстве и свободе. Правовая культура общества зависит, прежде всего, от уровня развития правового сознания населения, т. е. от того, насколько глубоко освоены им такие правовые феномены, как ценность прав и свобод человека, ценность правовой процедуры при решении споров, поиска компромиссов и т. д., насколько информировано в правовом отношении население в целом и его социальные, возрастные, профессиональные группы, каково его эмоциональное отношение к закону, суду, различным правоохранительным органам, какова установка граждан на соблюдение или несоблюдение правовых предписаний и т. д. Это второй элемент правовой культуры¹.

Уровень развития правового сознания может быть зафиксирован лишь в реальной правовой деятельности, в правовом поведении, поэтому третьим элементом правовой культуры является уровень развития правовой деятельности.

¹ Кейзеров Н. М. Политическая и правовая культура. Методологические проблемы. М., 1983. С. 241.

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО

МЕСТО И РОЛЬ ГОСУДАРСТВЕННОЙ СУДЕБНОЙ АДМИНИСТРАЦИИ УКРАИНЫ В СУДЕБНО-ПРАВОВОЙ РЕФОРМЕ ГОСУДАРСТВА

*Дигтярь А. А.,
студентка ЮФ Сумского государственного университета,
Украина*

Постановлением Верховной Рады Украины от 28 апреля 1992 г. утверждена Концепция судебной-правовой реформы. Необходимо выделить следующие основные цели данной реформы: утверждение судов как самостоятельной ветви государственной власти, приведение статуса судей в соответствие с мировыми стандартами независимости судебных органов, совершенствование судебных процедур на основе состязательности и диспозитивности, отказ от элементов инквизиционного судебного процесса в сфере частноправовых правоотношений, обеспечение условий доступности правосудия для каждого физического и юридического лица¹. Когда вышеуказанная реформа исчерпала себя, некоторые важные вопросы остались нерешенными, а именно: дефицит финансирования потребностей судов, отсутствие оборудованных для осуществления правосудия помещений, пробелы введенных процедур назначения судей на должности и их освобождение от этих должностей, неурегулированные механизмы привлечения судей к дисциплинарной ответственности. Очевидно, возникает необходимость анализа возможных путей решения этих проблем.

Эффективность власти, в том числе и судебной, зависит от четкой организации ее деятельности и выполнения всех поставленных задач. Именно на совершенствование деятельности судебной ветви власти и ее органов направлена судебная-правовая реформа в Украине. Совершенствование механизма проведения процессуальных действий, обеспечение судебной системы материальными, финансовыми ресурсами и техническими средствами, сопровождение судебного процесса, отбор судейских кадров и повышение их квалификации являются важными задачами данной реформы.

7 февраля 2002 г. Законом Украины «О судоустройстве Украины» впервые был введен в действие центральный орган исполнительной власти, обладающий специальным статусом, который осуществляет организационное обеспечение деятельности судов общей юрисдикции (кроме Конституционного Суда Украины, Верховного Суда и высших специализированных судов), – Государственная судебная администрация Украины (далее ГСА Украины), а также

¹ Константий О. В. К вопросу совершенствования судебной власти и судопроизводства в Украине согласно стандартам правового государства. Государственное строительство и местное самоуправление. 2009. Вып.17.

ее территориальные управления. Создание данного органа стало основой для возникновения дискуссии, к какой же ветви власти следует отнести данный орган – судебной или исполнительной.

Р. В. Игонин выразил мнение, что: «Сама суть деятельности и фундаментальный принцип правового государства – независимость судебной власти – свидетельствуют о необходимости вывода ГСА Украины из системы органов исполнительной власти и введение как составляющей в систему органов судебной власти. Только находясь в ее составе, ГСА Украины сможет полностью «заниматься» проблемами судебной власти, и четко выполнять все возложенные на нее функции»¹.

С принятием нового Закона Украины «О судоустройстве и статусе судей»² от 7 июля 2010 г., который стал существенным шагом вперед на пути к усовершенствованию механизма организационного обеспечения функционирования судов общей юрисдикции, вопрос об отнесении ГСА Украины к судебной ветви власти был решен положительно. Согласно нормам данного законодательного акта, ГСА Украины была выведена из-под контроля Кабинета министров и стала подотчетной съезду судей Украины. Согласно положениям указанного Закона изменился порядок назначения на должность Председателя ГСА Украины, согласно которому, данное назначение и увольнение производится Советом судей Украины, а не Президентом, как это было предусмотрено предыдущим Законом «О судоустройстве Украины». Согласно Положению, утвержденному Советом судей Украины от 22 октября 2010 г. № 12, ГСА Украины является органом в системе судебной власти, деятельность которого является подотчетной съезду судей Украины. ГСА Украины осуществляет организационное обеспечение деятельности органов судебной власти с целью создания соответствующих условий функционирования судов и деятельности судей, представляет суды в отношениях с другими органами государственной власти, органами местного самоуправления в пределах полномочий, установленных законом. ГСА в своей деятельности руководствуется Конституцией и законами Украины, указами Президента и постановлениями Верховной Рады Украины, принятыми согласно Конституции и законов Украины, актами Кабинета Министров, решениями съезда судей и Совета судей Украины, Положением о Государственной судебной администрации Украины.

Судебная власть, как самостоятельный вид государственной власти, не может ограничиться только системой общих и специализированных судов, и поэтому она функционирует в двух формах: организации судебно-процессуальной деятельности и судоустройства. К судебно-процессуальной деятельности могут иметь отношение и такие субъекты, которые непосредственно не осуществляют функции правосудия.

Важно то, что действующий сегодня Закон четко разграничивает полномочия органов, которые непосредственно участвуют в правосудии, и тех, кото-

¹ Игонин Р. В. Правовая природа Государственной судебной администрации. Вестник Запорожского национального университета. 2010. № 3.

² Закон Украины «О судоустройстве и статусе судей». [Электронный ресурс]. Режим доступа: [http:// zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2453-17).

рые наделены чисто организационными функциями в судебной системе. Такими функциями Закон наделил, в частности, Государственную судебную администрацию Украины¹.

Важным для обеспечения принципа независимости судов является тот факт, что ГСА Украины не выполняет функцию главного распорядителя средств Государственного бюджета по финансовому обеспечению деятельности судов, а только обобщает и готовит материалы для формирования предложений по бюджету судов, так как данной функцией наделены суды общей юрисдикции. Также при подготовке проекта закона о Государственном бюджете, в пределах своих полномочий, ГСА Украины представляет суды в отношениях с Кабинетом Министров и Верховной Радой.

Одним из основных задач ГСА является обеспечение надлежащих условий деятельности судов общей юрисдикции, Высшей квалификационной комиссии судей, Национальной школы судей и органов судейского самоуправления, также она призвана обеспечить необходимые условия для повышения квалификации и переподготовки работников аппарата судов. Законом предусмотрено, что ГСА обеспечивает материальную сторону деятельности судов, взаимодействует с соответствующими органами и учреждениями, в том числе других государств, с целью совершенствования организационного обеспечения деятельности судов. Кроме того, ГСА организывает компьютеризацию судов для осуществления судопроизводства, делопроизводства, информационно-нормативного обеспечения судебной деятельности и обеспечение функционирования автоматизированной системы документооборота в судах, обеспечивает суды необходимыми техническими средствами фиксации судебного процесса в пределах денежных средств, предусмотренных в Государственном бюджете на финансирование соответствующих судов.

Деятельность ГСА близка по своему содержанию и свойствам к деятельности органов исполнительной власти, и имеет административно-хозяйственный характер.

Следует заметить, что ГСА Украины не является «изобретением украинского законодательства». Аналогично ГСА, в других странах существуют органы, которые обеспечивают деятельность судебной системы. Так, в частности, в РФ при Верховном Суде Российской Федерации функционирует Судебный департамент, перед которым поставлены такие же задачи².

Появление таких органов в судебной системе играет значительную роль для обеспечения деятельности судов, и, в особенности, соблюдения принципа их независимости.

Таким образом, подводя итог вышесказанному, можно отметить, что совершенствование деятельности судебной ветви власти продвинулось еще на один перспективный шаг, после реализации которого государственная машина

¹ Обрусная С. Ю. Административно-правовые аспекты Закона Украины «О судостроительстве и статусе судей». Наше право. 2010. № 4.

² Пятковский В. И. Государственная судебная администрация Украины как субъект административного права / И. Пятковская // Форум права. 2011. №3. С. 648-653 [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/20113/11pvicap.pdf>.

Украины укрепит верховенство закона, равноправие, стабильность и процветание украинского общества.

ПОЛИЦИЯ: ОСНОВНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ И ИТОГИ РЕФОРМЫ

*Фам С. К.,
студентка юридического факультета КемГУ*

Реформирование Министерства Внутренних Дел Российской Федерации началось с Указа Президента Российской Федерации Д. А. Медведева от 24 декабря 2009 г. «О мерах по совершенствованию деятельности органов внутренних дел Российской Федерации». С 7 августа по 15 сентября 2010 г. для всенародного ознакомления текст проекта реформы был вывешен на сайте обсуждения федерального закона «О полиции», который менее чем за месяц посетило около 1,5 миллионов человек. Было оставлено около 20 тысяч постатейных комментариев по данному вопросу: от крайне положительного до крайне отрицательного отношения к реформе. Отсчет начала активной стадии преобразований необходимо вести с 1 марта 2011 г. – именно тогда Закон «О полиции» вступил в силу и главой государства были подписаны семь указов, непосредственно определяющих основные направления в реформировании министерства.

Процесс реформирования осуществлялся по семи заданным Президентом РФ основным направлениям. Основной целью данного процесса стало создание нового правоохранительного института, отвечающего требованиям настоящего времени.

В первую очередь следует отметить обновление нормативно-правовой базы. В связи с тем, что предыдущий Федеральный закон от 18.04.1991 г. № 1026-1 «О милиции», даже несмотря на большое количество внесенных изменений, достаточно устарел и стал излишне громоздким, необходимо было создание новых законов, регулирующих данную сферу, законов, четко сформулированных и отвечающих требованиям сложившейся в настоящее время обстановки в государстве.

Основой нового полицейского законодательства стал Федеральный закон от 07.02.2011 г. № 3-ФЗ «О полиции» с последующими изменениями. Помимо него, нельзя не упомянуть федеральные законы «О социальных гарантиях сотрудникам органов внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 19.07.2011 г. № 247-ФЗ, «О службе в органах внутренних дел Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» от 30.11.2011 г. № 342-ФЗ, а также 17 указов президента России, 19 постановлений правительства и более 800 ведомственных нормативных правовых актов. Каковы же итоги осуществления реформирования в данном направлении? Несмотря на большое количество изданных нормативно-правовых актов, многие из них, в особенности закон «О полиции», включают в

себя большое количество декларативных положений, которые носят оценочный характер, а не последовательные и лаконичные нормы¹. Следует отметить и то, что ныне действующий закон «О полиции» является скорее более актуальной версией своего предшественника, закона «О милиции», и вряд ли его можно назвать актом, на основании которого реально возможно создание современной и эффективной системы правоохранительных органов. Однако нельзя не отметить и широкий спектр вопросов, ранее не удостоенных должного внимания, но рассмотренных в процессе нынешнего реформирования, так, к примеру, кардинально изменена система социальной поддержки сотрудников, как во время службы, так и после увольнения, повышены требования при поступлении на службу и многое другое.

Другим направлением следует считать проведение организационно-штатных мероприятий, направленных на освобождение от несвойственных функций, а также избавление от излишних управленческих звеньев и повышение роли оперативных служб. Из перечня полномочий исключены функции, дублирующие компетенцию ФМС России. Ограничены права полиции в сфере проведения проверок финансово-хозяйственной деятельности организаций. Запрашивать данные по операциям и счетам физических и юридических лиц разрешается только при выявлении и пресечении налоговых преступлений. Однако уменьшение функций в одних сферах не исключили расширения полномочий в других. Так, например, достаточно заметно расширение полномочий при применении физической силы и специальных средств².

Своеобразным направлением стала гуманизация форм и методов работы полиции, переход взаимоотношений органа правопорядка и общества к партнерской модели, ориентированной на обеспечение эффективной защиты прав и свобод граждан. Еще одним принципиально новым направлением стало создание и внедрение эффективной системы контроля за деятельностью полиции со стороны гражданского общества. В отношении данных направлений в законе «О полиции» провозглашаются открытость и публичность деятельности полиции, подотчетность, регулярное информирование государственных и муниципальных органов, а также граждан через средства массовой информации о проделанной работе, соблюдение и уважение прав и свобод человека и гражданина³. Что же мы имеем на сегодняшний день? В конце 2011 г. рабочая группа Совета при президенте РФ по развитию гражданского общества и правам человека провела мониторинг исполнения закона «О полиции» в пяти регионах. Их задача была не пронаблюдать и оценить работу полиции в экстремальных ситуациях, а посмотреть, как полиция работает каждый день, как на практике реализуются принципы закона «О полиции» – открытость и публичность, подотчетность и уважение прав человека. В ходе мониторинга проводились эксперименты с обращениями в отделы полиции. Например, обращались в полицию за получением информации о работе участкового или спрашивали, где можно полу-

¹ Лобачев Д. А. Закон «О полиции» «вторгся» в уголовно-процессуальную сферу // Уголовное судопроизводство. 2011. № 3. С. 8-11.

² Ст. 20, ст. 21 Федерального закона от 07.02.2011 N 3-ФЗ (ред. от 06.12.2011) «О полиции».

³ Ст. 5, ст.8 Федерального закона от 07.02.2011 N 3-ФЗ (ред. от 06.12.2011) «О полиции».

чить юридическую консультацию. Результаты посещений отражались в заранее подготовленных бланках, анализ которых показал, что отделы полиции мало перестроены на работу в новом направлении. Так, например, дежурные и другие полицейские представляются, но чаще только после запроса со стороны посетителей, табличка (бейдж) у дежурного, как правило, есть, но либо ее не очень видно, либо шрифт настолько мал, что прочесть невозможно. Ответы на поставленные вопросы давались нехотя, после тщательных расспросов, для каких целей необходимо получение данной информации, а также многочисленных ссылок на то, что у полиции полно работы гораздо серьезнее, нежели ответы на поставленные вопросы. Мониторинг включал и опросы задержанных. Здесь можно говорить, что права и свободы опрошенных, в целом, соблюдались. Практически всем было понятно, что их задерживают сотрудники полиции, звание, должность, фамилия задерживающих обычно назывались. Но права и свободы при задержании разъяснялись далеко не всегда и не во всех случаях задержанные были предупреждены о применении спецсредств, что является серьезным нарушением: закон требует предупреждать прежде, чем применять спецсредство. Общая благопристойная картина исчезает, если посмотреть на количество и содержание жалоб, которые получали правозащитные организации. Ответы из государственных органов на запросы, сделанные в рамках мониторинга, свидетельствуют об обоснованности поступивших к ним жалоб (не всех, конечно, но существенной части). Итоги мониторинга свидетельствуют о том, что в каждодневную практику деятельности полиции пока не вошли прописанные в законе важные принципы, связанные с подотчетностью и публичностью, уважением прав человека. И даже если это не удалось обеспечить в ходе реформирования, то говорить о каких-то других изменениях пока еще рано.

Однако следующее направление (законодательное закрепление правового статуса сотрудника полиции) не заставило себя ждать и реализовалось весьма успешно. Глава 6 закона «О полиции» является усовершенствованной версией раздела 5 закона «О милиции», более урегулированной и подробной. И, несмотря на то, что кардинально новых изменений в законе «О полиции» не наблюдается, нельзя не отметить то, что внесенная в нормативно-правовой акт конкретика является уже двумя третями пути к получению положительных результатов реформирования. Другое направление (реформа денежного довольствия и повышение уровня социальной защищенности сотрудников и пенсионеров, установление государственных гарантий для членов семей погибших при исполнении служебного долга сотрудников) также практически незамедлительно реализовалось. Президентом Российской Федерации уже подписан Указ¹, согласно которому полицейский на первом году службы будет получать не менее 33 тыс. рублей, а с учетом возможных надбавок, зарплата молодого стража порядка составит 42 тыс. рублей.

¹ Указ Президента РФ от 30.06.2002 № 672 (ред. от 27.10.2011) «О денежном довольствии сотрудников органов внутренних дел Российской Федерации, учреждений и органов уголовно-исполнительной системы, Государственной противопожарной службы Министерства Российской Федерации по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий, органов по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ и таможенных органов Российской Федерации».

Вышеупомянутое повышение заработной платы напрямую связано с еще одним направлением реформирования – внедрением антикоррупционных стандартов и повышением требований к профессиональным и моральным качествам. Именно повышенный уровень заработной платы должен способствовать, по мнению инициаторов реформы, сведению к минимуму коррупции в рядах полиции. Исполнение данного направления стало возможным благодаря проведению переаттестации, психологические и профессиональные требования которой изначально должны были быть настолько высокими, чтобы до 50 % личного состава органов внутренних дел могли пройти ее с трудом. Открывшиеся вакансии при необходимости заполнялись новыми сотрудниками, к которым изначально предъявлялись повышенные психологические и профессиональные требования, соответствующие мировым стандартам отбора кадров в полицию. После переаттестации произошло значительное сокращение общей численности сотрудников при сохранении объемов финансирования – все это сделало возможным увеличение заработной платы и улучшение материального положения полицейских. Сокращение кадров имело серьезные основания: по статистическим данным при постоянном увеличении численности сотрудников органов внутренних дел за 2009-2010 гг. рост преступности составил 37 %, или более 1 миллиона зарегистрированных преступлений. Практика других государств показывает, что состояние преступности зависит не от численности стражей порядка, а от эффективности организации их деятельности. В России по состоянию на 2010 г. на 1000 человек приходилось 13 милиционеров. В среднем в мире – 3 работника полиции на 1000 человек. Таким образом, налицо созрела необходимость коренного как численного, так и качественного изменения штата сотрудников полиции.

Проведенная реформа не завершена и по сей день. Работа по основным направлениям проводится и дальше, выявляются недостатки, учитываются ошибки. Нельзя не отметить существенных изменений, связанных с правовым положением сотрудника полиции, а также с социальными гарантиями стражам порядка. В целом, можно сделать вывод, что в данных направлениях работа проводится на наиболее высоком уровне и достигает значительных результатов. Что же касается обновления нормативно-правовой базы, то здесь, говоря конкретно о законе «О полиции», все зависит от того, под каким углом зрения его стоит рассматривать. Данный закон упорядочил и кодифицировал все то, что милиция делала и до этого. Если цель его была таковой, то она достигнута. А если же целью было полное реформирование этой службы, то здесь данный нормативно-правовой акт, мягко говоря, не вносит принципиально новых положений. Далее, следует отметить проведение переаттестации и сокращение штата сотрудников. Весьма необходимое, коренное направление было выполнено, но каким образом? Необходимо было провести так называемую чистку, сократив штат до 50 %. Но в самом ли деле, убирали именно коррумпированных полицейских? Разве большинство сотрудников, лишившихся должности, не люди предпенсионного возраста? Ответ на данные вопросы необходимо оставить открытым. Затем – антикоррупционная направленность. Существует идея, что с повышением заработной платы уровень коррупции снизится. Так ли

это на самом деле? Может показать только время. А нам остается лишь надеяться, что реформирование увенчается успехом и действительно приведет к положительному результату, а не оставит за собой звание очередного «ребрендинга».

НЕОБХОДИМОСТЬ СОЗДАНИЯ АДМИНИСТРАТИВНЫХ СУДОВ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

*Арлюкова Е. Д.,
студентка юридического факультета КемГУ*

В свете административной реформы, которая проводится в настоящее время, насущной становится проблема создания в России системы административного правосудия. Актуальность создания административного судопроизводства в Российской Федерации очевидна и практически не оспаривается.

Административный суд – это государственный орган, осуществляющий правосудие в форме рассмотрения и разрешения административных дел в установленном законом процессуальном порядке. Административные суды рассматривают споры, в которых одной из сторон является орган исполнительной власти, орган местного самоуправления, их должностное лицо, или другой субъект, наделенный властными полномочиями на основаниях, предусмотренных законодательством. В административный суд имеет право обратиться с административным иском лицо, которое считает, что нарушены его права, свободы или интересы в сфере публично-правовых отношений ¹.

Судебная система России регулирует свою деятельность на основе и во исполнение Конституции РФ (ст. 118 и ст. 126) и, безусловно, должна обеспечивать конституционное, гражданское, уголовное, арбитражное и административное правосудие. Следовательно, не все ещё конституционные положения реализованы ². Конституционное выделение административного судопроизводства в качестве самостоятельной формы правосудия позволяет сделать вывод о необходимости дальнейшего законодательного развития такого важного процессуального института.

В настоящее время успешно идет работа по совершенствованию норм конституционного, гражданского и уголовного судопроизводства. В отношении же административного судопроизводства этого сказать нельзя ³.

Профессор Ю. Н. Стариков считает, что одними из главных предпосылок создания в России системы административных судов являются:

- 1) необходимость реформирования государственной власти в стране;
- 2) укрепление судебной власти и придание ей большей оперативности и эффективности;

¹ Проект Кодекса административного судопроизводства. Ст. 4.

² Корякин Е. А. Административные суды в РФ // Журнал Российский судья. 2009. № 12. С. 33–35.

³ Серков П. Введение административного судопроизводства - конституционный долг законодателей // Журнал Российская юстиция. 2003. № 12. С. 54.

3) совершенствование правового механизма обеспечения прав и свобод как физических, так и юридических лиц.

Одной из предпосылок создания административных судов в России является увеличение числа рассмотренных судами административных споров между гражданами и органами исполнительной власти, должностными лицами¹.

Стоит отметить, что дела по административным правонарушениям не рассматриваются должным образом и возникают многочисленные ошибки. Так, постановлением мирового судьи Б. была подвергнута административному наказанию в виде штрафа с конфискацией части товара, являющегося предметом административного правонарушения по ст. 15.12 КоАП РФ (продажа товаров и продукции без маркировки). Оставшаяся часть товара была возвращена Б. как соответствующая требованиям государственного стандарта. Решением районного суда, оставленным без изменения постановлением судьи краевого суда, по представлению УВД округа, указанное постановление мирового судьи в части возврата Б. оставшейся алкогольной продукции отменено, принято новое решение – об уничтожении алкогольной продукции, находящейся на хранении в УВД округа. Б. подала жалобу. Она не была извещена о времени и месте рассмотрения дела в районном суде. Согласно ст. 30.1 КоАП РФ постановление по делу об административном правонарушении может быть обжаловано лицами, указанными в ст. ст. 25.1 - 25.5 КоАП РФ. УВД округа к ним не относится, поэтому суд не вправе был рассматривать его представление. Решение районного суда признано незаконным и отменено².

Основной целью введения административных судов в России является создание эффективного судебного контроля над действиями и решениями исполнительной власти, призванного обеспечивать права и свободы человека и гражданина. Кроме того это усилит борьбу с коррупцией в системе государственной и муниципальной службы.

Но административные суды так и не созданы, несмотря на все имеющиеся предпосылки, а административное судопроизводство не выделено в самостоятельную ветвь, хотя в юридической литературе обоснованы весьма веские причины ее формирования.

Переход к системе административных судов гарантировал бы соблюдение принципа гласности и способствовал укреплению законности и упрочнению правопорядка в сфере государственного управления за счет более четкой процедуры рассмотрения административных дел и специализации судей, что позволит избежать типичных ошибок по данным категориям дел.

Дела, возникающие из административно-правовых отношений и являющиеся зачастую сложными для практического разрешения, должны рассматриваться только судами как органами, не зависящими от государственных органов, органов местного самоуправления и иных органов.

¹ Филиппова И.А. Цели, задачи и принципы создания системы административных судов в России // Администратор суда. 2006. № 2. С. 18–20.

² Ответы на вопросы о практике применения судами Кодекса РФ об административных правонарушениях, жилищного и земельного законодательства, иных федеральных законов (утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 23 ноября 2005 г.) // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 3.

На наш взгляд, создание административного судопроизводства является необходимым для отечественной судебной системы и будет способствовать:

- значительной разгрузке судей судов общей юрисдикции и арбитражных судов;
- повышению профессионального уровня судей и кандидатов в судьи;
- сокращению сроков рассмотрения дел в сочетании с увеличением качества рассмотрения дел по существу и оценки доказательств;
- суды будут компетентно решать дела, связанные с публичными отношениями;
- им предстоит рассматривать публично-правовые споры в сфере государственного управления и жалобы на действия и решения органов исполнительной власти и должностных лиц;
- суды смогут повлиять на предотвращение и устранение нарушений законности, удастся укрепить гарантии прав граждан¹.

Кроме того, учитывая специфику рассматриваемых административными судами дел, одним из принципов административного судопроизводства должен быть принцип защиты доверия к власти. То есть незаконное решение наделенного полномочиями органа не должно отождествляться с самим органом и нести для них дискредитирующие последствия, если не будет доказано законным путем фактов злоупотребления властными полномочиями. В последнем случае суд должен иметь право, как вынести отдельное определение с предписаниями к вышестоящей инстанции о принятии дисциплинарных мер, так и возбудить по выявленным фактам уголовное дело.

Создание административных судов – одно из направлений судебной реформы. Следовательно, оно должно быть увязано с иными компонентами, например, с принятием федерального закона об общих судах, в системе которых будут функционировать административные суды, подготовкой нового ГПК и Арбитражно-процессуального кодекса, завершением мероприятий по формированию системы мировых судей и суда присяжных.

Создания системы административных судов будет иметь не только большое правовое, но и важное политическое значение, поскольку в России появится специализированная юстиция, призванная защитить человека от произвола чиновников, и способствующая решению задач по защите прав, свобод и законных интересов субъектов публичных отношений.

ОТВЕТСТВЕННОСТЬ РАБОТОДАТЕЛЯ ЗА НЕЗАКОННОЕ ПРИВЛЕЧЕНИЕ К ТРУДОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ГОСУДАРСТВЕННОГО ИЛИ МУНИЦИПАЛЬНОГО СЛУЖАЩЕГО

*Ускова К. Ю.,
студентка юридического факультета КемГУ*

¹ Приженникова А. Н.: Создание административных судов – насущная необходимость российской судебной системы// Журнал Административное право и процесс. 2010. № 3. С. 13-16.

Изначальные профессиональные требования к государственным или муниципальным служащим довольно высокие: они складываются из необходимого образования, знаний, навыков и морально-этических, психологических качеств. Лица, отработавшие несколько лет на государственной или муниципальной службе, являются хорошими специалистами, которые приобрели богатый опыт в определенной сфере деятельности.

Однако далеко не все работодатели знают, что прием на работу бывшего госслужащего – процедура сложная и ответственная. Изменения в законодательстве в области противодействия коррупции тут же повлекли большое количество дел об административных правонарушениях по когда-то редко применяемой ст. 19.29 КоАП РФ. Учитывая то, что происходит постоянная смена кадров из одной организации в другую, ни один работодатель не застрахован от совершения случайных ошибок, которые могут привести к значительным административным штрафам.

Согласно ч. 4 ст. 12 Федерального закона от 25.12.2008 № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» работодатель при заключении трудового договора с гражданами, замещавшими должности государственной или муниципальной службы, перечень которых устанавливается нормативными правовыми актами Российской Федерации, в течение двух лет после их увольнения с государственной или муниципальной службы обязан в десятидневный срок сообщать о заключении такого договора представителю нанимателя (работодателю) государственного или муниципального служащего по последнему месту его службы в порядке, устанавливаемом нормативными правовыми актами Российской Федерации.

С 1 января 2009 г. положение, аналогичное ст. 12 Закона № 273-ФЗ, было закреплено в новой ст. 64.1 Трудового кодекса РФ.

Затем п.1 Постановления Правительства РФ от 08.09.2010 № 700 было установлено, что соответствующее сообщение о заключении трудового договора работодатель должен направить в письменной форме.

Чтобы у работодателя и общественности не возникало сомнений в серьезности такого способа борьбы с коррупцией, в КоАП была введена ст. 19.29, в соответствии с которой привлечение к трудовой деятельности бывшего государственного или муниципального служащего, замещавшего такую должность, включенную в перечень, установленный нормативными правовыми актами Российской Федерации, с нарушением требований, предусмотренных Федеральным законом от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от двух тысяч до четырех тысяч рублей; на должностных лиц – от двадцати тысяч до пятидесяти тысяч рублей; на юридических лиц – от ста тысяч до пятисот тысяч рублей.

Возникает вопрос – что это за перечни должностей? В настоящее время перечни должностей, с замещением которых в прошлом связываются ограничения на будущую трудовую деятельность, не разработаны и не утверждены. Указами Президента РФ от 21.07.2010 № 925 «О мерах по реализации отдельных положений Федерального закона «О противодействии коррупции» и от

18.05.2009 № 557¹ лишь установлено, что сообщать о заключенном трудовом договоре представителю нанимателя необходимо, если гражданин замещал должности:

- федеральной государственной гражданской службы, отнесенные Реестром должностей² к высшей группе должностей такой службы;
- руководителей и заместителей руководителей территориальных органов федеральных органов исполнительной власти;
- федеральной государственной гражданской службы, назначение на которые и освобождение от которых осуществляет Правительство РФ;
- военной службы и федеральной государственной службы иных видов³.

Из анализа нормативно-правовых актов следует то, что право бывшего государственного (муниципального) служащего замещать должности в организациях ограничивается, если отдельные функции государственного управления данными организациями входили в должностные (служебные) обязанности государственного или муниципального служащего. Что необходимо понимать под государственным управлением и каковы пределы его осуществления? Оценочная категория «отдельные функции» и не имеющее четкого нормативного закрепления содержания понятия «государственное управление» будут осложнять правоприменение, поскольку они по-разному будут толковаться и применяться разными правоприменителями⁴. И как определить, входили ли в должностные (служебные) обязанности государственного (муниципального) служащего функции государственного управления коммерческой (некоммерческой) организацией – потенциальным работодателем? Скорее всего, данные вопросы должны решать те самые комиссии по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих РФ и урегулированию конфликта интересов.

Анализ мероприятий антикоррупционного характера, проводимых федеральными органами исполнительной власти в рамках утвержденных ими антикоррупционных программ, показывает, что комиссии по соблюдению требований к служебному поведению гражданских служащих и урегулированию конфликта интересов создаются формально и связываются исключительно с мероприятиями по совершенствованию механизма кадрового обеспечения, что ограничивается изданием приказа о создании комиссии. Причинами бездействия формально созданных комиссий называют: вспомогательный характер поставленных перед ними задач; вытекающую из этого функциональную ограниченность; эпизодический характер работы; рекомендательный характер принимаемых комиссиями решений; разобщенность деятельности комиссий, со-

¹ «Об утверждении Перечня должностей федеральной государственной службы, при назначении на которые граждане и при замещении которых федеральные государственные служащие обязаны представлять сведения о своих доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера, а также сведения о доходах, об имуществе и обязательствах имущественного характера своих супруги (супруга) и несовершеннолетних детей».

² Утвержден Указом Президента РФ от 31.12.2005. № 1574.

³ Шадрин Т. В. Принимаем на работу бывшего государственного или муниципального служащего // Отдел кадров коммерческой организации, 2011, № 8, СПС КП.

⁴ Щур Д. Л. Новый порядок приема на работу бывшего государственного или муниципального служащего: правила, риски и ответственность // Кадры предприятия, 2009, № 4, СПС КП.

зданных в государственных органах, ввиду отсутствия организационной структуры, которая бы обеспечивала координацию и контроль их деятельности¹.

Согласно Указу Президента РФ от 3 марта 2007 г. № 269 «О комиссиях по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих Российской Федерации и урегулированию конфликта интересов» решения комиссий носят рекомендательный характер. Это можно объяснить поставленными перед ними задачами: содействие в обеспечении соблюдения гражданскими служащими требований к служебному поведению и содействие государственным органам в урегулировании конфликта интересов, способного привести к причинению вреда законным интересам граждан, организаций, общества, субъекта Российской Федерации или Российской Федерации. Между тем решения комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих Российской Федерации и урегулированию конфликта интересов должны носить обязательный характер. Исходя из анализа полномочий комиссий по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих Российской Федерации и урегулированию конфликта интересов, можно установить очевидный дисбаланс между полномочиями комиссий и характером принимаемых ими решений. С другой стороны, отмечается, что в соответствии с названным выше Указом Президента основные задачи комиссий должны ограничиваться содействием государственным органам; в то же время анализ состава полномочий комиссий показывает, что многие полномочия выходят далеко за пределы решения задачи содействия: проверка информации о гражданском служащем, поступившей от правоохранительных, судебных и иных государственных органов, от организаций, должностных лиц, а также отдельных граждан; право приглашения и заслушивания на заседании комиссии должностных лиц государственных органов, органов местного самоуправления, представителей заинтересованных организаций, а также иных лиц; право установления комиссией факта наличия либо отсутствия в действии (бездействии) гражданского служащего признаков совершения им административного правонарушения или возможного преступления².

Объективная сторона данного правонарушения заключается в противоправном бездействии, выразившемся в неуведомлении представителя нанимателя (работодателя) по прежнему месту службы принимаемого на работу им бывшего государственного или муниципального служащего. Правонарушение будет являться окончанным, если в течение 10 дней с момента заключения трудового договора с бывшим государственным или муниципальным служащим им не предприняты меры по уведомлению представителя нанимателя (работодателя) по прежнему месту службы. В то же время до принятия нормативного акта, регулирующего порядок такого уведомления, сложно сказать, с какого момента эта обязанность будет считаться исполненной – отправления письмен-

¹ Шувалова Н. Почему бездействуют комиссии по соблюдению требований к служебному поведению в конфликте интересов // Государственная служба, 2009, № 2, СПС КП.

² Новоселова Н. В. Конфликт интересов на государственной службе: некоторые проблемы правопонимания // Административное право и процесс, 2010, № 6, СПС КП.

ного или иного сообщения или получения ответа на данное сообщение представителем нанимателя (работодателем).

Судебная практика по привлечению к ответственности по ст. 19.29 очень немногочисленна, вероятно, этим обусловлено то, что многие работодатели просто не знают о такой обязанности.

Разумеется, оштрафованные лица пытаются убедить судей, что данное нарушение является малозначительным, и можно лишь сообщить, что все суды пока единодушно устанавливают минимальный размер штрафа. Ведь данное нарушение у всех совершается впервые, да и сами нарушители до этого времени были добропорядочными гражданами, ни в чем предосудительном ранее не замечались¹.

Данные решения законодателя сложно назвать эффективными для целей противодействия коррупции, поскольку для формального избавления государственного (муниципального) служащего от обязанности получать согласие комиссии по соблюдению требований к служебному поведению государственных гражданских служащих РФ и урегулированию конфликта интересов достаточно изменить место службы накануне своего увольнения и выхода на работу в организацию, которая ранее находилась под государственным управлением органа государственной власти. При этом нужно учитывать то, что ч. 2 ст. 12 ФЗ «О противодействии коррупции» и ч. 1 ст. 64.1 Трудового кодекса РФ возлагают на гражданина обязанность информировать работодателя только о последнем месте службы.

Одним из существенных пробелов регулирования отношений с участием бывших государственных служащих в целях противодействия коррупции является отсутствие в нормах ст. 12 ФЗ «О противодействии коррупции» обязанностей организации по совершению соответствующих действий в случае заключения гражданско-правовых договоров с такими лицами. После увольнения со службы они должны получить разрешение комиссии на заключение гражданско-правовых договоров (ч. 3 ст. 17 Закона № 79-ФЗ). У бывших муниципальных служащих, которые заключают подобные договоры, такой обязанности нет, как нет и обязанности сообщать каждому заказчику о последнем месте службы.

В то же время ст. 19.29 КоАП РФ установлена ответственность в виде административного штрафа за незаконное привлечение бывшего государственного или муниципального служащего, замещавшего такую должность, включенную в перечень, к оказанию услуг на условиях гражданско-правового договора. Но Законом о противодействии коррупции порядок действий работодателя в указанных ситуациях не установлен².

Можно констатировать тот факт, что мы находимся в самом начале пути по разработке действенного антикоррупционного механизма.

¹ Егоров В. Работодатель на коррупционной дорожке// Налоговый вестник, 2011, № 11, СПС КП.

² Самарская Е. Устанавливаем трудовые отношения с чиновниками//Новая бухгалтерия, 2011, № 12, СПС КП.

ПРОБЛЕМА ПРОТИВОДЕЙСТВИЯ КОРРУПЦИИ В РАМКАХ АДМИНИСТРАТИВНОГО ПРАВА

*Завьялова А. Н.,
студентка юридического факультета КемГУ*

В современной России одной из важнейших проблем эффективности государственного управления является высочайший уровень коррупции во всех эшелонах власти. Эта все разрастающаяся проблема представляет серьезную угрозу деятельности публичной власти на основе закона, подрывая доверие населения к институту государства, порождая правовой нигилизм.

Само же понятие «коррупция» несколько аморфно, и это вполне естественно препятствует правильному формированию государственной политики противодействия коррупции. Этимологически слово «коррупция» происходит от лат. «corruptio», что означает «подкуп», «сворачивание». В толковом словаре русского языка коррупция определяется, как «моральное разложение должностных лиц и политиков, выражающееся в незаконном обогащении, взяточничестве, хищении и срастании с мафиозными структурами»¹. В юридической литературе существует два подхода к определению данного термина. В широком смысле он означает негативное социальное явление, которое выражается в разложении власти, использовании государственными и муниципальными служащими своего положения в корыстных целях для личного обогащения или в групповых интересах. В узком смысле коррупция отождествляется с конкретными составами преступлений, которые характеризуются признаком использования должностным лицом своего публичного статуса в корыстных целях для личного обогащения или в групповых целях (таких, как взяточничество, личная заинтересованность должностного лица, превышение должностных полномочий, вынесение заведомо неправомерного приговора и др.). В законе о противодействии коррупции содержится дефиниция коррупции, которая исходит именно из узкого подхода, в связи с этим в объем понятия «коррупция» входят:

- злоупотребление служебным положением;
- дача взятки;
- получение взятки;
- злоупотребление полномочиями;
- коммерческий подкуп;
- иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами;
- совершение деяний, указанных в подпункте «а» настоящего пункта, от имени или в интересах юридического лица.

¹ Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1997. С. 298.

Возникает вопрос о причинах этого негативного для всего общества явления, которые необходимо также определить для эффективной деятельности по борьбе с коррупцией в системе государственной службы. К таковым большинство авторов относят:

- непоследовательность административных преобразований;
- зачастую бессмысленное, непрерывное реформирование государственной службы;
- низкий профессиональный уровень многих государственных служащих;
- отсутствие четких границ персональной ответственности государственных служащих;
- низкий уровень оплаты труда большинства государственных служащих;
- отсутствие эффективных механизмов юридической ответственности в административно-правовой сфере деятельности государственного служащего;
- низкий уровень системности в механизме противодействия коррупции в структуре государственной службы и др.¹.

Поскольку коррупция есть деятельность по использованию служебного положения в корыстных целях, то для изучения причин коррупции необходимо рассмотрение индивидуальных качеств самой личности, которая принимает соответствующие решения, основные мотивы, направленность, систему ценностных ориентаций, установки. Дело в том, что зачастую сама ситуация, в которой находится чиновник, носит коррупциогенный характер, то есть предполагает коррупцию или способствует ее возникновению в силу объективных факторов. Коррупциогенная ситуация характеризуется следующими условиями:

1. Наличие у чиновника возможности выбирать между различными вариантами поведения по своему усмотрению. Наиболее часто это проявляется в возможности: увеличения срока рассмотрения вопроса; определения санкций налагаемых за правонарушение; необязательности совершения того или иного действия. При рассмотрении вопроса в индивидуальном порядке гражданин может обеспечить благоприятное для себя решение за «дополнительную плату».
2. Наличие личного контакта между чиновником и гражданином. Непосредственный контакт является одним из условий установления коррупционной связи.
3. Закрытость процедур и, как следствие, низкая вероятность выявления коррупционных фактов, а, следовательно, и низкая вероятность наказания².

Практика показывает, что коррупционер, по природе своей, имеет явную схожесть с типичным мошенником. В его действиях всегда лежит определенный элемент обмана. Коррупционер – чиновник, который обманывает государство, делая вид, что работает на своем поприще не покладая рук, хотя в действительности в основном старается «выжать» из своей государственной должности максимально возможный нелегальный доход. Чиновник наносит вред

¹ Костенков М. В., Куракин А. В. Административно-правовые средства противодействия коррупции в системе государственной службы Российской Федерации // Государство и право. 2009. № 12. С. 16.

² Пименов Н. А. Проблемы коррупции в России // Российская юстиция. 2011. № 5. С. 29.

государству, используя государственные ресурсы в пользу своих коррупционных интересов и связей.

На мой взгляд, проблему коррупции нельзя рассматривать односторонне, упрекая в алчности, некомпетентности, безнравственности и правовом нигилизме исключительно должностных лиц, здесь необходимо обратить внимание на еще 2 стороны любых, в том числе пораженных коррупцией правоотношений. Это государство в лице его органов, которое попустительски относится к проблеме разрастания коррупции на всех уровнях власти, это и общество, которое то ли в силу своего нравственного падения, то ли в силу конформизма и безразличия готово платить деньги коррупционерам за реализацию чаще всего своего законного права. Важно учитывать это в развитии системы средств по борьбе с коррупцией, дабы они имели системный, всеобъемлющий характер.

В России хоть и ведется антикоррупционная борьба, но параллельно этому в геометрической прогрессии растет и число совершаемых коррупционных преступлений. Например, в 2009 г. было выявлено 7856 случаев получения взяток, из которых 6648 уголовных дел направлено в суд, в 2010 г. это преступление вошло в статистику в общей сумме 7375 фактов получения взяток (направлено в суд уголовных дел 5793)¹. Но эти показатели не отражают реальной картины, ведь в латентном состоянии остается более 95 % таких правонарушений и преступлений. При этом в РФ существует множество нормативно-правовых актов, в которых содержатся законодательные установки по безупречной службе лиц, занимаемых государственными должностями и должностями муниципальной службы, но все они слабо поддерживаются нормами административного и уголовного права. Нельзя не отметить тот факт, что Конституция РФ противоречит сама себе, утверждая принцип равенства всех перед законом и тут же гарантируя неприкосновенность целого ряда ответственных должностных лиц (ст. 98, ст. 122), которые в большей своей части причастны к такого рода коррупционным правонарушениям и даже преступлениям. Представляется, что антикоррупционные предписания для большей эффективности своего действия должны содержаться в законодательстве различной отраслевой принадлежности, и использование всей совокупности средств вносит существенный вклад в дело противодействия коррупции в системе государственной службы. В первую очередь, это, конечно, уголовно-правовые и административно-правовые средства. Их различия происходят из существа самих отраслей права: уголовное право имеет отношение с более серьезными (общественно опасными) деяниями (преступлениями), а административное – с менее общественно опасными деяниями (правонарушениями). Следовательно, в уголовном праве уклон делается на более суровое наказание за соответствующее преступление. Но так как некоторые коррупционные деяния не криминализированы, но, тем не менее, обладают свойством общественной опасности, что вызывает необходимость ввести в административном праве соответствующие нормы, устанавливающие за такие деяния ответственность, которая не соответствует рамкам уголовного права, но

¹ Сердюк Л. В. К вопросу о понятии коррупции и мерах ее предупреждения // Российская юстиция. 2011. № 2. С. 41.

вполне допустима в рамках административно-правового регулирования, соответственно, и наказание за такие правонарушения, в сравнении с уголовным правом, будет более мягким. Но главное место в этом механизме должно быть отведено именно административно-правовым средствам, поскольку именно административно-правовые нормы определяют режим осуществления государственной службы и публичного управления в целом.

К числу таких административно-правовых средств можно отнести:

- административные запреты, связанные с режимом государственной службы;
- средства урегулирования конфликта интересов на государственной службе;
- четкий должностной регламент государственного служащего;
- конкурсное замещение должности государственной службы;
- обязательное установление альтернативы при выборе кандидатов при назначении на должность;
- испытание при поступлении на государственную службу;
- социальные гарантии, связанные с режимом и статусом государственного служащего;
- административный контроль за служебной деятельностью государственных служащих;
- налоговый контроль за имущественным положением государственного служащего и членов его семьи;
- механизм предоставления сведений о доходах, имуществе и обязательствах имущественного характера государственного служащего;
- ротация кадров в системе государственной службы и др.¹.

Существующий механизм борьбы с коррупцией, выраженный в нормах законодательства, явно несовершенен и требует доработки. Представляется, что необходимо ввести в КоАП РФ отдельную главу, посвященную коррупционным правонарушениям. И в связи с этим предусмотреть ответственность за ряд правонарушений.

Во-первых, установить административную ответственность за взятку, установив максимальный размер суммы до 3 тыс. руб., разграничив понятие взятки как уголовного преступления и понятие взятки административного правонарушения. Судебная практика нередко признает взятку малозначительным преступлением, если размер ее незначителен, и в этом случае взяткополучатель освобождается от уголовной ответственности, а к административной ответственности его привлечь невозможно, поскольку в КоАП РФ нет соответствующей статьи.

Во-вторых, включить статью за ненадлежащее исполнение должностных полномочий (обязанностей) государственными и муниципальными служащими – ненадлежащее использование должностным лицом своих служебных полномочий, если это повлекло волокиту, несвоевременное и некачественное принятие решений по заявлениям граждан, материалам, находящимся в производстве, информациям контрольных органов и т. д.

¹ Костенков М. В., Куракин А. В. Административно-правовые средства противодействия коррупции в системе государственной службы Российской Федерации // Государство и право. 2009. № 12. С. 17-18.

В-третьих, установить административную ответственность за злоупотребление должностными полномочиями – использование должностным лицом своих служебных полномочий вопреки интересам службы, если это деяние совершено из корыстной или иной личной заинтересованности и не повлекло существенного нарушения прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства.

В-четвертых, установить административную ответственность за превышение должностных полномочий – совершение должностным лицом действий, явно выходящих за пределы его полномочий и не повлекших существенного нарушения прав и законных интересов граждан или организаций либо охраняемых законом интересов общества или государства.

В-пятых, предусмотреть административную ответственность для членов комиссий по соблюдению требований к служебному поведению и урегулированию конфликта интересов за вынесение незаконных решений в тех случаях, когда незаконность принятых комиссиями решений будет доказана вступившими в законную силу судебными решениями.

В-шестых, установить ответственность за принятие на государственную службу лиц, состоящих в близком родстве или свойстве (родители, супруги, дети, братья, сестры, а также братья, сестры, родители и дети супругов) с гражданскими и муниципальными служащими, если замещение должности связано с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому.

В-седьмых, установить административную ответственность за неэффективное использование бюджетных средств. В целях повышения результативности и экономности использования бюджетных средств необходимо установить административную ответственность за неэффективное использование бюджетных средств, наподобие административной ответственности за нецелевое их расходование.

В частности, законодателю следовало бы ввести такой вид наказания за коррупционные преступления, как конфискация имущества. Представляется, что страх потери имущества, как полученного на незаконно приобретенные средства, так и честно заработанного, может быть сдерживающим фактором при возникновении возможности или желания совершить преступление или правонарушение, имеющее отношение к коррупции, а следовательно достаточно эффективным средством в борьбе с ней.

Также, по моему мнению, необходимо еще более развивать институт проведения антикоррупционной экспертизы не только на федеральном, но и на уровне субъектов федерации, проводить анализ методик проведения таких экспертиз в различных субъектах и тем самым восполнять пробелы собственных методик субъекта РФ. Так, например, в кемеровской методике есть оригинальный пункт «3.4.2. Неустановление сроков принятия нормативного правового акта, принятие которого предусмотрено подлежащим экспертизе проектом»¹.

¹ Барциц И. Н. Антикоррупционная экспертиза в системе эффективного правотворчества // Государство и право. 2010. № 9. С. 21.

Борьба в сфере коррупции непременно должна быть подкреплена антикоррупционной мотивацией. Должна появиться система стимулов, включающая не только повышение заработной платы, но и увеличение различного рода льгот, расширение социального пакета, в зависимости от срока и качества работы на государственной службе. В такую систему необходимо включить гарантии получения жилья. Все это должно быть подкреплено четкой кадровой политикой, включающей в себя ротацию кадров, повышение профессионального уровня, возможность карьерного роста.

На сегодняшний день Федеральным Собранием Российской Федерации в рамках федерального антикоррупционного плана рассматривается законопроект, сутью которого является наложение обязанности на должностных лиц по декларированию расходов. Чиновникам будет необходимо объяснять, откуда взялось то или иное имущество. При этом если никаких внятных и правомерных обоснований не последует, это может послужить основанием для увольнения или даже возбуждения соответствующего дела. Необходимость отчитаться будет тогда, когда в собственности чиновника, его ближайших родственников появится недвижимость, ценные бумаги или транспортное средство, сумма одноразовой сделки по которым в 3 раза превышает годовой размер заработной платы всех членов семьи должностного лица. Презумпция невиновности здесь явно не срабатывает. При этом инициировать проверку сможет любой заинтересованный гражданин, например, журналист, с одним лишь условием, что заявление не должно быть анонимным. Своего рода это проявление общественного контроля, который является необходимой составляющей антикоррупционного контроля в целом.

В заключение хотелось бы отметить, что, по моему мнению, борьбу с коррупцией нельзя проводить точно, необходима всеохватывающая система мер, как уже было отмечено выше. Ведь своими корнями коррупция, как и многие другие проблемы современного общества, уходит в такие негативные явления в обществе, как аморальность и низкий уровень правовой культуры. Следовательно, необходимо начать со всего общества, необходимо постараться сделать его более нравственным, повысить уровень правовой культуры, взявшись за развитие системы правового воспитания. И тогда уже, вероятнее всего, все средства по искоренению коррупции, существующие сейчас и те, которые появятся в будущем, смогут реально подействовать при условии, что и само государство решится на введение всеохватывающих, жестких мер в этой борьбе.

АДМИНИСТРАТИВНАЯ РЕФОРМА 2006-2010 ГОДОВ

*Трубчанинов С. Ю.,
студент юридического факультета КемГУ*

В современном мире заметны тенденции нового понимания роли государства, его функций, взаимоотношений общества и государства, его органов.

В результате этого в ряде стран проводятся административные реформы. Их опыт показывает, что это длительная, сложная работа, требующая усилий всего общества, ведь эффективная государственная власть необходима для решения неотложных социально-экономических проблем, для повышения уровня и качества жизни населения.

Эффективность деятельности государства определяется не тем, насколько широко контролируется жизнь общества в нем, а тем, насколько реальным является соблюдение общественных интересов, насколько действенны политические и правовые механизмы в стране.

Административная реформа в Российской Федерации еще далека до завершения, однако по определенным ее результатам уже можно сделать ряд выводов. Реформа прошла в своем развитии несколько этапов: 1996-1999, 2002-2005, 2006-2010 гг. Каждому этапу соответствовала своя концепция.

В 2002-2005 гг. административная реформа практически осуществлялась по следующим направлениям:

- оптимизация функций органов исполнительной власти и структуры исполнительной власти;
- реформирование государственной службы;
- совершенствование управленческих процедур;
- создание административной юстиции.

Начиная с 2005 г. в нашей стране ведутся реформы во многих сферах государственной и общественной жизни, в том числе в сфере управления. В первую очередь, проводимая административная реформа направлена на оптимизацию системы государственного управления.

Реформирование управления – это и пересмотр полномочий органов исполнительной власти, и совершенствование механизмов реализации этих полномочий и функций, и непосредственное изменение структуры и штатов. С другой стороны, перераспределение полномочий, устранение дублирования, ликвидация излишних функций – не самоцель, а объективно необходимая составляющая административной реформы. В то же время эта задача должна решаться с учетом недопустимости «потери» важных и необходимых обществу функций.

Проводимые преобразования должны способствовать сокращению административного давления на предпринимательские структуры, наведению должного порядка в сферах, где присутствует избыточное государственное вмешательство. В результате реализации начального этапа административной реформы в России были созданы необходимые условия для комплексной модернизации системы управления.

Распоряжением Правительства РФ от 25.10.2005 № 1789-р утверждена Концепция административной реформы в Российской Федерации в 2006-2010 гг. и план мероприятий по ее проведению.

Ответственными за реализацию административной реформы в Российской Федерации в Концепции указаны: Правительственная комиссия по проведению административной реформы; комиссии по проведению административной реформы, создаваемые в субъектах Российской Федерации; федеральные

органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации.

Итак, основными целями административной реформы в Концепции были названы: 1) повышение качества и доступности государственных услуг, 2) повышение эффективности органов исполнительной власти и прекращения избыточного государственного вмешательства в сферу экономики.

Реформа функций и структуры исполнительной власти представляет собой административную реформу в собственном смысле слова. Она состоит из двух частей: оперативной и институциональной¹.

Оперативная – заключается в отказе от избыточных функций, совершенствовании порядка реализации необходимых государственных функций, построении системы и структуры исполнительной власти, соответствующей новым функциям, исключая конфликт между ними. Институциональная – направлена на создание механизмов предотвращения появления новых избыточных функций, установлении процедур исполнения необходимых функций, обеспечении информационной открытости власти, закреплении стандартов качества оказания государственных услуг.

Административная реформа в узком смысле может быть определена как процесс пересмотра функций исполнительной власти, закрепления необходимых и упразднения избыточных функций, создания адекватной функциям структуры и системы исполнительной власти, а также изменений в системе государственного управления.

Таким образом, целью реформы являлось создание системы эффективного исполнения государственных функций, обеспечивающей высокие темпы экономического роста и общественного развития.

В Концепции указаны следующие задачи, подлежащие решению в процессе административной реформы:

- создание стандартов государственных услуг;
- создание автоматизированной системы мониторинга результативности деятельности органов государственной власти и местного самоуправления;
- оптимизация органов исполнительной власти и введения методов противодействия коррупции в деятельности исполнительной власти;
- повышение открытости деятельности органов исполнительной власти².

Основные мероприятия планировались по 6 направлениям:³

- управление по результатам
- стандартизация и регламентизация;
- оптимизация функций органов исполнительной власти и противодействие коррупции;
- повышения эффективности взаимодействия органов исполнительной власти и общества;

¹ А. В. Шаров. Об основных элементах административной реформы. «Журнал российского права», 2005, № 4.

² План мероприятий по проведению административной реформы в Российской Федерации в 2006-2010 годах (в ред. распоряжения Правительства РФ от 09.02.2008 № 157-р, Постановления Правительства РФ от 10.03.2009 № 219).

³ План мероприятий по проведению административной реформы в Российской Федерации в 2006-2010 годах.

- модернизация системы информационного обеспечения органов исполнительной власти;
- обеспечение административной реформы.

Показателями достижения целей административной реформы (приложение к Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006-2010 гг.) были названы:

- оценка гражданами деятельности органов исполнительной власти по оказанию государственных услуг;
- уровень издержек бизнеса на преодоление административных барьеров;
- место Российской Федерации в международных рейтингах показателей качества государственного управления.

Так как реформа направлена на уменьшение барьеров и улучшения взаимодействия между гражданами и исполнительной властью, то показатель оценки гражданами деятельности органов исполнительной власти по оказанию государственных услуг может считаться одним из самых важных.

В Концепции приводятся интересные данные фонда «Общественное мнение»: в 2004 г. только 14 % граждан, обратившихся в течение последних 2 лет в государственные органы, смогли получить интересующую их государственную услугу приемлемого качества. В настоящее время проверка по данному критерию возможна путем социальных исследований. По данным РАНХ (российская академия народного хозяйства) последний социологический опрос (ноябрь 2011 г.) показал, что $\frac{3}{4}$ россиян довольны качеством предоставляемых государственных услуг. По сравнению с показателями начала реформы – результат довольно внушительный. Данный фактор может считаться показателем положительного отношения граждан к качеству реформы. Поэтому же исследованию граждане РФ наиболее довольны качеством услуг ЗАГСa (92 %), а наименее органов занятости (61 %)¹.

Касательно уровня издержек бизнеса на преодоление административных барьеров. Исследования, проведенные специальными федеральными организациями, показывают, что размер издержек на преодоление административных барьеров на 2004 г. составлял 8,5 % от выручки предприятия, к 2010 г. этот показатель уменьшился до 3 %².

Проведенное в 2006 г. исследование «Опоры России» показало, что неформальные затраты субъектов предпринимательства на взаимодействие с органами власти (т. е. взятки и т. п.) возросли, по отношению, к 2005 г. на 13 % (с 8,5 до 9,6 %) от среднемесячной выручки фирмы. Мониторинг 2007–2008 гг. показал снижение средней величины этого показателя до 6 %³. Однако полученный спад, в большей мере, вызван не столько фундаментальными фактора-

¹ Административная реформа в Российской Федерации. Электронный ресурс. Режим доступа: URL: http://ar.gov.ru/about/publications/index.php?id_13=2135.

² Worldwide Governance Indicators for 1996–2009 // World Bank. Электронный ресурс. Режим доступа: URL: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/wgidataset.xls>.

³ Опора России. Отчет по результатам общероссийского исследования «Условия и факторы развития малого предпринимательства в регионах России 2005–2006 гг.». М., 2007.

ми противодействия коррупции в госсекторе (значимость которого бесспорна), сколько технико-фактологическими особенностями исследования.

Прежде всего, изменилась методика опроса – до 2008 г. респонденты выступали в качестве экспертов, высказываясь о наличии «коррупционных издержек» не в своей компании, а на региональном уровне в целом; с 2008 г. говорят уже о себе. В этой связи, авторы констатируют достаточно возросшую степень «закрытости» в ответах («... многие предприниматели избегают отвечать на вопросы о взятках...»)¹. Вместе с этим, основополагающим фактором снижения является легализация неформальных выплат недобросовестными чиновниками. Так, на фоне снижения количества взяток, фиксируется рост навязываемых предпринимателям различного рода необязательных дополнительных услуг («экспертиз» и др.). Соответственно, говорить об успешности работы в данном направлении, можно лишь с большой долей условности, поскольку определенный Концепцией уровень издержек в 5 % (2008 г.) и 3 % (2010 г.) не достигнут.

Итоговым целевым индикатором определено место России в Международном Индексе Управления Всемирного Банка (Worldwide Governance Indicators)². За основу избраны два макроиндекса: эффективность государственного управления (отражает качественные характеристики государственных институтов, компетенцию госслужащих, уровень доверия к политике, проводимой правительством, и др.) и качество государственного регулирования (связано с оценкой политики, проводимой в сфере государственного регулирования в экономике). Планировалось, что процентный ранг РФ по первому параметру будет доведен до уровня 55 единиц (из 100) в 2008 г. и 70 единиц в 2010 г.; по второму – до 60 и 70 единиц в 2008 и 2010 гг. соответственно.

По свидетельству международных экспертов, по эффективности государственного управления и качеству публичных услуг Российская Федерация находится на одном уровне со странами, намного уступающими ей в экономическом развитии. А по ряду интегральных показателей, используемых в международной практике, Россия значительно уступает не только развитым странам, но и большинству стран Восточной Европы. По индексу восприятия коррупции, рассчитываемому международной организацией «Транспэрэнси Интернэшнл», в 2004 г. Россия среди 146 стран занимала 90-е место³.

В итоге данные показатели, согласно исследованиям Всемирного банка, увеличились лишь на несколько пунктов. В частности на момент начала реформы (2006 г.) показатель эффективности государственного управления был равен 38,5 пунктам, в 2010 г. он составил 41,6 (взамен запланированных 70). Показатель государственного регулирования 36,8 и 38,3 соответственно⁴.

¹ Опора России. «Развитие малого и среднего предпринимательства в регионах России «Индекс Опоры» 2007–2008». М., 2009.

² Worldwide Governance Indicators for 1996–2009 // World Bank. Электронный ресурс. Режим доступа: URL: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/wgidataset.xls>.

³ Раздел 1. Распоряжение Правительства РФ от 25.10.2005 № 1789-р (ред. от 10.03.2009) О Концепции административной реформы в Российской Федерации в 2006 - 2010 годах. СЗ, 14.11.2005, № 46, ст. 4720

⁴ Worldwide Governance Indicators for 1996–2009 // World Bank. Электронный ресурс. Режим доступа: URL: <http://info.worldbank.org/governance/wgi/pdf/wgidataset.xls>.

В частности, в рейтинге международной конкурентоспособности Всемирного экономического форума за последний год Российская Федерация по показателю «качество государственных институтов» опустилась с 81-го на 89-е место.

Проведение активных реформ в сфере реализации исполнительной власти было направлено на создание оптимальной системы государственного управления. В качестве промежуточного итога административной реформы можно обозначить основные особенности, характерные для реализации исполнительной власти в Российской Федерации в последние несколько лет.

Таковыми особенностями, на взгляд некоторых исследователей¹, являются следующие:

1. Процесс проведения административной реформы Российской Федерации не завершен, он находится в непрерывном развитии.
2. Вторая особенность заключается в том, что в рамках административной реформы продолжается процесс совершенствования системы и структуры федеральных органов исполнительной власти.
3. Третья особенность – это широкое внедрение и применение административных регламентов. В конце 2005 г. Правительством Российской Федерации был утвержден Порядок разработки и утверждения административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг², который установил общие требования к их разработке и утверждению. В настоящее время разработано уже большое количество административных регламентов, и их применение становится для федеральных органов исполнительной власти уже обычным явлением.
4. Четвертая особенность – тенденция к повышению открытости деятельности органов исполнительной власти для общества. Повышению открытости органов исполнительной власти для общества содействуют принятие и практическая реализация административных регламентов по предоставлению конкретных государственных услуг³.
5. Наконец, пятая особенность заключается в активном создании государственных корпораций и передаче им части государственных полномочий.

Создаваемые государственные корпорации представляют собой своего рода децентрализованные (автономные) органы, создание которых уже давно практикуется во многих зарубежных странах. Они создаются в качестве органов управления специальной компетенции и выполняют только те функции, которые прямо указаны в федеральном законе, на основании которого они созда-

¹ Купреев С.С. Особенности реализации исполнительной власти в современных условиях. «Налоги» (газета), 2008, № 38.

² Утв. Постановлением Правительства Российской Федерации от 11 ноября 2005 г. № 679 «О порядке разработки и утверждения административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг» // СЗ РФ. 2005. № 47. Ст. 4933.

³ См., например: Приказ Федеральной таможенной службы от 24 мая 2006 г. № 469 «Об утверждении Административного регламента Федеральной таможенной службы по предоставлению государственной услуги по информированию о правовых актах в области таможенного дела и консультированию по вопросам таможенного дела и иным вопросам, входящим в компетенцию таможенных органов» // Рос. газ. 2006. 11 октября.

ны. В итоге государственные корпорации, формально не являясь государственными органами, фактически активно участвуют в реализации исполнительной власти. Насколько продуктивен станет этот опыт в Российской Федерации, можно будет говорить спустя несколько лет непрерывной деятельности основных государственных корпораций.

В целях содействия реализации административной реформы в Российской Федерации в 2011 году Правительством Российской Федерации утверждены Правила оказания поддержки проведения федеральными органами исполнительной власти и высшими исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации административной реформы в 2011 году¹.

В соответствии с этими правилами поддержка осуществлялась путем: а) передачи бюджетных ассигнований на проведение административной реформы федеральным органам исполнительной власти; б) предоставления субсидий из федерального бюджета бюджетам субъектов Российской Федерации.

Окончание в 2010 г. действия Концепции административной реформы вызвало необходимость разработки и обоснования программы и плана действий в сфере государственного управления на среднесрочную и долгосрочную перспективу. По указанию Правительства РФ Министерство экономического развития Российской Федерации заказало в 2010 г. Государственному учреждению Высшая школа экономики подготовить предложения по основным направлениям совершенствования государственного управления в 2011-2013 гг.

Экспертами был сделан вывод, что разработка нового программного документа бесперспективна без подведения итогов предыдущего этапа реформирования государственного управления, без выявления позитивных и негативных изменений, пробелов, ошибок в выборе направлений реформирования, без анализа препятствий и сложностей, возникавших в ходе проведения мероприятий административной реформы.

Осенью 2010 г. эксперты Центра анализа деятельности органов исполнительной власти в рамках исполнения научно-исследовательской работы по теме «Предложения по основным направлениям совершенствования государственного управления в 2011-2013 годах» провели анализ итогов проведения мероприятий административной реформы и плана реализации административной реформы в 2006-2010 гг., выявили невыполненные результаты и основные проблемы в рассматриваемой сфере, а также подготовили проекты Концепции (Программы) по совершенствованию государственного управления в 2011-2013 гг. и Плана снижения административных барьеров и повышения доступности государственных услуг на 2011-2013 гг.².

Распоряжением Правительства РФ от 10.06.2011 № 1021-р была утверждена Концепция снижения административных барьеров и повышения доступ-

¹ Постановление Правительства РФ от 16.05.2011 № 370 (ред. от 08.12.2011).

² По информации официального сайта Центра анализа деятельности органов исполнительной власти Института государственного и муниципального управления Национального исследовательского университета – Высшая школа экономики (НИУ-ВШЭ).

ности государственных и муниципальных услуг на 2011 - 2013 годы и План мероприятий по реализации указанной Концепции¹.

Целями утвержденной Концепции являются:

- снижение административных барьеров;
- повышение качества и доступности государственных и муниципальных услуг.

Для достижения поставленных целей Концепцией определено решение задач по следующим направлениям:

- реализация общесистемных мер снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг;
- оптимизация механизмов осуществления функций органов исполнительной власти и органов местного самоуправления;
- совершенствование разрешительной и контрольно-надзорной деятельности в различных сферах общественных отношений;
- развитие механизмов, направленных на управление процессом реализации настоящей Концепции.

В июле 2010 г. принят Федеральный закон от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг», закрепляющий инновационные для Российской Федерации принципы и механизмы взаимодействия органов государственной власти и общества при предоставлении государственных и муниципальных услуг. В частности, законом закреплены права граждан на получение государственной (муниципальной) услуги своевременно и в соответствии со стандартом; получение полной, актуальной и достоверной информации о порядке предоставления государственных (муниципальных) услуг, в том числе в электронной форме; получение государственных (муниципальных) услуг в электронной форме, а также в иных формах по выбору заявителя; досудебное рассмотрение жалоб в процессе получения государственных (муниципальных) услуг; получение государственных и муниципальных услуг в многофункциональном центре.

В соответствии с законом государственные органы, органы местного самоуправления обязаны предоставлять государственные или муниципальные услуги в соответствии с административными регламентами; обеспечивать возможность получения заявителем государственной или муниципальной услуги в электронной форме, а также в иных формах по выбору заявителя; предоставлять в иные государственные органы, органы местного самоуправления, организации документы и информацию, необходимые для предоставления государственных и муниципальных услуг, а также получать от них такие документы и информацию.

Законом запрещается требовать от граждан и предпринимателей предоставления информации или документов, которые уже имеются в соответствии с законодательством в распоряжении государственных органов, органов местного самоуправления, а также информации или документов, предоставление которых не предусматривается напрямую нормативными актами. Определяются

¹ Собрание законодательства РФ», 27.06.2011, № 26, ст. 3826.

конкретные случаи взимания платы за предоставление государственных и муниципальных услуг – либо на основании Налогового кодекса Российской Федерации, либо на основании Перечней платных услуг, утверждаемых Правительством Российской Федерации, законом субъекта Российской Федерации, представительного органа муниципального образования.

Подводя итог, хотелось бы сказать следующее:

- в настоящее время необходимо констатировать, что в целом административная реформа еще далека от своего завершения и подводить какие-либо окончательные итоги пока рано;
- успешность проведения административной реформы во многом зависит от того, насколько она поддерживается работниками органов исполнительной власти и населением;
- в целом общественное мнение граждан и правоприменителей о необходимости проведения административной реформы оценивается как позитивное.

НАПРАВЛЕНИЯ И ИТОГИ РЕФОРМЫ ОБРАЗОВАНИЯ В РОССИИ

*Сабыралиев А. К.,
студент юридического факультета КемГУ*

Образование и просвещение всегда имели большое значение для общества, являясь предметом социализации и дальнейшего развития молодого поколения, гордости старших поколений, а также помогая решать сложные задачи как в жизни отдельного человека, так и в масштабах целого государства. В своей статье я хотел бы ответить на следующий вопрос: соответствуют ли новые реформы в сфере образования его значению, и каких итогов реформ можно ожидать?

По сути, основные положения реформы образования связаны с так называемым «Болонским процессом», Россия присоединилась к нему в 2003 г. Анализируя положения реформы образования, можно сказать, что законодатель определяет следующие основные направления изменений: преобразования финансовой платформы большинства бюджетных учреждений (в том числе образовательных) и создание устойчивой двухступенной системы образования.

В рамках первого пункта Госдума России 23 апреля 2010 г. приняла законопроект «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с совершенствованием правового положения государственных (муниципальных) учреждений». 8 мая 2010 г. данный законопроект был подписан Президентом РФ Дмитрием Медведевым и стал законом № 83-ФЗ¹.

В частности, статья 3 данного закона определяет круг субъектов-учредителей образовательного учреждения:

- 1) Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования;

¹ Российская газета. № 100. 12.05.2010.

- 2) российские и иностранные коммерческие организации, а также объединения указанных юридических лиц (ассоциации и союзы);
- 3) российские и иностранные некоммерческие организации, в том числе общественные объединения и религиозные организации, а также объединения указанных юридических лиц (ассоциации и союзы);
- 4) физические лица.

Авторы и сторонники данных преобразований называют положительные начала, которые они в себе несут:

- предоставление большей финансовой самостоятельности образовательным учреждениям;
- принятие закона позволяет школам более эффективно организовать расходование средств. При этом школам не потребуется создавать сторонние организации (например, фонды);
- для родителей и общественности повышается прозрачность расходования финансовых средств;
- закон предусматривает персональную ответственность руководителей за качество работы и за порядок и эффективность использования финансовых средств.

Как мы видим, закон направлен исключительно на достижение максимальной эффективности деятельности образовательных учреждений и удобства учащихся и их родителей. Однако противники и критики этих изменений приводят свои аргументы:

- формирование бюджета с учётом численности обучающихся может привести к содержанию в школах детей только для численности, не обращая внимания на успеваемость;
- не определён государственный заказ, т. е. предметы, оплаченные государством;
- возможность ухода опытных учителей из государственных образовательных учреждений в негосударственные за большей зарплатой.

Если затрагивать тему двухступенной системы образования, то необходимо сразу обратиться к Закону РФ «ОБ образовании»¹ от 10.07.1992 г. № 3266-1 в ред. от 03.12.2011 г. Согласно этому закону подготовка лиц с высшим профессиональным образованием для получения квалификации (степени) «бакалавр» и квалификации (степени) «специалист» осуществляется на базе среднего (полного) общего, среднего профессионального образования. А для получения квалификации (степени) «магистр» – на базе бакалавриата. Также необходимо обратиться к 6 ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании»² от 22.08.1996 № 125-ФЗ в ред. 03.12.2011 г., который определяет сроки освоения основных образовательных программ высшего профессионального образования по очной форме обучения:

- для получения квалификации (степени) «бакалавр» – четыре года;
- для получения квалификации (степени) «специалист» – не менее пяти лет;

¹ Собрание законодательства РФ», 15.01.1996, № 3, ст. 150.

² Собрание законодательства РФ», 26.08.1996, № 35, ст. 4135.

- для получения квалификации (степени) «магистр» – два года.

В этом вопросе особое место занимает Приказ Министерства образования и науки Российской Федерации (Минобрнауки России) от 28 декабря 2011 г. № 2895 «Об утверждении Порядка приема граждан в образовательные учреждения высшего профессионального образования»¹. Этот приказ говорит о возможности поступления граждан на первый курс по программе обучения бакалавров и специалистов, а именно – пункт 3 приказа, тем самым утверждая многоуровневую основу высшего профессионального образования. Данный приказ определяет основные условия поступления граждан в вузы России, в частности, говорится, что теперь льготники могут реализовать своё право поступления вне конкурса лишь по одной специальности и в одном учебном заведении, количество целевых мест не должно превышать 15 % от общего числа мест по каждой специальности. Также требуется открытость и общедоступность документов, содержащих информацию о количестве поступающих и соответствующих баллах и о сроках зачисления. Министр образования, Андрей Фурсенко, отмечал, что сегодня невозможно предсказать потребность российской экономики в тех или иных специалистах с горизонтом в пять-семь лет, поэтому высшее профессиональное образование в форме бакалавриата, как базы, является более предпочтительным, чем подготовка узких специалистов. Значение многоуровневого высшего профессионального образования – это интеграция выпускников российских вузов в соответствующую европейскую среду и выравнивание российского образования на международный уровень. Эта система позволит абитуриентам выбрать для себя подходящий путь обучения в соответствии с их жизненными планами. Если предполагается просто работать по специальности, то достаточно степени бакалавра, а если студент хочет реализовать свой потенциал в науке, то необходимо получить степень магистра. Эти выводы подтверждаются примерами из практики деятельности вузов страны. Ведущий факультет МГУ, факультет политологии, с 2011 г. начал подготовку бакалавров по направлению «Политологи», с широким спектром специальностей, более 10, – от российской политики до политической регионалистики.² Это говорит о том, что ведущие вузы страны всерьёз встали на рельсы двухстепенного высшего профессионального образования. Окончательные итоги этих преобразований в России подводить ещё рано, т. к. выпускники, обучающиеся по этой системе, не успели полноценно проявить себя на рынке труда. Но всё же некоторые результаты можно уже сейчас отметить. Во-первых, в некоторых вузах возникают проблемы с переходом на обучение бакалавров и, следовательно, сменой программы, во-вторых, складывается такая ситуация, что последнее «поколение» специалистов выпускается в один год с соответствующими бакалаврами, и это создаёт необычно высокий уровень конкуренции на рынке трудоустройства.

¹ <http://минобрнауки.рф/проекты>.

² <http://www.msu.ru/>.

РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О ГРАЖДАНСКОЙ СЛУЖБЕ: АНТИКОРРУПЦИОННАЯ НАПРАВЛЕННОСТЬ

*Антропова А. О.,
студентка юридического факультета КемГУ*

Согласно ст. 1 Федерального закона от 25.12.2008 (ред. от 11.07.2011) № 273-ФЗ «О противодействии коррупции», коррупция – это злоупотребление служебным положением, дача взятки, получение взятки, злоупотребление полномочиями, коммерческий подкуп либо иное незаконное использование физическим лицом своего должностного положения вопреки законным интересам общества и государства в целях получения выгоды в виде денег, ценностей, иного имущества или услуг имущественного характера, иных имущественных прав для себя или для третьих лиц либо незаконное предоставление такой выгоды указанному лицу другими физическими лицами¹.

Субъектами коррупционных отношений выступают с одной стороны должностные лица, с другой – представители легального и нелегального частного сектора. В силу этого вышеупомянутые отношения теснейшим образом пересекаются с институтом государственной службы.

Поэтому, в первую очередь, необходимо обратить внимание на Федеральный закон от 27.07.2004 г. (ред. от 21.11.2011 г.) № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации»², в который в 2011 г. были внесены изменения, имеющие антикоррупционную направленность. В частности, в ч. 1 ст. 16 внесён п. 10 (в ред. Федерального закона от 21.11.2011 № 329-ФЗ) по которому гражданин не может быть принят на гражданскую службу, а гражданский служащий не может находиться на гражданской службе в случае утраты представителем нанимателя доверия к гражданскому служащему в случаях несоблюдения ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнения обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции настоящим Федеральным законом и Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции». Необходимо сразу отметить, что последний упомянутый закон в 2011 г. тоже претерпел значительные преобразования. Так, в ст. 5 этого закона была введена ч. 4.1, по которой «правоохранительные органы, иные государственные органы, органы местного самоуправления и их должностные лица обязаны информировать подразделения кадровых служб соответствующих федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления по профилактике коррупционных и иных правонарушений (должностных лиц кадровых служб указанных органов, ответственных за работу по профилактике коррупционных и иных правонарушений) о ставших им известными фактах несоблюдения государственным или муниципальным служа-

¹ «Собрание законодательства РФ», 29.12.2008, № 52 (ч. 1), ст. 6228.

² «Собрание законодательства РФ», 02.08.2004, № 31, ст. 3215.

щим ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов либо неисполнения обязанностей, установленных в целях противодействия коррупции». Данное нововведение является важнейшим этапом на пути предупреждения коррупционных действий, как и последующие изменения в Федеральном законе «О противодействии коррупции». Это – введение п. 2.1 ст. 6; п. 5.1 ст. 11; ст. 11.1; ст. 12.1; ст. 12.2; ст. 12.3; ст. 12.4; ст. 12.5 и ст. 13.1, а также редакции большинства статей этого закона.

Изменения в нормативно-правовых актах продиктованы сложившейся ситуацией в современном обществе. Об этом свидетельствуют выявленные факты совершения преступлений. Так, старший следователь следственного отдела по городу Кемерово областного СУ СК РФ и адвокат обвиняются в совершении преступления по ч. 3 ст. 30, ч. 3 ст. 159 УК РФ (покушение на мошенничество с использованием служебного положения). По версии следствия, в январе текущего года в городе Кемерово следователь проводил доследственную проверку по факту причинения телесных повреждений.

Он договорился со своей матерью, работающей адвокатом, обмануть мужчину, в отношении которого проводилась проверка, сказав, что якобы есть основания возбудить в отношении него уголовное дело. Для непривлечения его к уголовной ответственности, следователь посоветовал ему обратиться за юридической помощью к вышеупомянутому адвокату. Адвокат сказала мужчине, что необходимо передать 150 тыс. рублей для потерпевших, чтобы они не давали против него показания, а также 50 тыс. рублей в качестве вознаграждения за ее работу. При этом и мать и сын знали, что в отношении потерпевшего принято решение об отказе в возбуждении уголовного дела и основания для привлечения к уголовной ответственности отсутствуют. Подзащитный обратился с жалобой в правоохранительные органы и передача 200 тыс. рублей адвокату проводилась под контролем сотрудников полиции, после чего она была задержана. Уголовное дело направлено в Ленинский районный суд Кемерово для рассмотрения по существу¹.

Что касается Федерального закона «О государственной гражданской службе Российской Федерации», то хотелось бы обратить особое внимание на внесённые изменения в ст. 19 по урегулированию конфликта интересов на гражданской службе.

В данную статью введена ч. 3.1, по которой предотвращение или урегулирование конфликта интересов может состоять в изменении должностного или служебного положения гражданского служащего, являющегося стороной конфликта интересов, вплоть до его отстранения от исполнения должностных (служебных) обязанностей в установленном порядке и (или) в его отказе от выгоды, явившейся причиной возникновения конфликта интересов, и ч. 3.2, где непринятие гражданским служащим, являющимся стороной конфликта интересов, мер по предотвращению или урегулированию конфликта интересов является правонарушением, влекущим увольнение его с гражданской службы.

¹ <http://genproc.gov.ru/news/news-75537/>.

Введена ч. 4.1, касающаяся представителя нанимателя, которому стало известно о возникновении у подчинённого личной заинтересованности, что тоже, в соответствии с действующей редакцией, является правонарушением. До этого нововведения такие явления не рассматривались как правонарушения, что, по своей сути, не влекло наступление последствий. Также внесены изменения, касающиеся комиссий по урегулированию конфликтов интересов. До этого в ч. 6 ст. 19 определялся состав комиссии, число независимых экспертов, ныне такая комиссия образуется правовым актом государственного органа в порядке, определяемом Президентом Российской Федерации.

Значимыми изменениями являются предоставленная представителю нанимателя возможность отстранить от замещаемой должности гражданского служащего на период проведения проверки соблюдения гражданским служащим ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов, исполнения им обязанностей, установленных Федеральным законом от 25 декабря 2008 г. № 273-ФЗ «О противодействии коррупции» и другими федеральными законами (п.п. в ч. 2 ст. 32) и предоставленная возможность представителю нанимателя расторгнуть служебный контракт по своей инициативе в связи с утратой доверия к гражданскому служащему (п. 1.1 ч. 1 ст. 37).

Наиболее важные изменения в Федеральном законе «О государственной гражданской службе Российской Федерации» – это введение статей 59.1, 59.2, 59.3, где прослеживаются наиболее эффективные способы борьбы с коррупцией. А именно: ст. 59.1 устанавливает взыскания за несоблюдение ограничений и запретов, требований о предотвращении или об урегулировании конфликта интересов и неисполнении обязанностей, в целях противодействия коррупции; ст. 59.2 говорит об увольнении в связи с утратой доверия; ст. 59.3 описывает порядок применения взысканий за коррупционные правонарушения. Такие изменения диктуются высоким уровнем коррумпированности федеральных и региональных органов государственной службы Российской Федерации, и не являются пределом.

Необходимо отметить, что ужесточение законодательства по борьбе с коррупцией происходит и в других отраслях права. В Уголовный кодекс в 2011 г. были внесены изменения в статьи, посвященные злоупотреблениям должностными полномочиями, взяточничеству и др. В Федеральный закон от 17.07.2009 № 172-ФЗ (ред. от 21.11.2011) «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов»¹ были внесены соответствующие изменения в ст. 3, ст. 4, ст. 5.

Также важным нормативно-правовым актом в данной сфере является Постановление Пленума Верховного суда от 10 февраля 2000 г. «О судебной практике по делам о взяточничестве и коммерческом подкупе»² в котором подробно рассматривается субъект уголовного преступления, представители власти,

¹ Собрание законодательства РФ, 20.07.2009, № 29, ст. 3609.

² «Бюллетень Верховного Суда РФ», № 4, 2000.

должностное положение, покровительство по службе, попустительство, состав преступления и т. д.

На основе вышеизложенного материала, можно сделать вывод о том, что в Российской Федерации постоянно идёт модернизация и оптимизация законодательной базы, которая направлена на борьбу с коррупцией. Создаются новые антикоррупционные структуры, вносятся изменения в основные отрасли права и вводятся новые положения в Федеральные законы. И такая политика для государства является выигрышной, потому что борьба с коррупцией – это, в свою очередь, воспитание общества.

АДМИНИСТРАТИВНЫЕ ЖАЛОБЫ КАК МЕХАНИЗМ ЗАЩИТЫ ПРАВ И ИНТЕРЕСОВ ГРАЖДАН

*Щеглова Н. С.,
студентка юридического факультета КемГУ*

В настоящее время права и свободы человека и гражданина признаются государством в качестве высшей ценности. основополагающие положения Конституции Российской Федерации, закрепляющие верховенство прав и свобод человека и гражданина, предъявляют самые серьезные требования к осуществлению публичной власти с учетом интересов граждан и их объединений, что, к сожалению, сегодня нередко забывается. В том числе остается слабой правовая защищенность в сфере административной подведомственности¹.

На сегодняшний день административное законодательство РФ предоставляет гражданину право самостоятельно выбирать порядок обжалования действий и решений, нарушающих его права в сфере административной юрисдикции, например, такие действия, как принятие незаконных решений представителем органа публичной власти, совершение административного правонарушения и т. д. Процессуальные правовые механизмы защиты прав граждан в отношениях с публичной властью различаются двумя системами органов: судебными и внесудебными.

С учетом чрезмерной перегруженности судебных органов, актуальным в настоящее время является вопрос о совершенствовании и более детальной реализации внесудебного, «административного» порядка рассмотрения жалоб. Административный порядок представляет собой подачу жалобы в орган, принявший конкретное решение, вышестоящему должностному лицу, либо в вышестоящий орган.

Данный механизм имеет ряд преимуществ:

- упрощенный порядок подготовки и оформления документов при подачи жалобы;

¹ Ноздрачев А. Ф., Сухарева Н. В., Мельникова В. И. Процессуальные правовые механизмы защиты граждан и их объединений во взаимоотношениях с публичной властью// Компьютерная справочная правовая система «Гарант».

- такой вид защиты своих прав является бесплатным, т. е. не требует оплаты государственной пошлины;
- исполнение постановления на период его обжалования может быть приостановлено, как правило, при заявлении гражданином соответствующего ходатайства в тексте жалобы¹;
- подача жалобы в административном порядке не исключает последующего обращения в судебные органы;
- внесудебный механизм допускает возможность обжалования не только незаконных действий (решений) органов государственной власти, но и даже нецелесообразных или аморальных.

Действующее законодательство Российской Федерации содержит акты, регулирующие и закрепляющие порядок подачи административных жалоб в государственные и муниципальные органы. К таким нормативно-правовым актам, прежде всего, относится Высший закон РФ, который закрепляет в ст. 33 право граждан Российской Федерации обращаться лично, а также направлять индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления. Вопросы несудебного рассмотрения обращений граждан в виде предложений, заявлений и жалоб урегулированы ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»².

Данный закон в свою очередь гарантирует право граждан на обращение в государственные органы и органы местного самоуправления, при этом закрепляя две формы обращения: личное и письменное. Кроме того, изменениями, внесенными Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 227-ФЗ в Федеральный закон от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ, установлены нормы, касающиеся рассмотрения обращений, поступивших в форме электронного документа³. Данное изменение еще более расширяет возможность граждан реализовывать свои права и в какой-то степени осуществлять народовластие.

В соответствии с действующим законодательством, каждый гражданин может свободно реализовывать свое право на обращение, что означает недопустимость установления каких-либо препятствий, введения цензов, а так же применения принуждения⁴.

Ограничивается это право только недопустимостью нарушения прав и свобод других лиц, а также в случае, если реализация этого права в какой-либо мере соприкасается с нарушением государственной тайны, которая представляет собой защищаемые государством сведения, распространение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации⁵.

¹ Покидова Е. Искусство административного обжалования// Компьютерная справочная правовая система «Консультант Плюс».

² Сухарев А. С. Административные аспекты судебной реформы// Компьютерная справочная правовая система «Консультант Плюс».

³ Зырянов С. М., Лебедева Е. А., Спектор Е. И., Гармаева М. А. Досудебное урегулирование споров в публичном праве// Компьютерная справочная правовая система «Консультант Плюс».

⁴ Тихомиров Ю. А., Васильева С. В., Виноградов В. А., Егорова Е. Ю., Экштайн К. О проекте Федерального закона об обращениях граждан в органы государственной власти и местного самоуправления// Компьютерная справочная правовая система «Консультант Плюс».

⁵ Закон РФ от 21 июля 1993 г. № 5485-1 «О государственной тайне»// Собрание законодательства Российской Федерации от 13 октября 1997 г., № 41, ст. 4673, абз. 1, ст. 2.

Среди правовых актов, которые закрепляют порядок реализации прав граждан на подачу административной жалобы, стоит отметить, административные регламенты¹. В соответствии с Концепцией административной реформы под административным регламентом понимается нормативно-правой акт федерального органа исполнительной власти или органа исполнительной власти субъекта Российской Федерации, определяющий последовательность действий органа исполнительной власти (административной процедуры), обеспечивающую исполнение государственных функций, включая предоставление государственных услуг, эффективную работу структурных подразделений и должностных лиц, реализацию прав граждан и организаций².

Применение административных регламентов распространено достаточно широко, поскольку их использование в значительной мере способствует усовершенствованию механизмов досудебного рассмотрения жалоб граждан, и как следствие реализации и защиты их прав.

Вопреки общественному мнению, механизм подачи административной жалобы на сегодняшний день является достаточно эффективным, на практике многие жалобы разрешаются в пользу граждан.

Однако, при всех плюсах «административного» порядка, его широком законодательном закреплении и в какой-то степени успешной практической реализации имеются и существенные недостатки:

Во-первых, это затруднительное применение принципа независимости при осуществлении административно-юрисдикционной деятельности. Орган исполнительной власти или государственный служащий, осуществляющий правоприменительные и контрольные функции фактически представляет интересы государственного органа, т. е. является судьей в собственном деле, что противоречит базовым постулатам права. К тому же традиция подчинения чиновников не закону, а начальнику имеет в России достаточно глубокие исторические корни. В связи с этим достаточно актуальным в настоящее время является вопрос развития института личной ответственности государственных служащих.

Во-вторых, сегодня многие лица, поступающие на государственную службу, как правило, связывают ее с получением различных материальных и нематериальных благ. Ценность власти все более наполняется экономическим содержанием и как результат – рост должностных преступлений, поражающие масштабы коррупции³. Думается, что для разрешения данной проблемы необходимо предъявлять серьезные требования нравственного характера к лицам, поступающим на государственную службу, поскольку именно моральные начала каждого человека влияют на его дальнейшие действия.

¹ Постановление Правительства РФ от 11 ноября 2005 г. № 679 «О Порядке разработки и утверждения административных регламентов исполнения государственных функций и административных регламентов предоставления государственных услуг»// Собрание законодательства Российской Федерации от 30 мая 2011 г. № 22 ст. 3169.

² Купреев С. С. Особенности реализации исполнительной власти в современных условиях// Компьютерная справочная правовая система «Консультант Плюс».

³ Касаева Т. В. Правовая культура государственных служащих как фактор повышения ответственности перед обществом// Компьютерная справочная правовая система «Гарант».

В-третьих, это отсутствие детальной систематизации процессуальных норм. Проект административно-процессуального кодекса, разрабатываемый в настоящее время, не в полной мере соответствует всем необходимым требованиям, поскольку в основном закрепляет нормы производства по делам об административных правонарушениях.

Конечно, дальнейшее развитие законодательства, в том числе и дальнейшая реализация административной реформы, может дать видимый результат в разрешении вышеперечисленных проблем, однако не стоит забывать о том, что практические сложности при реализации прав граждан во взаимоотношениях с органами публичной власти связаны не только с проблемами правового регулирования административных и административно-процессуальных отношений. Сейчас остро наблюдается проблема поражающего незнания гражданами своих прав и обязанностей. Кроме того, сами государственные органы, должностные лица, как правило, безынициативны в вопросах информирования граждан о путях и возможностях реализации прав, предоставляемых им законом.

Низкий уровень правовой культуры государственных служащих, обусловленный, в том числе, их равнодушным отношением к правам и свободам граждан, не только подрывает авторитет государства в обществе, но и способствует понижению уровня правосознания.

Таким образом, внесудебный порядок, обеспечивающий защиту прав граждан посредством подачи административной жалобы, зарекомендовал себя должным образом. Однако первостепенной задачей государства остается развитие правовой грамотности и, как следствие, правовой культуры граждан, а также увеличение эффективности работы государственных служащих.

К ВОПРОСУ О СОВЕРШЕНСТВОВАНИИ УПРАВЛЕНИЯ ИНОСТРАННЫМИ ДЕЛАМИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

*Ларионов И. В.,
УО «ВГУ им. П.М.Машерова»*

Проблемы административно-правовых основ управления иностранными делами относятся к числу наиболее основополагающих и остродискуссионных в административном праве. Данный факт объясняется их важностью и особым правовым регулированием. Безусловно, названные проблемы прямо и непосредственно влияют как на авторитет нашей страны за рубежом, так и интересы рядовых граждан Республики Беларусь, предприятий, фирм, чья работа невозможна без международных отношений, а, значит, во многих случаях и без помощи органов государственного управления, компетентных в административно-правовых основах управления иностранными делами. Важность данного исследования доказывает также и тот факт, что качественное, своевременное и эффективное управление в области иностранных дел есть одна из важнейших функций любого государства. Ведь еще знаменитый ученый в области общей теории права Нерсисянц В. С. на первое место среди внешних функций госу-

дарства ставил именно внешние взаимоотношения с другими странами¹. Несмотря на то, что система управления иностранными делами в нашей стране сложилась в единый работающий механизм и добилась существенных положительных результатов на международной арене, считаем тем не менее достаточно актуальным предложить в данном исследовании некоторые меры по совершенствованию данной системы управления в Республике Беларусь.

Необходимо отметить, что согласно Закону «О Национальном собрании Республики Беларусь»² и Конституции Республики Беларусь (ст.97, 98)³. Национальное собрание Республики Беларусь (Парламент) имеет широкие полномочия в области иностранных дел, поскольку Парламент разрабатывает и принимает все важнейшие законы, определяющие внутреннюю и внешнюю политику государства. Однако, несмотря на то, что компетенция Парламента в области иностранных дел достаточно широка, в тоже время ее отдельные моменты регламентированы достаточно обще. К примеру, в Российской Федерации, как отмечают Попов Л. Л., Мигачев Ю. И., Тихомиров С. В., Конституция закрепляет, что к ведению Совета Федерации относится решение такого конкретного вопроса, как возможность использования российских Вооруженных сил за пределами территории Российской Федерации⁴. Полагаем, что в Закон «О Национальном собрании Республики Беларусь» возможно внесение ряда уточнений в отношении компетенции Национального собрания в области иностранных дел.

Что касается работы Министерства иностранных дел Республики Беларусь, то для повышения эффективности и качества работы данного Министерства следует, к примеру, более часто применять на практике п. 7.6 Положения о Министерстве иностранных дел, который дает возможность Министерству иностранных дел более тесно сотрудничать с различными республиканскими органами государственного управления⁵. Также считаем, что для удобства граждан Республики Беларусь возможно открытие территориальных подразделений центрального аппарата МИДа в регионах, например, эти подразделения возможно открыть в областных исполнительных комитетах. Данная мера позволит как физическим, так и юридическим лицам решать ряд вопросов, относящихся к управлению иностранными делами, не только в столице нашей страны, но и на местах. К примеру, в России в субъектах федерации имеются территориальные подразделения МИДа.

¹ Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства: учебник / В. С. Нерсесянц. М.: Норма-Инфра.М., 1999. С. 259.

² Закон Республики Беларусь от 08.07.2008 № 370-3 (ред. от 13.12.2011) «О Национальном собрании Республики Беларусь» // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.pravo.by>.

³ Конституция Республики Беларусь 1994 г. (с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г.). Минск: Нац. центр правовой информ. Республики Беларусь, 2010.

⁴ Попов Л. Л., Мигачев Ю. И., Тихомиров С. В. Административное право России: учебник / Л. Л. Попов, Ю. И. Мигачев, С. В. Тихомиров; отв. ред. Л. Л. Попов. 2-е изд. перераб. и доп. М: Проспект, 2010. С.652.

⁵ Положение «О Министерстве иностранных дел Республики Беларусь», утв. Постановлением Совета Министров Республики Беларусь, 31.07.2006, № 978, (в ред. от 28.04.2010 г. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.pravo.by>.

Следует также отметить, что ввиду развития международных партнерских отношений Республики Беларусь со странами СНГ и Евросоюза происходит процесс существенного расширения компетенции министерства иностранных дел. На данный момент данная компетенция достаточно компактно и в то же время подробно закреплена в п. 7 Положения о Министерстве иностранных дел Республики Беларусь¹. Полагаем, что не будет являться желательным дублирование данной компетенции в ряде других нормативно-правовых актов, что, на наш взгляд, может привести к различным юридическим коллизиям. Хотя на практике такое дублирование встречается не только в Республике Беларусь, но и в ряде других стран СНГ. К примеру, в Российской Федерации компетенция Министерства иностранных дел по многим своим параметрам продублирована в Положении о Министерстве иностранных дел Российской Федерации и в Указе Президента Российской Федерации «О координирующей роли Министерства иностранных дел Российской Федерации в проведении единой внешнеполитической линии Российской Федерации», что отметили в своем пособии Попов Л. Л., Мигачев Ю. И. и Тихомиров С. В.².

Говоря о проблеме развития административно-правовых основ управления иностранными делами в Республике Беларусь необходимо, на наш взгляд, предложить ряд идей относительно повышения качества работы посольств и консульских учреждений Республики Беларусь. Так, анализируя Положение «О Посольстве Республики Беларусь»³ и научные работы Крамника А. Н., Бельского К. С., Попова Ю. Н., необходимо отметить, что законодательством четко не оговаривается вопрос того, какие требования должны предъявляться к кандидатам на назначение Чрезвычайных и Полномочных Послов, а также работников посольств. Полагаем, что в отношении таких претендентов должен быть предъявлен ряд требований как в области их компетенции, так и морально-психологических качеств. Хотя в то же время данная проблема существует и в законодательстве Российской Федерации. Что касается консульских учреждений, то их деятельность регулируется Консульским Уставом Республики Беларусь. Полагаем, что в данном нормативно-правовом акте остается достаточно неясным правовой статус почетного консула. На наш взгляд, отдельные консульские функции у почетного консула имеют место быть, однако их нужно конкретизировать в законодательстве точнее. Следует отметить, что важное значение для повышения эффективности работы консульских учреждений играет то, что на должность консульских служащих могут назначаться как граждане Беларуси, так и граждане государства пребывания консульского учреждения, что, на наш взгляд, является достаточно дальновидным, поскольку эти

¹ Положение «О Министерстве иностранных дел Республики Беларусь», утв. Постановлением Совета Министров Республики Беларусь, 31.07.2006, № 978, (в ред. от 28.04.2010 г. // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.pravo.by>.

² Попов Л. Л., Мигачев Ю. И., Тихомиров С. В. Административное право России: учебник / Л. Л. Попов, Ю. И. Мигачев, С. В. Тихомиров; отв. ред. Л. Л. Попов. 2-е изд. перераб. и доп. М: Проспект, 2010. С. 655.

³ Положение «О Посольстве Республики Беларусь», утв. Указом Президента Республики Беларусь, 13.07.1999, № 380, (ред. от 15.05.2008) // [Электронный ресурс]. Режим доступа: <http://www.pravo.by>.

граждане, безусловно, лучше знают культуру, экономику и законы своей страны.

Неоспоримым фактом является то, что дипломатическая служба в Республике Беларусь и за ее пределами имеет свои особенности в отличие от обычной государственной службы. Кроме того, вопрос особенностей дипломатической службы является достаточно важным, поскольку он базируется на принципах международного права и раскрывает специфические требования к государственным служащим в данной отрасли государственного управления. Поэтому во многих странах юристы отстаивают точку зрения о введении подробного закона, регулирующего особенности дипломатической службы. Такую точку зрения отстаивали А. В. Денисов и В. И. Кулешов в статье «Место дипломатической службы в системе государственной службы Российской Федерации»¹. Так, в статье отмечается, что закон о дипломатической службе смог бы дать определение основным понятиям, установить порядок организации дипломатической службы, дать четкую классификацию должностей дипломатической службы и дипломатических рангов, сформировать квалификационные требования, предъявляемые к дипломатам. Полагаем, что такой нормативно-правовой акт был бы полезен и в нашей стране, он дополнил и уточнил бы уже имеющееся Положение, регулирующее данный вопрос.

В заключение следует отметить, что система управления иностранными делами в Республике Беларусь сложилась в единую четко работающую систему. Однако, на наш взгляд, введение перечисленных в данном исследовании новшеств по совершенствованию системы управления иностранными делами, позволит сделать ее более удобной для граждан Республики Беларусь и привлекательной для стран СНГ и Евросоюза.

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРИОСТАНОВЛЕНИЕ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ КАК ВИД АДМИНИСТРАТИВНОГО НАКАЗАНИЯ

*Мичурин П. К.,
студент юридического факультета КемГУ*

Федеральным законом от 9 мая 2005 г.² существовавшая ранее система административных наказаний была дополнена новым видом наказания – административным приостановлением деятельности. Законодатель рассматривает административное приостановление деятельности как наказание наиболее строгое.

¹ Денисов А. В., Кулешов В. И. Место дипломатической службы в системе государственной службы Российской Федерации / А. В. Денисов, В. И. Кулешов // Научный вестник Уральской академии государственной службы. 2009. № 4(9).

² Федеральный закон от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ «О внесении изменений в Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях и другие законодательные акты Российской Федерации, а также о признании утратившими силу некоторых положений законодательных актов Российской Федерации» // СЗ РФ. 2005. № 19. Ст. 1752.

Административное приостановление деятельности юридических лиц и индивидуальных предпринимателей преследует цели обеспечения безопасности жизни и здоровья людей, окружающей среды, имея в виду экологическую опасность, а также борьбу с распространением наркотиков, с отмыванием доходов, полученных преступным путем, с финансированием терроризма, с другими правонарушениями, представляющими опасность для жизнедеятельности.

Административное приостановление деятельности как вид административного наказания может применяться при совершении таких правонарушений, как нарушение законодательства о труде и об охране труда (ст. 5.27 КоАП РФ); нарушение законодательства в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения (ст. 6.3 КоАП РФ); пропаганда наркотических средств, психотропных веществ или их прекурсоров (ст. 6.13 КоАП РФ); нарушение правил оборота веществ, инструментов или оборудования, используемых для изготовления наркотических средств или психотропных веществ (ст. 6.15 КоАП РФ); нарушение порядка предоставления в пользование и режима использования земельных участков и лесов в водоохраных зонах и прибрежных полосах водных объектов (ст. 8.12 КоАП РФ); нарушение требований нормативных документов в области строительства (ст. 9.4 КоАП РФ); нарушение правил производства, заготовки, перевозки, хранения, переработки, использования и реализации подкарантинной продукции (подкарантинного материала, подкарантинного груза) (ст. 10.3 КоАП РФ); нарушение правил карантина животных или других ветеринарно-санитарных правил (ст. 10.6 КоАП РФ); нарушение законодательства о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма (ст. 15.27 КоАП РФ); невыполнение в срок законного предписания (постановления, представления, решения) органа (должностного лица), осуществляющего государственный надзор (контроль) (ст. 19.5 КоАП РФ); нарушение требований пожарной безопасности (ст. 20.4 КоАП РФ).¹

Приведу пример из судебной практики:

*По делу № 5-29 в отношении ОАО «Шахта «Алексиевская» – ст.6.3 КоАП РФ.*²

Статья 6.3 КоАП РФ: нарушение законодательства в области обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения и законодательства о техническом регулировании.

При назначении наказания суд учел, что выявленные нарушения представляют реальную угрозу жизни и здоровью людей, а также то, что ранее ОАО «Шахта «Алексиевская» не привлекалось к административной ответственности.

Суд считал возможным не применять максимально предусмотренную данной статьей санкцию и ограничиться приостановлением деятельности на срок 3 суток, так как в настоящее время нарушения устранены.

¹ Административная ответственность: Учебно-практическое пособие. /Липатов Э. Г., Филатова А. В., Чаннов С. Е. Под ред. С. Е. Чаннова. М.: ВолтерсКлувер, 2010.

² Постановление от 12 октября 2010 г. № 5-29/2010. Принято Ленинск-Кузнецким районным судом (Кемеровская область).

Однако, по мнению суда, менее строгий вид административного наказания, чем административное приостановление деятельности, не сможет обеспечить достижение цели административного наказания.

Руководствуясь ст. ст. 3.12, 29.10 Кодекса РФ об АП, суд постановил:

Подвергнуть Открытое акционерное общество «Шахта «Алексиевская» д. Красноярка Ленинск-Кузнецкого района административному наказанию по ст. 6.3 Кодекса РФ об АП в виде административного приостановления деятельности: приостановить деятельность подготовительного участка забоя водосборник № 2 Открытого акционерного общества «Шахта «Алексиевская», на срок 3 суток с момента фактического приостановления деятельности, то есть с 27.09.2010 г. 16-00 часов до 30.09.2010 г. 16-00 часов.

Рассматриваемая санкция была введена законодателем также из других соображений: в санкции ст. 18.15 она представляет альтернативу административному штрафу размером до 800000 рублей за каждого принятого на работу с нарушением законодательства иностранного гражданина. В принципе на одном предприятии могут трудиться до десяти и даже более нелегалов, то есть фактически перед нами адекватная, по мысли государства, замена многомиллионному штрафу.

Административное приостановление деятельности назначается на срок до 90 суток с момента фактического прекращения деятельности организации. Изначально данная мера являлась бессрочной и применялась до полного устранения нарушений норм и правил. Это, несомненно, более соответствовало природе данной меры, повышало эффективность ее применения, так как побуждало администрацию предприятия принимать действенные меры для устранения нарушений, в то время как, в соответствии с действующим законодательством, предприятие-правонарушитель вправе возобновить деятельность после истечения срока административного приостановления деятельности даже в случае, если причина прекращения деятельности не устранена (в этом случае может быть составлен новый протокол об административном правонарушении, и могут быть применены меры обеспечения производства по делу об административном правонарушении в порядке, предусмотренном главой 27 Кодекса).

К тому же, это единственное административное наказание, которое может быть прекращено судьей досрочно по ходатайству лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, или юридического лица, если будет установлено, что обстоятельства, которые послужили основанием для назначения данного наказания, устранены.¹

Применение административного приостановления деятельности при рассмотрении дел об административных правонарушениях Федеральный закон от 9 мая 2005 г. № 45-ФЗ возложил на судей федеральных районных судов общей юрисдикции и арбитражных судей. Со временем был расширен перечень административных правонарушений, за которые могут быть назначены такого вида наказания, а также был расширен перечень субъектов административной юрис-

¹Резникова А. А. Административное приостановление деятельности – административное наказание? // Известия вузов. Правоведение., 2009, № 4.

дикции, которые будут вправе налагать административные наказания в виде административного приостановления деятельности, а равно прекращать исполнение такого наказания при устранении обстоятельств, послуживших основанием для применения такого наказания. Согласно Федеральному закону от 28 декабря 2010 г. № 421-ФЗ такое право предоставляется руководителю Ростехнадзора и руководителям территориальных органов этой Службы при применении ч. 3 ст. 9.1 Кодекса за грубое нарушение требований промышленной безопасности.¹ Административное приостановление деятельности может применяться за нарушения санитарного законодательства, ответственность за которые предусмотрена статьями 6.3-6.6, 8.2, ч. 2 ст. 8.6, ст. 10.8, ч. 2 ст. 14.4 КоАП РФ, решение по которым вправе принимать органы Роспотребнадзора.

Судья может приостановить деятельность организации или предпринимателя, только если существуют одновременно несколько обстоятельств. Первое обстоятельство – это последствия, которые могут наступить, если не приостановить деятельность. Прежде всего, это угроза жизни или здоровью людей, эпидемии, эпизоотии, заражения (засорения) подкарантинных объектов карантинными объектами. Сюда же относятся радиационная авария, техногенная катастрофа, причинение существенного вреда окружающей среде. Второе обстоятельство – за совершенное нарушение полагается наказание в виде именно административного приостановления деятельности. И третье обстоятельство – тяжесть наказания. Судья вправе приостановить деятельность, если сочтет, что менее строгий вид наказания (например, штраф) не предотвратит повторное нарушение.²

Судебная практика показывает, что судьи совершают массу ошибок при назначении наказания. В качестве примера приведу:

Из справки о практике рассмотрения мировыми судьями и районными судами Кемеровской области дел об административных правонарушениях (выдержка):³

Судья Заводского районного суда г. Новокузнецка при рассмотрении дела об административном правонарушении, предусмотренном ст. 6.3 КоАП РФ, в отношении ООО «БетонЭлитСервис», допустил оплошность. Признавая общество виновным в совершении правонарушения и назначая наказание в виде административного приостановления деятельности – запрещения эксплуатации установки по производству бетона на срок 90 суток, судья не учел, что санкция ст. 6.3 КоАП РФ наряду с административным приостановлением деятельности предусматривает возможность назначения альтернативного наказания в виде штрафа. В нарушение требований, предусмотренных п. 6 ч. 1 ст. 29.10 КоАП РФ, судья не мотивировал свой вывод о том, что менее строгий, чем приостановление деятельности, вид наказания не может обеспечить достижение цели административного наказания. Решением судьи Кемеровского

¹Ст. 3.12, «Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях» (постатейный). 7-е издание. Под общ. ред. Н. Г. Салищевой. М.: Проспект, 2011.

²СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. 1). Ст. 3430.

³Принята Кемеровским областным судом 24 марта 2010 года, п. 4-5.

областного суда постановление отменено, дело направлено на новое рассмотрение.

Из справки о практике рассмотрения судьями Ростовской области дел об административных правонарушениях, предусмотренных ч. 1 ст. 20.4 КоАП РФ¹:

Судья Шахтинского городского суда Ростовской области, признав ООО «Севтрансгаз» виновным в совершении административного правонарушения, предусмотренного ч. 1 ст. 20.4 КоАП РФ, приостановила его деятельность по эксплуатации авторезервуара для хранения сжиженного газа на 90 суток и поручила отделу государственного пожарного надзора по городу Шахты опломбировать указанный резервуар, чем нарушила прямое указание ч. 1 ст. 32.12 КоАП РФ о том, что постановление судьи об административном приостановлении деятельности исполняется судебным приставом-исполнителем.

В Постановлении Пленума ВС РФ от 10 июня 2010 г. № 13 обращено внимание на то, что в соответствии с ч. 2 ст. 29.10 КоАП РФ в постановлении по делу судья обязан решить вопрос о мероприятиях, необходимых для обеспечения его исполнения. В зависимости от конкретных обстоятельств они могут заключаться во временном прекращении эксплуатации тех агрегатов, объектов, зданий или сооружений либо во временном прекращении осуществления тех видов деятельности (работ), оказания услуг, от которых исходит угроза причинения вреда, предусмотренного в ч. 1 ст. 3.12 КоАП РФ. Однако при этом, как разъясняется в постановлении, не следует указывать конкретные меры, направленные на исполнение постановления (например, отселение граждан из жилых зданий либо их перевод в другие стационарные лечебные, социальные учреждения в случае запрета эксплуатации зданий). Дело в том, что согласно ч. 1 и 2 ст. 32.12 КоАП РФ при административном приостановлении деятельности судебные приставы-исполнители производят наложение пломб, опечатывание помещений, мест хранения товаров и иных материальных ценностей, касс, а также применяют другие меры по исполнению указанных в постановлении мероприятий. Аналогичная норма содержится в ч. 2 ст. 109 Федерального закона от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве».

Следовательно, судье надлежит отразить в постановлении по делу необходимые мероприятия для обеспечения исполнения наказания в виде приостановления деятельности, но при этом не перечислять конкретные меры, которые следует при этом применить. Единственное исключение из этого правила предусмотрено в ч. 2 ст. 29.10 КоАП РФ: в случае нарушения законодательства о противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма судья обязан решить вопрос о мерах, необходимых для приостановления операций по счетам.²

¹ Мамедов Б. О. Справка о практике рассмотрения судьями Ростовской области дел об административных правонарушениях, предусмотренных ч. 1 ст. 20.4 КоАП РФ.

² Якимов А. Ю. О применении судьями судов общей юрисдикции некоторых норм Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях // Административное право и процесс, 2005, № 3.

Подводя итог вышесказанному, отмечу, что, по мнению К. В. Цуканова¹, применение административного приостановления деятельности – это новая попытка законодателя повысить эффективность административной ответственности, направленная на уменьшение количества административных правонарушений в такой непростой сфере, как экономическая деятельность, где прежние виды административного наказания оказались недостаточно эффективными. От себя добавлю, что многие специалисты в области административного права выделяют множество примеров противоправного поведения судей при рассмотрении дела об административном правонарушении. В целях предотвращения подобной судьбы должны относиться к делам серьезно, использовать весь свой опыт и доказывать свою квалификацию.

АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ ЗАЩИТЫ ПЕРСОНАЛЬНЫХ ДАННЫХ

*Демидов А. С.,
студент юридического факультета КемГУ*

Правовое регулирование оборота персональных данных личности является одной из актуальных проблем современной правовой науки и практики. Специфика ее заключается в необходимости создания оптимального правового механизма оборота и защиты персональных данных, учитывающего в равной степени интересы государства и личности.

«Особенности оборота персональных данных в советский и постсоветский периоды истории нашего государства заключались в том, что существовала господствующая административно-правовая концепция управленческой деятельности как деятельности, основанной на безусловном приоритете публичных интересов государства над частными интересами отдельного лица. Поэтому персональные данные личности долгое время рассматривались исключительно как необходимый для осуществления государственной управленческой деятельности информационный ресурс»². В отсутствие соответствующего механизма правового регулирования возникали различные злоупотребления: дублирование полномочий государственных и иных органов в части сбора и обработки персональных данных, сбор избыточных персональных данных и т. п. О необходимости обеспечения конфиденциальности персональных данных никто даже не задумывался.

Распространение компьютерной техники серьезно усугубило проблему. Слабый контроль за использованием персональных данных и отсутствие специальных мер юридической ответственности привели к тому, что сформировался теневой рынок информационных баз данных и любой желающий может по

¹Цуканов К. В. Актуальные вопросы порядка применения административного приостановления деятельности и дисквалификации // Современное право, 2009, № 9.

²Петрыкина Н. И. Правовое регулирование оборота персональных данных. Теория и практика. М.: Статут, 2011. С. 2-3.

сходной цене приобрести для собственных (как правило, незаконных) целей базы персональных данных ГИБДД, налоговых органов и т. п.

Степень демократичности любого государства во многом определяется тем, насколько защищены в нем права и свободы отдельного индивида. Персональные данные личности являются конфиденциальной информацией, и оборот ее в демократическом государстве, коим провозгласила себя Россия, должен осуществляться в рамках жесткой правовой процедуры.

По мнению Н. И. Петрыкиной, в настоящее время по уровню правовой защиты персональных данных Россия значительно отстает от развитых западных стран, в которых соответствующее законодательство было принято на несколько десятилетий раньше. Однако стремительный темп процессов европейской интеграции и всеобщей глобализации диктует необходимость скорейшего приведения российского законодательства и практики в соответствие с международными нормами. Это делает проблему создания эффективного механизма правового регулирования оборота персональных данных особенно актуальной¹.

Демократизация всех сфер общественной жизни в России создала благоприятные условия для свободного информационного обмена, а прорывное развитие новых технологий сделало сам информационный обмен как никогда более интенсивным. Применение компьютерных технологий значительно облегчило сбор, накопление, обработку и распространение информации, в том числе и информации личного характера – персональных данных, однако одновременно с этим значительно повысило риск их утечки и несанкционированного использования. В связи с этим возникла необходимость в создании правового механизма защиты информации.

В России впервые основные права и свободы человека и гражданина, в том числе права и свободы в области информации, были закреплены в Конституции РФ 1993 г. В частности, Конституцией закреплены два основополагающих принципа: право на неприкосновенность частной жизни, личную и семейную тайну, защиту своей чести и доброго имени, право на тайну переписки, телефонных переговоров, почтовых телеграфных и иных сообщений; и право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию. При этом сбор, хранение, использование информации о частной жизни лица без его согласия согласно Конституции не допускаются.

Первый шаг в создании комплексного правового регулирования института персональных данных личности был сделан путем ратификации Россией Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных (Страсбург, 28 января 1981 г.) (далее – Конвенция).

«Основной целью Конвенции является обеспечение на территории государства, подписавшего Конвенцию, уважения прав и основных свобод каждого человека независимо от его гражданства или места жительства, создание правовых основ обеспечения прав и свобод граждан, и в первую очередь права на неприкосновенность личной сферы в связи с автоматической обработкой пер-

¹ Там же.

сональных данных. Конвенция о защите физических лиц послужила отправной точкой для разработки российского Закона о персональных данных»¹.

К моменту подготовки российского законопроекта в странах ЕС уже давно действовали соответствующие законы и был накоплен определенный нормотворческий опыт, который частично был учтен российскими законодателями.

В результате был принят Федеральный закон от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных», вступивший в силу 26 января 2007 г.

В соответствии со статьей 23 Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» (далее — Федеральный закон № 152-ФЗ) уполномоченным органом по защите прав субъектов персональных данных, на который возлагается обеспечение контроля и надзора за соответствием обработки персональных данных требованиям настоящего Федерального закона, является федеральный орган исполнительной власти, осуществляющий функции по контролю и надзору в сфере информационных технологий и связи.

В настоящее время Уполномоченным органом является Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор). В соответствии с Положением о Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций, утвержденным постановлением Правительством РФ от 16.03.2009 № 228, Роскомнадзор осуществляет функции по контролю и надзору в сфере средств массовой информации, в том числе электронных, и массовых коммуникаций, информационных технологий и связи, функции по контролю и надзору за соответствием обработки персональных данных требованиям законодательства Российской Федерации в области персональных данных, а также функции по организации деятельности радиочастотной службы.

Роскомнадзор осуществляет свою деятельность непосредственно и через свои территориальные органы во взаимодействии с другими федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ, органами местного самоуправления, общественными объединениями и иными организациями.

Директива 95/46/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского союза от 24 октября 1995 г. «О защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных» также содержит нормы, подразумевающие создание органа надзора. При выполнении возложенных на них обязанностей указанные органы должны действовать в условиях полной независимости².

Права Роскомнадзора прописаны в ст. 23 Федерального закона № 152-ФЗ, в том числе право:

- требовать от оператора уточнения, блокирования или уничтожения не достоверных или полученных незаконным путем персональных данных;

¹ Сборник документов Совета Европы в области защиты прав человека и борьбы с преступностью. М., 1998.

² Комментарий к Федеральному закону от 27.07.2006 № 152-ФЗ «О персональных данных» (постатейный) (Кухаренко Т.А.), 2011, СПС Консультант плюс. С.63.

- принимать в установленном законодательством РФ порядке меры по приостановлению или прекращению обработки персональных данных, осуществляемой с нарушением требований Федерального закона № 152-ФЗ;
- направлять в органы прокуратуры, другие правоохранительные органы материалы для решения вопроса о возбуждении уголовных дел по признакам преступлений, связанных с нарушением прав субъектов персональных данных, в соответствии с подведомственностью;
- привлекать к административной ответственности лиц, виновных в нарушении Федерального закона № 152-ФЗ.

Кроме этого, Роскомнадзор ведет реестр операторов персональных данных.

Одной из основных функций Роскомнадзора является рассмотрение обращений субъектов ПД о соответствии содержания ПД и способов обработки их целям. В результате рассмотрения таких обращений Роскомнадзор принимает соответствующее решение.

Данная норма права является развитием нормы, содержащейся в Директиве 95/46/ЕС Европейского Парламента и Совета Европейского союза от 24 октября 1995 г. «О защите прав частных лиц применительно к обработке персональных данных и о свободном движении таких данных», согласно которой каждый орган надзора обязан рассматривать жалобы, поданные любым лицом или представляющей это лицо ассоциацией касательно защиты его прав и свобод в отношении обработки ПД. Заинтересованное лицо должно быть проинформировано о результатах рассмотрения жалобы.¹

К персональным данным российское законодательство причисляет любую информацию, относящуюся к определенному (или определяемому на основании такой информации) физическому лицу – субъекту персональных данных, в том числе его фамилию, имя, отчество, год, месяц, дату и место рождения, адрес, семейное, социальное, имущественное положение, образование, профессию, доходы. Перечень персональных данных не является исчерпывающим: он может включать любую другую информацию, позволяющую идентифицировать личность человека.

В силу Федерального закона № 152-ФЗ оператор, получивший доступ к персональным данным, должен обеспечить их сохранность и предотвратить несанкционированный доступ к информации. Для этого он обязан принимать необходимые правовые, организационные и технические меры для защиты персональных данных от неправомерного или случайного доступа к ним, уничтожения, изменения, блокирования, копирования, предоставления, распространения персональных данных, а также от иных неправомерных действий в отношении персональных данных.

Поскольку Федеральным законом № 152-ФЗ установлены определенные обязанности оператора по обеспечению сохранности и предотвращению несанкционированного доступа к персональным данным, это и является объектом проверок, проводимых уполномоченным органом — Роскомнадзором.

¹ Там же. С. 65.

По информации, размещенной на сайте Роскомнадзора, в 2010 г. в отношении операторов, осуществляющих обработку персональных данных, проведены 804 плановых проверки и 449 внеплановых проверок.¹ Проверки, проводившиеся уполномоченным органом, показали, что во многих организациях существуют условия для нарушения требований конфиденциальности в части отсутствия утвержденного перечня лиц, имеющих доступ к базам данных, внутренних документов, регламентирующих режим и порядок доступа к информационным системам. Среди нарушителей, в том числе, органы государственной власти.

В своих жалобах субъекты персональных данных обращались в уполномоченный орган по следующим нарушениям:

- отсутствие согласия на обработку их персональных данных;
- неправомерная передача информации третьим лицам;
- нарушение требований конфиденциальности персональных данных при их обработке (опубликование персональных данных в СМИ, размещение информации, содержащей персональные данные, в общественных местах, на интернет-сайтах и т. п.).

Информация из практики деятельности Роскомнадзора.

Московская полиция сообщила о задержании преступной группы, которая через сотрудников коммерческих медицинских учреждений получала доступ к базам данных с персональными данными пациентов. В частности, их интересовали люди, приобретавшие БАДы. Затем участники ОПГ обзванивали пожилых людей, представлялись сотрудниками судов РФ, Генеральной прокуратуры, Роспотребнадзора и Сбербанка России, рассказывая, что задержаны преступники, продававшие некачественные БАДы, а всем пострадавшим, якобы, выделена компенсация из бюджета РФ.

Чтобы ее получить, злоумышленники предлагали пенсионерам оплатить 10-15 % от суммы выплаты в качестве «страховых взносов, налоговых выплат или расходов, связанных с инкассацией денежных средств пострадавшему». Деньги переводили на лицевые счета банковских карт различных банков или с помощью других систем переводов. ОПГ просуществовала два года. Доход от преступной деятельности превысил 100 млн рублей. По предварительным данным, пострадали более 1 тыс. человек, хотя сыщики считают, что жертв намного больше.

Роскомнадзор ищет клиники, передавшие мошенникам персональные данные.

После получения информации Роскомнадзор – как уполномоченный орган по защите прав субъектов персональных данных – обещает провести проверку с целью установления и привлечения к ответственности организаций, допустивших незаконное распространение персональных данных.

Распространенная практика, когда управляющие компании и тепло-, энергоснабжающие компании вывешивают в подъезде или на доске объявлений во дворе жилого дома списки должников с фамилиями, номерами квартир,

¹ Публичный доклад за 2010 год//Internet.-<http://www.rsoc.ru>.

суммами долга. Это как раз и есть нарушение обработки персональных данных. За аналогичные нарушения организации привлекались за эти нарушения к административной ответственности. По закону данные компании должны вывешивать не фамилии на стену позора, а персонально извещать должников и уведомлять каждого из них о задолженности. Поток навязчивых SMS-сообщений на мобильные телефоны и прочая рассылка не по адресу – тоже результат незаконной обработки персональных данных. Самый яркий пример такого нарушения: продажа дисков с различными базами данных – и с госномерах автотранспорта, и с адресами и телефонами.

Федеральная служба по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор) добилась закрытия сайта zhiltsy.net, на котором была опубликована база с персональными данными части абонентов оператора МТС.

База данных телефонов появилась в Сети в октябре 2011 г. В результате утечки пользователям интернета стали доступны более 1,6 миллиона телефонов в кодах 917 и 911, принадлежащих жителям и юридическим лицам Башкирии и Санкт-Петербурга. В опубликованной базе указаны имена, фамилии и отчества частных абонентов, а у некоторых – адрес проживания и иногда паспортные данные.¹

Согласно ст. 24 Федерального закона № 152-ФЗ лица, виновные в нарушении требований закона, несут гражданскую, уголовную, административную, дисциплинарную и иную предусмотренную законодательством РФ ответственность.

Дисциплинарная ответственность предусмотрена Трудовым Кодексом Российской Федерации. В частности, пп. «в» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ допускает расторжение трудового договора с работником, разгласившим охраняемую законом тайну (государственную, коммерческую, служебную, а также персональные данные сотрудника), ставшую известной работнику в связи с исполнением им трудовых обязанностей.

Согласно ст. 13.11 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях нарушение установленного законом порядка сбора, хранения, использования или распространения информации о гражданах (персональных данных) влечет предупреждение или наложение административного штрафа: на граждан в размере от 300 до 500 руб.; на должностных лиц – от 500 до 1000 руб.; на юридических лиц – от 5000 до 10 000 руб.

В соответствии с ч. 2 ст. 137 Уголовного кодекса Российской Федерации незаконное соби́рание 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 средствах массовой информации, совершенные лицом с использованием своего служебного положения, наказываются штрафом в размере от 100 000 до 300 000 руб. или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от одного года до двух лет, либо лишением пра-

¹ Портал персональных данных. Пресс-служба // Internet. -<http://www.rsoc.ru>.

ва занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок от двух до пяти лет, либо арестом на срок от четырех до шести месяцев, либо лишением свободы на срок от одного года до четырех лет с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью на срок до пяти лет.

К ВОПРОСУ О ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ ЗАКРЕПЛЕНИИ ГАРАНТИЙ БЕЗОПАСНОСТИ АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

*Калина О. Л.,
УО «ВГУ им. П.М.Машерова»*

Адвокатура, которая на протяжении всей истории существования выполняла свое главное предназначение – защиту прав и законных интересов, тем самым, содействуя осуществлению правосудия, соблюдению требований законности, наконец, подошла к периоду ее глубокого реформирования. В профессиональной деятельности адвокатов имеется немало нерешенных до настоящего времени проблем, которые мешают эффективному функционированию института адвокатуры.

По нашему мнению, наиболее острым вопросом является закрепление гарантий адвокатской деятельности, так как совокупность имеющихся в настоящее время в Республике Беларусь гарантий не позволяет в полной мере обеспечить необходимую безопасность профессиональной деятельности адвоката. Существенных изменений по этой проблеме не вносит и новый закон «Об адвокатуре и адвокатской деятельности в Республике Беларусь». Адвокат является практически единственным участником уголовного процесса, по отношению к которому отсутствуют процессуальные гарантии безопасности профессиональной деятельности. Остальные же участники уголовного процесса имеют гарантии безопасности, которые предусмотрены в соответствующих нормативных правовых актах.

В настоящее время Главой государства поставлен ряд серьезных задач по совершенствованию деятельности органов юстиции. В их числе и то, что Министерству юстиции следует поднять на новый уровень качество подготавливаемых проектов нормативных правовых актов. Во многом это зависит от высокого уровня взаимодействия Министерства с иными государственными органами и организациями. Сегодня уровень этого взаимодействия явно недостаточен. Довольно часто Министерство юстиции и Национальный центр законодательства и правовых исследований имеют разные точки зрения по содержанию разрабатываемых законопроектов. Такого быть не должно. Единая правовая позиция по законопроекту должна быть сформирована до внесения его в Парламент.

Статья 62 Конституции Республики Беларусь гарантирует каждому право на юридическую помощь для осуществления и защиты прав и свобод, в том числе права пользоваться в любой момент помощью адвокатов и других своих представителей в суде, иных государственных органах, органах местного

управления, на предприятиях, организациях, общественных объединениях, а также в отношениях с должностными лицами и гражданами. В случаях, предусмотренных законом, юридическая помощь оказывается за счет государственных средств. Противодействие оказанию правовой помощи запрещается.

Адвокатура в Республике Беларусь представляет собой правовой институт, призванный осуществлять профессиональную правозащитную деятельность, оказывать квалифицированную юридическую помощь гражданам и юридическим лицам. Адвокаты участвуют в разъяснении законодательства и правовом воспитании населения. Всею деятельностью адвокатура служит принципам законности, справедливости и гуманизма.

Адвокатура – это институт общества, который препятствует торжеству публичного интереса в ущерб частному. Благодаря наличию адвокатуры достигается необходимый баланс, который защищает личность от необоснованного ущемления прав и свобод и вместе с тем не подрывает общего блага, являющегося условием существования общества и государства.

Природа адвокатуры настоятельно требует установления на законодательном уровне реальных гарантий её самоуправления, а также недопустимости вмешательства как в дела адвокатуры в целом, так и в деятельность каждого адвоката. Чтобы эффективно реализовать конституционное право на юридическую помощь, право на доступ к правосудию, а также устранить недостатки в правовом регулировании адвокатской профессии и организации адвокатуры, существенно затрудняющих работу адвокатов и не способствующих поддержанию надлежащего социального статуса и престижа профессии адвоката, белорусскую адвокатуру необходимо модернизировать.

Адвокатура, которая на протяжении всей истории существования выполняла свое главное предназначение – защиту прав и законных интересов, тем самым, содействуя осуществлению правосудия, соблюдению требований законности, наконец, подошла к периоду ее глубокого реформирования. В профессиональной деятельности адвокатов имеется немало нерешенных до настоящего времени проблем, которые мешают эффективному функционированию института адвокатуры.

Несомненно, что для совершенствования деятельности адвокатуры сделано немало, тем не менее, еще не все вопросы решены. В настоящее время особый интерес для совершенствования законодательства об адвокатуре в Республике Беларусь, на наш взгляд, представляют следующие предложения:

1. Согласно ст. 1 Закона «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» адвокатура в Республике Беларусь представляет собой независимый правовой институт, призванный в соответствии с Конституцией Республики Беларусь осуществлять профессиональную правозащитную деятельность. На наш взгляд, уместнее было бы использовать определение, употребляющее столь важное понятие как гражданское общество, которое непосредственно будет ориентировать государство на удовлетворение интересов людей. Рассматривая адвокатуру как институт гражданского общества, можно было бы утверждать, что адвокатура – это не государственная организация, не орган

государственной власти, а одна из составляющих системы современных негосударственных институтов гражданского общества.

2. Рассмотрение возможности введения такой альтернативной организационной формы деятельности адвокатуры, как адвокатская фирма и, соответственно, наделение ее такими же правами, какими наделены ныне действующие фирмы.
3. Введение обязательной специализации по виду деятельности: уголовной, гражданской, административной и международной (с введением экзамена на знание языка для осуществления квалифицированного представительства в международных организациях, в том числе и международном суде).
4. Создание бюджетных адвокатур для обеспечения квалифицированной юридической помощи лицам, не имеющим возможности получить такую помощь на платной основе. В Республике Беларусь также можно было бы создать при судах специальные обособленные структуры, состоящие из юристов, которые занимались бы исключительно оказанием бесплатной юридической помощи. Существовать такие структуры могли бы частично на средства бюджета, а частично на средства, отчисляемые всеми частнопрактикующими юристами.
5. Введение квалификационных классов для лиц, на которых законом возложена обязанность оказания квалифицированной юридической помощи.
6. При лицензировании адвокатской деятельности оптимальным стало бы, как представляется, наделение правом приостановления и аннулирования такой лицензии в случаях, предусмотренных законом, например, судебной властью, которая располагает всеми возможностями для принятия по этим вопросам законных и обоснованных решений. Необходимо, чтобы именно квалификационная комиссия была вправе по результатам устного собеседования, учитывая характеристику претендента, принять соответствующее решение. Экзамен же должен быть проверкой пригодности к адвокатской деятельности, наличия знаний и навыков, необходимых именно для профессии адвоката, уяснения правил и принципов адвокатской этики.

Одним из важнейших субъектов уголовно-процессуальной деятельности является адвокат – лицо, осуществляющее защиту прав и законных интересов лиц путем оказания квалифицированной юридической помощи. И. Я. Фойницкий говорил относительно роли адвокатуры в обществе следующее: «Институт адвокатуры имеет огромную важность не только для интересов сторон, но и для общих интересов надлежащего отправления правосудия, т. к. она является неременной и лучшей помощницей суда. Стеснение адвокатской деятельности уменьшает вероятность правильного судебного решения, а отсутствие ее порождает величайшее неравенство перед судом сторон, из которых одна опытна в судебном производстве, а другая такой опытности не имеет. Пороки, адвокатуру разъедающие, оказывают влияние на судебную деятельность и на сам суд».

Однако самым главным нововведением в настоящее время видится законодательное закрепление гарантий адвокатской деятельности.

Адвокат в процессе оказания юридической помощи постоянно находится во взаимодействии с различными участниками процесса, защищающими свои или представляемые интересы, а также государственными органами и должностными лицами. Однако зачастую это взаимодействие может обернуться адвокату ситуацией, когда на него оказывается физическое или психическое давление. Для того чтобы адвокат мог свободно осуществлять защиту прав, государство должно законодательно закрепить гарантии независимости, включая гарантии личной безопасности. Сущность адвокатуры настоятельно требует установления на законодательном уровне реальных гарантий её самоуправления, а также недопустимости вмешательства как в дела адвокатуры в целом, так и в деятельность каждого адвоката. Адвокаты должны рассматриваться как равноправные участники судопроизводства, содействующие осуществлению правосудия, вынесению законных, обоснованных и справедливых судебных решений.

Важно определиться с приоритетами в их последовательном решении. Основной акцент при этом следует делать на интересах клиента, поскольку права и гарантии адвокатам нужны не ради их собственных прав и гарантий, а ради достойной профессиональной работы в интересах своего клиента. Так сложилось, что адвокат априори воспринимается и в обществе, и представителями правовой системы как лицо, заведомо предвзятое в пользу своего клиента. Между тем адвокат – это нейтральный посредник, обремененный определенными этическими стандартами, который профессионально может помочь не только своему клиенту, но и процессу правосудия. Адвокат обращает внимание суда на существенные вопросы, которые необходимо учесть для полного и правильного выяснения обстоятельств дела, для их правильной правовой оценки, содействуя, таким образом, установлению истины по делу.

Для обеспечения деятельности и эффективного исполнения обязанностей адвоката государство должно гарантировать адвокатскую неприкосновенность. Адвокатская неприкосновенность в соответствии с международным правом – это комплекс мероприятий в виде организационных и правовых гарантий правозащитной деятельности адвоката в целях обеспечения юридической помощи населению, что является обеспечением одного из основных прав человека – права на защиту.

В статье 8 Конституции Республики Беларусь сказано: «Республика Беларусь признает приоритет общепризнанных принципов международного права и обеспечивает соответствие им законодательства». Соответственно, при обеспечении гарантий независимости адвокатов Республике Беларусь следует учитывать международные рекомендации в этой области.

То есть Республике Беларусь как члену-учредителю ООН для установления гарантий адвокатской неприкосновенности необходимо основывать свое законодательство на следующих международных документах:

1. п. 16 Основных принципов, касающихся роли адвокатов, принятых 27 августа – 7 сентября 1990 г. Восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, где сказано, что правительства обеспечивают, чтобы адвокаты могли выполнять все свои профессиональ-

ные обязанности в обстановке, свободной от угроз, препятствий, запугивания или неоправданного вмешательства. В них говорится, что правительства стран должны обеспечить адвокатам следующее:

- возможность исполнить все их профессиональные обязанности без запугивания, препятствий, беспокойства и неуместного вмешательства;
- возможность свободно передвигаться и консультировать клиента в своей стране и за границей;
- невозможность наказания или угрозы такового и обвинения, административных, экономических и других санкций за любые действия, осуществляемые в соответствии с признанными профессиональными обязанностями, стандартами и этическими нормами;
- там, где безопасность адвокатов находится под угрозой в связи с исполнением профессиональных обязанностей, они должны быть адекватно защищены властями;
- адвокаты не должны идентифицироваться с их клиентами и делами клиентов в связи с исполнением их профессиональных обязанностей;
- суд или административный орган не должны отказывать в признании права адвоката, имеющего допуск к практике, представлять интересы своего клиента, если этот адвокат не был дисквалифицирован в соответствии с национальным правом и практикой его применения;
- адвокат должен обладать уголовным и гражданским иммунитетом от преследований за относящиеся к делу заявления, сделанные в письменной или устной форме, при добросовестном исполнении своего долга и осуществлении профессиональных обязанностей в суде, трибунале или другом юридическом административном органе;
- обязанностью компетентных властей является обеспечение адвокату возможности своевременного ознакомления с информацией, документами и материалами дела, а в уголовном процессе – не позднее окончания расследования и досудебного рассмотрения дела.

Эти положения признаны международным сообществом, и любая страна, считающая себя правовым государством, должна привести свое законодательство в соответствие с перечисленными нормами.

2. Рекомендации Комитета министров Совета Европы о свободе осуществления профессии адвоката от 25 октября 2000 г. № R(2000)21;

3. Общие принципы для сообщества юристов, принятые Международной организацией юристов 20 сентября 2006 г. и другие международные акты.

Большую опасность представляет воздействие профессиональных участников уголовного процесса, обладающих публичной властью. В качестве таких лиц рассматриваются две основные категории, действующие на обеих стадиях уголовного процесса, – на стадии досудебного производства и стадии судебного разбирательства.

На стадии предварительного расследования такими субъектами могут являться следователь (дознатель) и оперативный работник, осуществляющие уголовное преследование в отношении подзащитного. Адвокат, препятствующий

щий проведению явно незаконных действий или применению явно незаконных методов, зачастую рассматривается как лицо, препятствующее достижению самых различных интересов, в том числе и противоправного характера. В отношении такого адвоката подобное должностное лицо, обладающее широким арсеналом властных процессуальных, тактических и технических средств, может совершать различные действия, связанные с оказанием психологического и даже физического воздействия. Например, осуществляя оперативно-розыскные мероприятия в ходе встреч адвоката и подзащитного в камерах для свиданий, представители правоохранительного органа получают самую разнообразную информацию, субъективная оценка и использование которой может привести к достаточно серьезным последствиям.

По меньшей мере, адвокат может быть приглашен в орган, осуществляющий предварительное расследование или оперативное сопровождение этой деятельности, для дачи объяснений по фактам, которые стали известны ему в ходе оказания юридической помощи его подзащитному. Адвокат, имеющий стаж работы, может быть подвержен компрометации по отдельным фактам оказания юридической помощи иным лицам, в частности тем, которые остались неудовлетворенными принятыми решениями по их уголовным или гражданским делам. Адвокат может быть скомпрометирован отдельными фактами из своей биографии, личной жизни, жизни его близких лиц и родственников и т. д. В отдельных случаях в соответствующую коллегия адвокатов могут быть направлены различные документы, содержащие объективную оценку действий адвоката по пресечению незаконных мероприятий в отношении его доверителя. Отстранение адвоката от участия в уголовном деле возможно и путем совершения иных действий, в том числе через опосредованное воздействие на доверителя.

Наиболее опасный способ воздействия на адвоката, принявшего на себя оказание юридической помощи одного из участников уголовного процесс – это угроза возбуждения в отношении адвоката уголовного дела. При этом уголовное дело в отношении адвоката может возбудить любой орган, осуществляющий уголовное преследование, на любом структурном уровне. Адвокат является практически единственным участником уголовного процесса, по отношению к которому отсутствуют процессуальные гарантии безопасности профессиональной деятельности. Все иные участники уголовного процесса находятся под защитой государства, имеют гарантии безопасности и социальные гарантии, предусмотренные Кодексом о судоустройстве и статусе судей, Законом о прокуратуре Республики Беларусь, Законом об органах внутренних дел Республики Беларусь и т. д.

Совокупность имеющихся в настоящее время в Республике Беларусь гарантий не позволяет в полной мере обеспечить необходимую безопасность профессиональной деятельности адвоката. Адвокат является практически единственным участником уголовного процесса, по отношению к которому отсутствуют процессуальные гарантии безопасности профессиональной деятельности. Остальные же участники уголовного процесса имеют гарантии безопасности, которые предусмотрены в соответствующих нормативных правовых актах.

Поэтому для обеспечения реальных гарантий профессиональной деятельности адвокатов в Республике Беларусь, с учетом международных документов, необходимо установить гарантии адвокатской деятельности путем внесения изменений и дополнений в уголовно-процессуальное, административное, уголовное законодательство, а также в законодательство об адвокатуре, а именно:

1. Положения о применении к адвокату и членам его семьи мер безопасности в случае наличия угрозы убийством, применения насилия, уничтожения или повреждения их имущества либо иных опасных противоправных деяний, а также внесение адвокатов в число лиц, обладающих процессуальными гарантиями при исполнении своей профессиональной деятельности, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовному делу.

Включение защитника в число лиц, подлежащих особому производству по уголовному делу, путем внесения изменений в главу 49 «Производство по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц» Уголовно-процессуального Кодекса Республики Беларусь, позволит рассматривать защитника наравне с некоторыми должностными лицами государства.

Включение данных норм в УПК поставит адвоката в число должностных лиц, обладающих определенным объемом неприкосновенности, в особое положение перед законом и судом в силу осуществления ими особых функций, требующих дополнительных гарантий, способствующих самостоятельному и независимому осуществлению возложенных на них обязанностей.

Защитники будут иметь ряд преимуществ при решении вопроса о возбуждении в отношении них уголовного преследования, об избрании меры пресечения, о производстве оперативно-розыскных и следственных действий, а также при применении иных мер. Эти преимущества различны для разных указанных категорий лиц. Особый порядок направлен на создание системы гарантии их деятельности. Он конкретизирует положения законодательства, регламентирующего правомочия, функции и меры защиты неприкосновенности лиц, обладающих процессуальным иммунитетом.

Внесение адвоката в число лиц, обладающих особым статусом, является важнейшим условием для реформирования судебной системы, значительным и существенным фактором для построения правового государства, в котором права и законные интересы граждан являются высшей ценностью.

В законе также следует предусмотреть и исключение проверки деятельности адвоката, а также допросов адвокатов сотрудниками правоохранительных органов в качестве свидетеля по обстоятельствам, ставшим ему известными при оказании юридической помощи клиенту. Такие действия, несомненно, затрудняют работу адвоката и являются нарушением прав граждан на получение квалифицированной юридической помощи.

2. Законом «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» предусмотрено право адвоката запрашивать справки, характеристики и иные документы, необходимые в связи с оказанием юридической помощи, из государственных, частных, общественных и иных организаций и объединений, которые обязаны в установленном порядке выдавать эти документы или их копии.

Чтобы избежать случаев, когда запросы адвокатов о предоставлении той или иной информации в различных организациях остаются без ответов, следует в Кодексе об административных правонарушениях Республики Беларусь закрепить ответственность соответствующих должностных лиц за невыполнение ими обязанности выдавать адвокату запрошенные им для оказания юридической помощи документы или их заверенные копии («адвокатский запрос»), путем внесения дополнений в главу 23 «Административные правонарушения против порядка управления». За это правонарушение, которое в той или иной мере можно рассматривать как противодействие адвокатской деятельности, целесообразно было бы применить такие меры административного взыскания, как штраф.

3. Для реального осуществления всех перечисленных выше предложений нужно на законодательном уровне исключить и всякую возможность противодействия адвокату в оказании юридической помощи, так как это оставляет безнаказанными тех, кто проводит акты устрашения и насилия в отношении представителей адвокатской профессии.

Для этого в Уголовном Кодексе Республики Беларусь необходимо закрепить ответственность должностных лиц за вмешательство и препятствование законной профессиональной деятельности адвоката, путем внесения дополнений в главу 23 «Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина». За это преступление можно было бы предусмотреть такие виды наказания как штраф, или лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, или ограничение свободы на срок до трех лет, или лишение свободы на тот же срок.

Бремя доказывания незаконности адвокатской деятельности должно лежать не на самом адвокате, а на лице, нарушающем его независимость, например, суде, прокуратуре или ином правоохранительном органе.

Под вмешательством в данном случае должно пониматься: нарушение адвокатской тайны, нарушение установленного законом порядка процессуальной деятельности адвоката или процессуальных действий, совершаемых с участием адвоката, и иные нарушения порядка реализации статуса адвоката, установленного как настоящим Законом, так и отраслевым процессуальным законодательством.

Под препятствованием осуществлению адвокатской деятельности понимаются еще более грубые и незаконные действия виновного лица, выражающиеся в неприглашении адвоката к участию в процессуальных действиях, незаконный отказ от участия в них, физическое задержание адвоката, не позволяющее ему совершать намеченные процессуальные действия, наконец, незаконная изоляция адвоката от общества и лишение его свободы передвижения, не основанное на законе.

Анализ действий или бездействия какого-либо лица по отношению к деятельности адвокатов должен осуществляться применительно к конкретной ситуации исходя из последствий, которые могут наступить у адвоката или его доверителя в связи с указанными действиями (бездействием).

Таким образом, предложенные меры помогут обеспечить еще более эффективное исполнение адвокатом своих профессиональных обязанностей.

К ВОПРОСУ ОБ АДМИНИСТРАТИВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА КОРРУПЦИОННЫЕ ПРАВОНАРУШЕНИЯ

*Дерябина Е. В.,
УО «ВГУ им. П. М. Машерова»*

Важнейшей основой функционирования государства является единое правовое пространство, которое обеспечивается верховенством закона. Процессы развития современного белорусского законодательства нередко сталкиваются с проблемами, являющимися актуальными для правовой сферы деятельности Республики Беларусь на протяжении многих лет.

С момента первой кодификации административно-деликтного законодательства (1980-1985 гг.) произошли существенные изменения в системе белорусского общества. Они потребовали проведения значительных законодательных работ, направленных на упорядочение правовых норм, не отвечавших новым задачам общественного развития. Многочисленные корректировки, вносимые законодателем в нормы Кодекса об административных правонарушениях, не смогли в полной мере обеспечить его соответствие конституционным принципам и социально-экономическим преобразованиям. Это послужило одной из предпосылок последней реформы белорусского административно-деликтного законодательства и его новой кодификации.

Вступление 1 марта 2007 г. в силу Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях и Процессуально-исполнительного Кодекса Республики Беларусь об административных правонарушениях явилось началом формирования административно-деликтного законодательства, базирующегося на новых правовых принципах и подходах.

Вместе с тем, первый этап реформы не решил всех законотворческих задач, и требуется дальнейшее продвижение в направлении совершенствования административно-деликтного законодательства. В этой связи необходимо и развитие правовых концепций в области правового регулирования ответственности за административные правонарушения.

Цель исследования заключается в анализе законодательства Республики Беларусь об административных правонарушениях и выработке соответствующих положений по его совершенствованию.

Методологическую основу исследования составляют всеобщий, общие и частные методы познания: диалектический, анализа и синтеза, сравнительно-правовой, структурно-правовой, историко-правовой и др.

Одним из важных направлений политики любого государства, уважающего права и интересы граждан и ставящего целью их защиту, является борьба с коррупцией. Оценивая ее как чрезвычайно негативное явление, угрожающее верховенству закона, демократии и правам человека, подрывающее принципы

надлежащего государственного управления, равенства и социальной справедливости, государства объединяют свои усилия, направленные на активное противодействие коррупции.

Коррупция представляет собой социальный феномен, не имеющий однозначного понимания и интерпретации в общественном сознании. В обществе нет консенсуса по поводу коррупции. Эмоциональная, нравственная и правовая оценка явлений коррупции предельно многозначны, границы морального – аморального, законного – незаконного, осуждаемого – принимаемого в значительной мере размыты. Известно, что латинское слово *corrupture* означает порчу, уничтожение, подкуп, задабривание подарками, соращение.

Современная коррупция – это не элементарный уголовно-правовой феномен, который можно было бы квалифицировать конкретной нормой уголовного кодекса как отдельный состав преступления. Коррупцию следует рассматривать как криминологическое, социально-экономическое явление, обладающее многоструктурным и многоуровневым содержанием, в содержательный объем которого входит комплекс неоднородных видов общественно опасных деяний. Можно с уверенностью сказать, что коррупция распространяется во всех сферах общественной жизни.

На современном этапе формирования и становление Республики Беларусь как независимого, демократического и правового государства коррупция представляет собой особенно опасное явление. Она подрывает авторитет демократических институтов государства, тормозит ход экономических реформ. Кроме того коррупция нарушает законные права и интересы граждан, отрицательно влияет на правовое и моральное состояние общества.

Проблема борьбы с коррупцией требует особого внимания со стороны государства и является одним из важных направлений политики любого государства, уважающего права и интересы граждан и ставящего целью их защиту. Ее можно оценить, как чрезвычайно опасное явление, угрожающее верховенству закона, демократии и правам человека. Коррупция порождает такие негативные последствия, как социальное неравенство, вызывает недоверие населения государственной власти и её институтам. Борьба с коррупцией носит международный характер.

Бескомпромиссная и решительная борьба с коррупцией является центральным звеном внутренней политики нашего государства. В Концепции национальной безопасности Республики Беларусь, утвержденной Указом Президента Республики Беларусь от 9 ноября 2010 г., в частности, отмечается, что одним из основных национальных интересов в политической сфере является эффективное противодействие коррупции, а также одной из потенциально или реально существующей угрозой национальной безопасности является рост преступных и иных противоправных посягательств против личности и собственности, коррупционные проявления.

Законодательство о борьбе с коррупцией в Республики Беларусь основывается на Конституции Республики Беларусь и включает в себя Закон «О борьбе с коррупцией» и иные акты законодательства Республики Беларусь, а также международные договоры Республики Беларусь.

Основной проблемой является установление конкретной ответственности за совершение конкретных коррупционных правонарушений. Этой проблемы Закон «О борьбе с коррупцией» не разрешил. Так же, как и во многих других законодательных актах, в статье 2 указанного закона содержится лишь стандартное декларативное положение – ответственность за правонарушения, создающие условия для коррупции, и коррупционные правонарушения устанавливается Кодексом Республики Беларусь об административных правонарушениях (далее КоАП Республики Беларусь), Уголовным кодексом Республики Беларусь (далее УК Республики Беларусь) и иными законодательными актами Республики Беларусь.

Действующее законодательство Республики Беларусь предусматривает лишь уголовную ответственность за совершение отдельных коррупционных деяний, в частности за взяточничество, не определяя необходимые правовые основы для предупреждения, выявления и прекращения негативных последствий. Лица, совершившие коррупционные деяния, не всегда могут привлекаться к уголовной ответственности. Для этого должно быть определенное основание, которое в уголовном праве называется основанием уголовной ответственности, т. е. состав преступления. Кроме того, уголовная ответственность – это самый строгий вид ответственности, поэтому применяется она должна как крайняя мера.

Что касается уголовной ответственности, действительно, многие статьи УК Республики Беларусь вполне применимы для борьбы с коррупцией. Так, статьи 430, 431, 432, 433 и другие статьи УК Республики Беларусь предусматривают уголовную ответственность за получение взятки, дачу взятки, посредничество во взяточничестве, принятие незаконного вознаграждения и т. д. При этом, чем большую общественную опасность представляет собой деяние, тем строже и определеннее должны быть санкции за его совершение.

Необходимо подчеркнуть, что не следует говорить об ужесточении наказания, а следует делать акцент на его неотвратимости и реальности. В этих условиях законодательство должно быть тем инструментом, который может нейтрализовать или пресечь коррупционные проявления на стадиях, когда они еще не приобрели признаков соответствующих составов оконченных преступлений, а также, когда имеющиеся признаки должностных преступлений очевидны и в силу своей относительно невысокой степени общественной опасности позволяют не прибегать к мерам уголовной ответственности и связанным с ними сложным и громоздким процессом расследования и судебного разрешения дел.

В связи с этим необходимо нормативно урегулировать меры воздействия, которые могут быть применены за проступки, не содержащие общественной опасности, характерной для преступлений, а именно: мер административного воздействия. Такие меры эффективней, чем уголовная ответственность, поскольку их применение сопряжено с более простой процедурой; не требуют значительных материальных затрат со стороны государства и усилий его правоохранительных органов. Для этого есть объективные и субъективные причины, что подтверждается правоприменительной практикой.

На основании изложенного, считаем возможным предложить следующий проект Закона Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях».

Статья 1. Внести в Кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях следующие изменения:

1) статью 1.3. дополнить термином следующего содержания:

«Коррупционный проступок (коррупционное правонарушение) – установленное в надлежащем порядке и содержащее признаки коррупции деяние, действие или бездействие должностного лица, за которое нормативным правовым актом установлена административная ответственность»;

2) часть 1 статьи 6.2. дополнить пунктом 10 следующего содержания:

«4) дисквалификация»;

3) часть 3 статьи 6.2. после слов «указанные в пунктах 3, 4, 6, 7, 9» дополнить цифрой «10», далее по тексту;

4) главу 6 дополнить статьей 6.13 следующего содержания:

«Статья 6.13. Дисквалификация.

1. Дисквалификация мера наказания, назначаемая судом физическому лицу, заключающаяся в лишении права занимать определенные должности.

2. Дисквалификация устанавливается от одного года до трех лет».

4) дополнить главой 25 следующего содержания:

«Глава 25 Административные правонарушения против интересов службы

Статья 25.1. Злоупотребление властью или служебными полномочиями.

Умышленное вопреки интересам службы совершение должностным лицом из корыстной или иной личной заинтересованности действий с использованием своих служебных полномочий, – влечет наложение штрафа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

Статья 25.2. Бездействие должностного лица.

Умышленное вопреки интересам службы неисполнение должностным лицом из корыстной или иной личной заинтересованности действий, которые оно должно было и могло совершить в силу возложенных на него служебных обязанностей, – влечет наложение штрафа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, либо исправительными работами.

Статья 25.3. Превышение власти или служебных полномочий.

Умышленное совершение должностным лицом действий, явно выходящих за пределы прав и полномочий, предоставленных ему по службе, – влечет наложение штрафа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, либо исправительными работами.

Статья 25.4. Служебный подлог.

Внесение должностным или иным уполномоченным лицом заведомо ложных сведений и записей в официальные документы, либо подделка документов, либо составление и выдача заведомо ложных документов, при отсутствии признаков уголовного преступления, – влечет наложение штрафа с лише-

нием права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, либо исправительными работами.

Статья 25.5. Служебная халатность.

Неисполнение либо ненадлежащее исполнение должностным лицом своих служебных обязанностей вследствие недобросовестного или небрежного отношения к службе, – влечет наложение штрафа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, либо исправительными работами.

Статья 25.6. Незаконное участие в предпринимательской деятельности.

Учреждение должностным лицом, находящимся на государственной службе, организации, осуществляющей предпринимательскую деятельность, либо участие его в управлении такой организацией лично или через доверенное лицо вопреки запрету, установленному законом, – влечет наложение штрафа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

Статья 25.7. Получение взятки.

Принятие должностным лицом для себя или для близких материальных ценностей либо приобретение выгод имущественного характера, в незначительном размере, предоставляемых исключительно в связи с занимаемым им должностным положением, за покровительство или попустительство по службе, благоприятное решение вопросов, входящих в его компетенцию, либо за выполнение или невыполнение в интересах дающего взятку или представляемых им лиц какого-либо действия, которое это лицо должно было или могло совершить с использованием своих служебных полномочий, – влечет наложение штрафа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

Статья 25.8. Дача взятки.

Дача взятки в незначительном размере, – влечет наложение штрафа либо административный арест.

Статья 25.9. Посредничество во взяточничестве.

Непосредственная передача взятки в незначительном размере по поручению взяткодателя или взяткополучателя (посредничество во взяточничестве), – влечет наложение штрафа либо административный арест.

Статья 25.10. Принятие незаконного вознаграждения.

Принятие работником государственного органа либо иной государственной организации, не являющимся должностным лицом, в незначительном размере, имущества или другой выгоды имущественного характера, предоставляемых ему за совершенное в пределах его служебных полномочий (трудовых обязанностей) действие (бездействие) в пользу лица, предоставляющего такое имущество или другую выгоду имущественного характера, либо за выполняемую работу, входящую в круг его служебных (трудовых) обязанностей, помимо предусмотренной законодательством Республики Беларусь оплаты труда, – влечет наложение штрафа с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, либо исправительными работами.

Примечание. Под незначительным размером в настоящей главе понимается размер денежных средств не превышающий десяти базовых величин».

Статья 2. Настоящий Закон вступает в силу через десять дней после его официального опубликования.

С внесением изменений и дополнений в Кодекс об административных правонарушениях Республики Беларусь соответственно необходимо внести изменения и дополнения в Процессуально-исполнительный кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях.

Мы считаем, что рассмотрение дел об административных коррупционных правонарушениях будет целесообразнее отнести к компетенции судей районных (городских) судов, поскольку судьи обладают наиболее полным набором профессиональных и личностных качеств для вынесения законных, обоснованных и справедливых взысканий за рассматриваемые правонарушения.

На основании изложенного, предлагаем дополнить статью 3.2 ПИКоАП Республики Беларусь после слов «статьями 23.85,» словами «главой 25», а далее по тексту статьи.

Коррупция – универсальная проблема. Коррупция, как общественно опасное явление, подрывает принцип верховенства права, способствует проникновению организованной преступности в деятельность государственных институтов, порождает недоверие населения к власти.

Интенсивная работа над проблемами коррупции в последнее время привела большинство исследователей к схожему мнению о том, что одни только «карательные операции», опирающиеся на суровые санкции уголовного закона, приводят лишь к обострению этого явления.

Однако, как показывает опыт борьбы с коррупцией в различных государствах, даже четко разработанной системы превентивных мер подчас бывает недостаточно. Реформирование сферы услуг, снижение силы мотивов чиновников для вступления в коррупционные отношения, расширение прозрачности государственной деятельности следует признать наиболее очевидными целями борьбы с коррупцией.

Коррупцию нельзя рассматривать всего лишь как симптом плохого управления, как предлагает ряд исследователей этой проблемы. А поскольку коррупция укоренена в самой сути государства, постольку и цель борьбы с коррупцией – не в её искоренении, а в её минимизации.

В Республике Беларусь сформировалась определенная система организации борьбы с коррупцией, которая включает в себя: разработку и принятие антикоррупционной нормативной правовой базы и определение механизма ее выполнения; разграничение между государственными органами их функций, зон ответственности и организацию взаимодействия по противодействию коррупции; создание и обеспечение деятельности специальных подразделений по борьбе с коррупцией; образование на различных уровнях комиссий, координационных советов и совещаний по борьбе с преступностью и коррупцией, специальных информационно-аналитических и криминалистических центров; обеспечение научного сопровождения деятельности государственных органов по борьбе с коррупцией; использование государственных СМИ, активное во-

влечение граждан, общественных организаций и трудовых коллективов в деятельность по противодействию коррупции.

Создана прочная законодательная база, определяющая систему мер и принципы борьбы с коррупцией, конкретные организационные, предупредительно-профилактические мероприятия и механизмы борьбы с коррупцией, устранение последствий коррупционных правонарушений, а также предусматривающая жесточайшую уголовную ответственность за коррупционные преступления.

Возможно, следует отойти от традиционных методов борьбы с коррупцией и искать другие пути решения. Например, победить коррупцию в Гонконге, где когда-то ей было пронизано 94 % всего государственного сектора (сейчас 2-3 %), удалось всего тремя простыми мерами. В первую очередь чиновников заставили доказывать, что все, что ими было куплено, приобретено на законные деньги. В противном случае – конфискация и в тюрьму на пятнадцать лет. Вторых, была создана независимая комиссия по борьбе с коррупцией (далее – НКБК), у сотрудников которой очень высокие оклады, подчиняется структура только генерал-губернатору. Комиссия призвана не только выявлять взяточников, но и заниматься профилактикой – предотвращать взятки в сферах, наиболее подверженных коррупции. Также они вправе провести проверку в любом ведомстве и министерстве, если есть хотя бы малейшее подозрение на взяточничество. За работой комиссии следят общественные организации, которые могут уволить специалиста НКБК при документальном подтверждении его нечистоплотности.

И самое главное, все факты поимки коррупционеров и их ареста широко освещались в СМИ. Люди начали замечать, что наказывают и высокопоставленных чиновников. Доверие у населения к борьбе с коррупцией возросло. Оно стало поддерживать правительство.

Еще одним интересным примером борьбы с коррупцией является Сингапур. В отличие от хорошо всем известного юридического принципа презумпции невиновности специально для государственных служащих был введен противоположный юридический принцип – презумпция коррумпированности. Это означает, что в отличие от гражданина, заведомо ни в чем не виновного до тех пор, пока в суде не доказано обратное, государственный служащий, государственный чиновник при малейшем подозрении заведомо виновен – до тех пор пока он не докажет свою невиновность.

В целом необходимо констатировать, что в настоящее время в республике осуществляется широкий комплекс мер, направленный на дальнейшее совершенствование нормативной правовой базы с целью устранения норм, которые могут привести к возникновению коррупционных отношений в обществе.

В заключение хотелось бы отметить, что законодательство Республики Беларусь в этой области требует значительных доработок. Отсутствие в Кодексе об административных правонарушениях Республики Беларусь нормы, регулирующий коррупционные правонарушения, а также норм о персонализации ответственности в разрезе каждого состава данного правонарушения нужно рассматривать как недостаток. Поэтому целесообразно при совершенствовании

КоАП Республики Беларусь включить соответствующие нормы, регулирующие административную ответственность в данной области и выделить их в специальный раздел, а также параллельно внести изменения и дополнения в Уголовный кодекс Республики Беларусь и другие законодательные акты, регулирующие отношения в данной сфере.

КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО

ПРАВОВАЯ БЕЗОПАСНОСТЬ – НЕОТЪЕМЛЕМЫЙ ЭЛЕМЕНТ НАЦИОНАЛЬНОЙ БЕЗОПАСНОСТИ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

*Шинкарев И. А.,
УО «ВГУ имени П. М. Машерова»*

Особый объект государственной политики – правовая безопасность. При рассмотрении ее очень важно исходить из установленных законодательством приоритетов, которые касаются разных направлений правового регулирования. Правовая безопасность рассматривается нами как нормативно регламентированное и организационно обеспеченное юридическими средствами состояние защищенности правовой системы Республики Беларусь (личности, общества и государства) от внутренних и внешних угроз.

Для обеспечения такого единства необходима дальнейшая разработка и совершенствование законодательства с целью включения правовой безопасности в общую систему ее видов, а, с другой стороны, – выделения ее как наиболее приоритетного. Правовые нормы должны работать более эффективно, а от их эффективности будет в значительной степени зависеть правовая безопасность, более целесообразными и целенаправленными станут действия по выявлению риска криминогенного характера в процессе применения тех или иных нормативно-правовых актов, – в том числе в случае несоответствия их норм и неполноты правового регулирования ими разных сфер общественных отношений. При необходимой эффективности права государство будет способно обеспечить надежную национальную безопасность, нейтрализовать имеющиеся или возникающие при этом проблемы.

Все это соответствует закреплённой в Конституции Республики Беларусь норме, о том, что наша страна является правовым государством. Законодательство в области правовой безопасности базируется на основном законе государства, международных договорах и соглашениях, заключенных или признанных Республикой Беларусь.

Правовая безопасность рассматривается нами, как неотъемлемое слагаемое всех областей жизнедеятельности общества и государства. Жизненно важные интересы в этой сфере заключаются во всестороннем совершенствовании и повышении эффективности правовой системы, укрепления на ее основе белорусской государственности.

В практической деятельности важно и необходимо постоянно учитывать основные угрозы конституционным правам и свободам граждан, стабильности государственного строя и духовной жизни общества, государственному суверенитету и территориальной целостности страны. Такие угрозы – это потенциальное нарушение безопасности, создание любых обстоятельств, которые могут явиться причиной нанесения вреда личности, обществу, государству. Они мо-

гут проявиться, прежде всего, в условиях нестабильности и несовершенства законодательства, отсутствия или низкой качества ряда законодательных актов, слабости организационно-практичной деятельности в этом направлении.

Несомненным требованием должно быть то, что никто ни должен создавать условия, которые наносят вред интересам лица, общества, государства. Субъекты, деятельность которых противоречит этому требованию, несут ответственность в соответствии с законодательством государства.

Необходима также стойкая система организационных мероприятий, направленных на определение потенциальных источников нарушения безопасности, разработку и применение специальных методов, поиска совершенных способов и средств, создания системы мониторинга правовой безопасности.

Конкретные методы, приемы и меры соответствующего регулирования выбираются в зависимости от вида объекта защиты, вероятности и способа реализации угроз правовой безопасности. Система работы в этом направлении должна обладать высокой степенью готовности к неотложным действиям и быть способной эффективно решать необходимые задачи, вовремя включать комплекс нужных средств правового регулирования.

Государственная политика в сфере обеспечения правовой безопасности должна быть открытой и предусматривать информирование общества о деятельности государственных органов и общественных институтов в этом направлении. Она должна исходить из принципа безусловного правового равенства всех участников этого процесса независимо от их политического, социального и экономического статуса, основываться на обязательном обеспечении правовой безопасности всех субъектов правоотношений.

Совершенствуя уже действующее и разрабатывая новое законодательство, осуществляя контроль за его исполнением, государство обеспечивает в этом деле свое воздействие на общественные отношения посредством норм права, добивается согласованности в деятельности государственных органов, стремится не допускать тут монополизма, формирует необходимые направления своей работы, гарантирует необходимые права субъектов, закрепляет обязанности и ответственность соответствующих структур, создает нужные условия для сохранения балансов интересов лица, общества и государства в сфере правового регулирования.

Для обеспечения правовой безопасности в стране создана необходимая национальная система, которая включает Совет Безопасности Республики Беларусь, соответствующие органы государственного управления, правоохранительные, а также специализированные государственные структуры, задействованы местные исполнительные и распорядительные органы.

Важная роль в этой структуре отводится Главе государства, который определяет основные положения политики, утверждает перечень критичных объектов регулирования, осуществляет руководство и обеспечивает координацию взаимодействия органов государственной власти в этом направлении. Президент страны возглавляет Совет Безопасности, который готовит ему предложения для принятия необходимых решений, разрабатывает предложения по координации деятельности органов государственной власти в реализации при-

нятых решений по вопросам правовой безопасности, проводит ряд организационных, исполнительных, методических и контрольных мероприятий.

Парламент, как единственный законодательный орган страны, на основе Конституции, а также с учетом других нормативно-правовых актов организует подготовку в этой области законодательной базы, участвует в разработке общей политики, обеспечивает контрольные функции и собственную правовую безопасность.

Правительство – Совет Министров, – участвует в разработке политики правовой безопасности государства, организует и контролирует деятельность подчиненных ему органов исполнительной власти в этом направлении, обеспечивает соответствующее материально-финансовое регулирование.

Для решения практических задач в этой сфере деятельности при государственных органах создаются специализированные государственные структуры, которые осуществляют мониторинг процессов правоприменения и принятия решений, посредством законодательства анализируют проявления негативных воздействий на общество, разрабатывают рекомендации и принимают меры по нейтрализации этих воздействий. Они осуществляют поиск оплошностей и недоработок в законодательстве, вносят предложения соответствующим государственным органам по их ликвидации, ведут просветительскую работу по проблемам правовой безопасности, решают некоторые другие задачи. Конкретные направления деятельности и полномочия этих структур устанавливаются государственными органами, при которых они создаются.

Предупреждение и предотвращение правонарушений и преступлений в сфере правовой безопасности, а также выявление и привлечение к ответственности лиц, совершивших эти преступления, находятся в компетенции правоохранительных и судебных органов. Местные исполнительные и распорядительные органы, исходя из интересов регионов, вносят в высшие органы власти и управления, возникающие корректирующие и уточняющие предложения, создают и финансируют соответствующие научные программы и проекты. Предприятия негосударственной формы собственности обеспечивают свою правовую безопасность за собственные средства.

Концепция национальной безопасности Республики Беларусь выразительно определила ориентиры страны в рассматриваемой ветви общественных отношений. В качестве главного требования в этом документе выделено предупреждение негативных тенденций, адаптация силовых структур к новым условиям жизни, быстрое реагирование на возникшие внешние и внутренние угрозы.

Сейчас, в соответствии с решениями четвертого Всебелорусского народного собрания, принимаются решительные меры по наведению надлежащего порядка в деятельности судов и правоохранительных органов. Seriously анализируются существующие в обществе острые проблемы, главное внимание сосредоточивается на гуманизации законодательства. В качестве главного приоритета в стране выделяется обеспечение мира, покоя и безопасности на белорусской земле, надежная защита граждан от преступных нападений и угроз их жизни и благоустройства.

Особая роль в сфере правовой безопасности принадлежит органам государственной власти, обеспечивающим защищенность правовой системы общества. Необходимость построения правового и социального государства объективно повышает значение государственной деятельности и государственных органов. Осуществляемые государством кардинальные преобразования правовых институтов и отраслей права, а также борьба с коррупцией и правовым нигилизмом призваны качественно усовершенствовать основы государственной и общественной жизни, укрепить правопорядок, т. е. способствовать достижению защищенности правовой системы общества и самого правового уклада жизни от различных угроз и опасностей. В таких условиях возникает потребность в создании целостного механизма, ответственного за надлежащий уровень безопасности в правовой сфере.

Проблематика понятия и механизма правовой безопасности чрезвычайно важна в условиях утверждения правового и социального государства. Без ее разрешения невозможно полноценное достижение поставленных и декларируемых в законодательных актах целей, в том числе утверждение верховенства права, обеспечение признания прав и свобод человека высшей ценностью, создание рыночной экономики, развитие частной собственности и многое другое, что необходимо для построения жизнеспособного общества.

Правовая безопасность как социально-правовое явление предстает в формах юридической безопасности личности, общества и государства, материализующейся посредством и в правовой системе в фактическую правовую безопасность, сущность которых выражается в том, что осуществление охраны, защита законных прав и свобод, интересов опосредуется социально безопасными законами и социально безопасным правоприменением.

Законодательство Республики Беларусь не испытывает дефицита в нормативно-правовых актах, регулирующих общественные отношения касательно злоупотребления правом. Однако, за счет закрепления на законодательном уровне правовой безопасности, которая будет являться дополнительным эффективным превентивным механизмом защиты прав и законных интересов всех субъектов общественных отношений, можно будет говорить с уверенностью о постепенном искоренении рассматриваемого явления.

Уровень правовой безопасности в современном белорусском обществе зависит от многих факторов, среди которых, наряду с несовершенством законодательства, его противоречивостью и нестабильностью, можно выделить низкую правовую культуру, как власти, так и граждан, правовой нигилизм, злоупотребление правом, опять же связанные с недостаточным уровнем правовой грамотности граждан.

Основной целью демократического устройства в Республике Беларусь ныне становится необходимость добиться действительного воплощения в жизнь конституционного положения о том, что народ является источником государственной власти и носителем суверенитета в стране, а также идеи развития правового государства.

Проблема безопасности человека в современном белорусском государстве становится с каждым годом все важнее и актуальнее, а значит, перед госу-

дарством стоит важная задача в ее обеспечении. При этом принятие мер в осуществлении функций по обеспечению безопасности должно носить комплексный характер, с учетом прав и свобод человека, всех видов безопасности, а также спецификой деятельности отдельных государственных органов. Все это должно проходить сквозь призму правовой безопасности и на это имеется несколько причин. Во-первых, в законодательстве Республики Беларусь закреплены основные права и свободы граждан, а также указаны гарантии их реализации. Во-вторых, комплексность в обеспечении национальной безопасности с учетом всех видов безопасности продиктована тем, что система обеспечения национальной безопасности является целостным механизмом, а его элементы взаимодополняют друг друга. В-третьих, необходимо установление четкого правового регулирования по вопросам компетенции отдельных субъектов обеспечения безопасности. Перечисленные компоненты не являются исчерпывающими, однако во всех без исключения компонентах присутствует правовая составляющая. Мы считаем, что этой составляющей должна стать правовая безопасность.

Таким образом, понятие «правовая безопасность» имеет право на свое существование. По нашему мнению, необходимо законодательно закрепить его в виде принципа, руководящего начала, основополагающей идеи и выработать собственный механизм реализации. При этом он будет пронизывать всю правовую систему республики, являться опорой всей правотворческой, правоприменительной и правоохранительной деятельности государственных органов. От степени соблюдения данного принципа будет зависеть уровень развития и становления правового государства, а также уровень правовой культуры граждан. Названный принцип будет способствовать укреплению внутреннего единства и взаимодействия различных отраслей и институтов права, правовых норм и правовых отношений.

Если говорить о совершенствовании и закреплении в законодательстве понятия правовая безопасность, то мы видим данный процесс в комплексном аспекте совершенствования законодательства в области национальной безопасности – принятии Кодекса «О национальной безопасности Республики Беларусь». Данный закон должен будет закреплять основные начала обеспечения национальной безопасности, принципы ее обеспечения, общие положения, виды безопасности и иные характеристики; Закон Республики Беларусь «О правовой безопасности Республики Беларусь»; Законы по каждому виду безопасности, предусмотренные Концепцией национальной безопасности Республики Беларусь (политической, экономической, научно-технической, социальной демографической, информационной, военной, экологической).

Принятию вышеперечисленных нормативных актов должна предшествовать комплексная, полная и всесторонняя теоретическая и практическая проработка, а также все установленные процедуры законотворчества.

Современные внешние негативные сигналы имеют важное значение для Республики Беларусь и отражаются на ее как внутренней, так и внешней политике. В свою очередь надо помнить, что, несмотря на постоянство неблагопри-

ятных вызовов, гласность, демократичность и прозрачность были и остаются основами международной стратегии белорусского государства.

Республика Беларусь с момента приобретения независимости придерживается принципов суверенного равенства государств; неприменения силы и угрозы ее применения, тем самым соблюдая Устав ООН, в котором прописано, что все члены ООН воздерживаются в их международных отношениях от угрозы силой или ее применения как против территориальной неприкосновенности и политической независимости любого государства, так и каким-либо другим образом, несовместимым с Уставом ООН; нерушимости государственных границ; территориальной целостности государств; мирного разрешения международных споров; невмешательства во внутренние дела и иные принципы.

Как молодое государство, Республика Беларусь развивается в условиях сложных глобальных преобразований. В данном случае речь о национальной безопасности должна занимать приоритетную очередь в решении иных немало важных проблем.

Так как международные отношения представляют собой сложное, динамичное, постоянно изменяющееся явление, то, как и в других странах, данный вопрос постоянно находится в режиме неразрешенности. Становление белорусской внешней политики не является простым процессом.

2012 год, как и прежние годы, является не простым для развития белорусской государственности. Наряду со старыми проблемами появляются новые, при решении проблем и подавлении негативных сигналов возникают определенные реакции, которые в свою очередь ставят множество иных вопросов. Если говорить о понятии правовая безопасность, которое безусловно несправедливо не нашло своего отражения в ныне действующем законодательстве, то прослеживается непосредственная связь данного понятия с иными видами безопасности, т. к. в современных условиях развития возрастает роль права, которым в свою очередь регулируются наиболее важные стороны жизни общества. А ведь именно через обеспечение правовой безопасности проходит реализация должной работы права. Кроме того, создание четкого и отлаженного механизма обеспечения правовой безопасности сможет свести до минимума реализацию ее угроз, а, следовательно, и угрозы другим видам безопасности. К основным угрозам правовой безопасности следует отнести:

- угрозы конституционным правам и свободам граждан;
- угрозы социальной стабильности и духовной жизни общества;
- угрозы стабильности государственного строя;
- угрозы государственному суверенитету и территориальной целостности страны;
- несовершенство законодательства;
- отсутствие необходимых законодательных актов;
- издание законов низкого качества. К таковым следует отнести законы, которые имеют пробелы, расходятся, либо противоречат нормам иных нормативно-правовых актов;
- нестабильность законодательства;

Как видно из перечисленных угроз, проблема существует и ее надо решать – через законодательную инициативу, совершенствование органов государственного управления, выработки различных механизмов и др. Правовая система Республики Беларусь нуждается в защите.

По нашему мнению, Закон Республики Беларусь «О правовой безопасности» должен включать в себя понятия, согласно основным отраслям и институтам права, которые будут соответствовать объектам охраны. Например, включить понятие уголовно-правовая охрана, эколого-правовая охрана и т. д. Это будет подкрепляться понятием «реальная безопасность», в том смысле, что в данном случае безопасность будет обеспечиваться посредством санкций. В более широком смысле правовая безопасность будет осуществляться путем принятия различных государственных программ развития.

Таким образом, посредством обеспечения «реальной безопасности» будет осуществляться совершенствование законодательства во всех сферах правового регулирования, в части как правоприменительной практики, так и в области правоохранительной деятельности, а также будет способствовать развитию правовой культуры граждан и иным социально полезным явлениям.

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВЫХ ОСНОВ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В РФ

*Скрипникова А. Ю.,
студентка юридического факультета КемГУ*

На определенном этапе становления нашего государства власть и общество осознали необходимость учреждения органов местного самоуправления. Именно на этом уровне создаются реальные условия для осуществления прав и свобод граждан и людей, так как решаются местные вопросы, которые в себя включают обеспечение безопасности населения, предоставление медицинского обслуживания, возможность оказания транспортных, торговых и бытовых услуг.

История нашего Отечества показала, что решение этих вопросов на федеральном уровне и уровне субъектов не приносит эффективных результатов, которые бы обеспечивали стабильное благосостояние жизни людей, поэтому решение данных проблем входит в компетенцию органов местного самоуправления (далее по тексту ОМС). Жители населенных пунктов должны иметь возможность самостоятельно, под свою ответственность решать вопросы организации своей жизни, как используя формы прямой демократии, так и через избранные ими органы самоуправления. Причем объем полномочий этих органов должен определяться возможностями их реализации и ничем иным. Все вышеперечисленные моменты регулируются нормами правовых актов нормативного и исполнительно-распорядительного характера, поэтому нормативная база должна быть стабильной, непротиворечащей конституции и юридически грамотной, систематизировала бы нормы, касающиеся организации и функциони-

рования местного самоуправления, четко отражала бы особенности власти исследуемого уровня. Данные характеристики практически не характеризовали правовую базу местного самоуправления до принятия ФЗ Российской Федерации от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», поэтому нашей целью является выявление и исследование особенностей правовых основ, регулирующих отношения, складывающиеся при формировании и функционировании местного самоуправления, неразбериха и нестабильность в которых, в конце концов, привели федеральные органы РФ к решению о издании НПА, который, как говорят многие современные юристы, разрешил сложившуюся ситуацию в сфере регулирования правовых отношений, складывающихся на уровне местного самоуправления.

Для достижения цели нужно выполнить поставленные задачи:

1. Выявить исторические особенности формирования и функционирования ОМС, анализируя каждый период развития государства.
2. Провести анализ ныне существующих правовых основ(правовых норм, их образующих), выделить достоинства и недостатки.
3. Обозначить явления, которые ведут к возникновению выявляемых особенностей.
4. Определить пути совершенствования правовой базы, отражающей особенности формирования и функционирования ОМС.
5. Сделать вывод по проделанной работе.

Объектом исследования являются общественные отношения, связанные с правовым регулированием, организацией и деятельностью местного самоуправления в России. Предметом исследования являются правовые нормы, содержащиеся в нормативных правовых актах, регулирующие вопросы определения, функционирования и развития местного самоуправления в Российской Федерации.

Местное самоуправление – это многогранное, многоаспектное и многостороннее социальное явление. По смыслу действующего федерального законодательства местное самоуправление, не будучи включённым в систему органов государственной власти, выступает формой народовластия, является одной из основ конституционного строя, обеспечивает единство власти, правового и экономического пространства.

Уже в начале XIX в. правительство стало задумываться и составлять разные проекты, как исправить дела местного управления, ведь несовершенство данного вида управления становилось все яснее по мере того, как русское государство стало равняться на другие цивилизованные государства.

Наступает новый этап реформ, который затронул взаимодействие органов государственной власти и местного самоуправления, так как приоритеты государственной власти стали меняться.

Поэтому в рамках проводимого комплекса реформ большую актуальность приобретает выявление и последующее изучение современных тенденций развития правовых основ местного самоуправления в Российской Федерации.

Частота, с которой изменяется нормативная база местного самоуправления, не может не беспокоить. Чем бы это ни оправдывали, объективно это показатель нестабильности.

Сейчас даже трудно представить, что на рубеже 80-90-х гг. XX в. было распространено мнение о ненужности законодательного регулирования местного самоуправления вообще.

Но очень скоро на смену иллюзиям пришел прагматичный подход. На повестку дня встал вопрос: каким быть российскому закону о местном самоуправлении, который отражал бы все особенности формирования и функционирования ОМС, разрешавший проблемы предыдущих лет?

Закон 1991 г., написанный в традициях советской юридической науки, предложил четкую систему категорий. В целях преодоления застарелой «болезни» советского периода, диагнозом которой было формальное властвование местных Советов, вводились дополнительные организационно-правовые гарантии, усиливающие их положение. Речь идет о практике создания в то время президиумов местных Советов, малых Советов, аппаратов представительных органов местного самоуправления.

В целом продолжительность жизни данного законодательного акта оказалась чуть более двух лет.

Пришедший на смену Закон 1995 г. (утратил силу) концептуально был совершенно иным. Реализуя конституционную установку, относящую определение основ организации местного самоуправления к совместному ведению Российской Федерации и ее субъектов, закон предоставил муниципальным образованиям значительную свободу усмотрения относительно выбора конкретной модели организации власти, ее территориального устройства. Возросшая в сфере местного самоуправления доля самоорганизующих регуляторов стала следствием децентрализации системы власти и управления. Пользуясь этим, они привнесли в сферу местного самоуправления свои особенности, к сожалению, нередко расходящиеся с конституционным и текущим федеральным законодательством.

Каковы результаты применения Закона 1995 г.?

По стране образовано чуть более 12 тыс. муниципальных образований, четырежды – в 1995-1996 гг., 1999-2000, 2003-2004 и в 2007-2008 гг. – проведены выборы в органы местного самоуправления. Сформированная по их итогам муниципальная власть при множестве трудностей продолжает оставаться фундаментом Российского государства.

Принятие Закона 2003 г. означает победу сторонников полного обновления законодательства о местном самоуправлении. Очередная муниципальная реформа явилась результатом большого проекта по разграничению предметов ведения и полномочий между уровнями власти. Между тем, в случае с местным самоуправлением реформа переросла первоначальные требования, достигнув масштабов существенной новизны в части территориального и организационного устройства муниципальной власти, ее функционального назначения. При составлении данного закона законодательные органы РФ опирались на положения различных источников права, чтобы исключить появление коллизий и ско-

ординировать его действие с государственной и международной правовой базой, касающейся регулирования местного самоуправления.

В соответствии со ст. 4 Закона 2003 г., правовую основу местного самоуправления составляют общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры Российской Федерации, Конституция РФ, федеральные конституционные законы, сам Закон 2003 г., другие федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними иные нормативные правовые акты Российской Федерации, конституции (уставы), законы и иные нормативные правовые акты субъектов Федерации, уставы муниципальных образований, решения, принятые на сходах граждан и местных референдумах, иные муниципальные правовые акты.

Основным международным источником правового регулирования выступает Европейская хартия местного самоуправления. Подготовленная первоначально в 1968 г. в форме Декларации принципов местного самоуправления, Хартия обрела привычный нам вид только к 1981 г.

От имени Российской Федерации Хартия была подписана 28 февраля 1996 г. На территории России Хартия вступила в силу с 1 сентября 1998 г.

Российское законодательство следует в фарватере, проложенном Европейской хартией местного самоуправления. Это наблюдается в сходстве многих общих положений, закрепленных в первой части Хартии, совпадении разных черт и признаков. Так, согласно Хартии, органы местного самоуправления составляют одну из основ любого демократического строя; по Конституции РФ местное самоуправление – один из элементов конституционного строя России. Общность проступает в определениях местного самоуправления, хотя и не полностью, в субъектах его осуществления, сферах компетенции муниципальных органов.

Проводя анализ Конституции РФ, нельзя не сделать вывод, что разные по своему значению и направленности главы Конституции РФ содержат нормы, регулирующие местное самоуправление. Ряд важнейших характеристик этого института закрепляется в гл. I «Основы конституционного строя»: признание местного самоуправления формой народовластия (ч. 2 ст. 3); муниципальной формы собственности (ч. 2 ст. 8); исключение органов местного самоуправления из системы органов государственной власти (ст. 12); закрепление обязанности органов и должностных лиц муниципальных образований соблюдать Конституцию РФ и законы (ч. 2 ст. 15). Закрепление группы статей в гл. 2 «Права и свободы человека и гражданина» указывает на связь местного самоуправления с осуществлением гражданских прав политического и социально-экономического свойства. Граждане имеют право избирать и быть избранными в органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме (ч. 2 ст. 32), обращаться лично, а также направлять коллективные и индивидуальные обращения в муниципальные органы (ст. 33), реализовывать свои социально-экономические права на жилище, охрану здоровья и образование посредством муниципальных учреждений здравоохранения и образования, на предоставление жилья из муниципальных жилищных фондов (ст. 40, 41, 43),

Глава 3 «Федеративное устройство» Конституции РФ устанавливает соотношение федерального законодательства с законодательством субъектов Федерации по поводу местного самоуправления (п. «н» ч. 1 ст. 72).

Наконец, гл. 8 «Местное самоуправление» является специализированной, более детальной по отношению к другим нормам Конституции РФ о местном самоуправлении. Она содержит указания на функциональную направленность данного института (ч. 1 ст. 130); субъектов осуществления местного самоуправления (ч. 2 ст. 130); его территориальные границы (ч. 1 ст. 131); полномочия муниципальных органов (ст. 132); гарантии осуществления местного самоуправления (ст. 133).

К гарантиям реализации закрепленных в Конституции РФ основ самоуправления и соответствующих прав граждан на самоуправление отнесены: самостоятельность местного самоуправления (ст. 12); самостоятельное решение населением вопросов местного значения путем референдума, выборов, других форм прямого волеизъявления, через органы местного самоуправления (ст. 130); осуществление местного самоуправления с учетом исторических и иных местных традиций (ст. 131); запрет на ограничение прав местного самоуправления (ст. 133); осуществление субъектами Федерации собственного правового регулирования местного самоуправления (ч. 4 ст. 76).

К группе норм, обеспечивающая реализацию ряда конституционных положений, составляющих основы конституционного строя России и гарантирующих права гражданина, относятся положения о праве народа осуществлять свою власть через муниципальные органы (ч. 2 ст. 3); о праве граждан участвовать в управлении государством как непосредственно, так и через своих представителей (ч. 1 ст. 32); о праве граждан избирать и быть избранными в муниципальные органы (ч. 2 ст. 32).

Помимо конституции, естественно, существуют законы, регулирующие местное самоуправление (федеральные и региональные). Они могут быть поделены на три группы: систематизированные (федеральные законы об общих принципах организации местного самоуправления); специализированные (федеральные и региональные законы, регламентирующие отдельные аспекты самоуправления на местах); отраслевые (содержащие полномочия муниципальных органов в той или иной сфере правового регулирования).

Что же касается иных нормативно-правовых актов муниципального характера, то в данной сфере можно выделить подзаконные правовые акты, регламентирующие осуществление местного самоуправления, судебные решения как источники муниципального права и муниципальные правовые акты. При анализе поподробнее рассмотрим последние из них.

Местные правовые акты – это обязательные для исполнения на территории муниципального образования документально оформленные решения, принятые населением непосредственно, органами или должностными лицами местного самоуправления, устанавливающие либо изменяющие общеобязательные правила или имеющие индивидуальный характер, по вопросам местного значения или по вопросам осуществления отдельных государственных полномочий, переданных муниципальным органам.

Муниципальные правовые акты вступают в силу в порядке, установленном уставом муниципального образования, за исключением нормативных правовых актов представительных органов местного самоуправления о налогах и сборах, которые вступают в силу в соответствии с Налоговым кодексом РФ. Порядок опубликования муниципальных актов определяется уставом муниципального образования.

Муниципальные правовые акты обладают несколькими признаками. Они обязательны для исполнения. Их неисполнение или ненадлежащее исполнение влечет наступление ответственности. Территорией распространения этих актов служит муниципальное образование. Муниципальные акты могут быть отменены или их действие может быть приостановлено органами и должностными лицами местной власти, их принявшими, а также судом.

Закон 2003 г. впервые установил, что акты местного самоуправления вправе отменять или приостанавливать уполномоченные органы государственной власти Российской Федерации и ее субъектов, но только в части, регулирующей осуществление органами местного самоуправления отдельных государственных полномочий.

Муниципальные правовые акты образуют систему, включающую:

- устав муниципального образования;
- правовые акты, принятые на местном референдуме (сходе граждан);
- акты представительного органа; акты главы муниципального образования; постановления и распоряжения руководителя местной администрации, иных органов и должностных лиц местного самоуправления.

Прежде устав муниципального образования принимался населением либо представительным органом местного самоуправления. В соответствии с новым федеральным законодательством устав принимается местным представительным органом, а в поселениях с численностью жителей, обладающих избирательным правом, менее 100 человек – населением непосредственно на сходе граждан.

В организации местного самоуправления устав муниципального образования играет ключевую роль. На это указывает его всеобъемлющий характер. В уставе в обязательном порядке должны найти отражение:

- наименование муниципального образования;
- перечень вопросов местного значения;
- формы, порядок и гарантии участия населения в решении вопросов местного значения;
- структура и порядок формирования органов местного самоуправления;
- наименования и полномочия выборных и иных органов местного самоуправления, должностных лиц местного самоуправления;
- виды, порядок принятия, опубликования и вступления в силу муниципальных правовых актов;
- срок полномочий представительного органа, депутатов, выборных должностных лиц местного самоуправления, основание и порядок прекращения их полномочий;

- виды ответственности органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления, основания ее наступления;
- порядок формирования, утверждения и исполнения местного бюджета, а также порядок контроля за его исполнением в соответствии с Бюджетным кодексом РФ;
- порядок внесения изменений и дополнений в устав муниципального образования.

Таким образом, устав определяет основные параметры жизнедеятельности местного самоуправления на территории конкретного муниципального образования, его функциональные, территориальные, организационно-правовые и финансово-экономические основы.

Впервые федеральное законодательство определяет норму голосования депутатов представительного органа при принятии устава, внесении в него изменений и дополнений (большинство в две трети от установленной численности депутатов представительного органа муниципального образования).

Устав муниципального образования нуждается в признании со стороны государства. Речь идет о необходимости государственной регистрации уставов (внесенных в них изменений и дополнений) в органах юстиции. Порядок государственной регистрации устанавливается Федеральным законом от 21 июля 2005 г. «О государственной регистрации уставов муниципальных образований».

Проблемы в правовом регулировании и варианты решения некоторых из них:

1. Для более эффективного регулирования местного самоуправления нужно учитывать положительный исторический опыт, который особенно ярко проявлял себя в широком участии населения в решении местных вопросов с использованием форм непосредственной демократии.

2. Для решения вопросов местного значения необходимо обеспечить реальные полномочия, особенно финансовые, органов местного самоуправления.

3. До сих пор проблемой функционирования публичной власти остается разграничение предметов ведения и полномочий между уровнями публичной власти: федеральным, субъектов РФ и муниципальным. По Конституции к ведению местного самоуправления относятся вопросы местного значения. Однако Федеральный закон № 1Э1-ФЗ не проводит дифференциации муниципальных образований в зависимости от их территории, численности населения, финансово-экономического потенциала и других параметров, закрепляя за каждым муниципальным образованием один и тот же перечень вопросов местного значения. Таким образом не все муниципальные образования могут справиться с возложенными полномочиями.

4. Новшество в законодательстве, выраженное в предоставлении органам местного самоуправления права «исполнять отдельные государственные полномочия по своему усмотрению» не согласуется с общей концепцией Федерального закона № 131-ФЗ. В результате размываются принципы разграничения ответственности между уровнями власти, разрешается финансирование деятельности, не являющейся обязательной для органов местного самоуправле-

ния. Принимаются решения, не соответствующие характеру местного самоуправления.

5. Для благополучного завершения муниципальной реформы в данный период времени необходимо практическое применение различных форм непосредственной демократии для решения вопросов местного значения

6. У народа прослеживается политическая апатия, которая выражается в отторжении от управленческих процессов, надо пробуждать у граждан интерес к участию в политической жизни общества.

7. Слабо организованы учебная подготовка кадров муниципальной службы и система повышения квалификации должностных лиц, занимающихся вопросами муниципального управления; практически не проводится учеба депутатского корпуса. Необходимо заняться образовательной работой и подготовкой кадров, создать специальные учреждения для обучения управления и руководства общественно важными процессами.

Этап развития правовых основ будет длительным и должен заключаться в решении следующих задач:

- ликвидация пробелов в регулировании правовой основы;
- совершенствование норм всей правовой базы;
- устранение противоречий между актами различных уровней публичной власти;
- устранение противоречий между нормативными актами субъектов Российской Федерации и муниципальных образований и Конституцией РФ, Европейской Хартии местного самоуправления;
- совершенствование механизмов судебной защиты прав местного самоуправления.

ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНЫХ АКТОВ В ПРОЦЕССЕ РЕАЛИЗАЦИИ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ ГРАЖДАН НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ

*Щепанов М. А.,
студент юридического факультета КемГУ*

Конституция РФ закрепляет право граждан на судебную защиту их прав и свобод. Судебная защита – один из важнейших способов защиты законных интересов субъектов права, осуществляемый в форме правосудия и гарантированный государством. На международном уровне данное право закреплено во Всеобщей декларации прав человека и в Европейской конвенции о правах человека.

Вступившие в законную силу акты федеральных судов, мировых судей и судов субъектов обязательны для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации. Неиспол-

нение постановления суда, а равно иное проявление неуважения к суду влекут ответственность, предусмотренную федеральным законом.

Построение эффективной системы исполнения судебных актов есть задача, без решения которой невозможно обеспечить конституционные гарантии доступа к правосудию, гарантии защиты государством прав и законных интересов граждан и организаций. Исполнение судебного акта является заключительной стадией судопроизводства. Именно в этой стадии осуществляется реальная защита нарушенного или оспоренного права. От качества исполнения судебных актов зависит восприятие гражданами эффективности судебной власти, действия самого права.

В зависимости от категории дела, можно выделить некоторые проблемы, связанные с исполнением судебных актов, актуальность которых нельзя отрицать в свете продолжения реформы судебной системы, направленной на совершенствование гражданского, административного и процессуального законодательства.

В обеспечении права граждан на судебную защиту их прав, свобод и законных интересов важное значение имеют решения Конституционного Суда РФ. Обладая контрольными полномочиями в отношении результатов правотворческой деятельности органов исполнительной и законодательной власти, Конституционный Суд РФ обеспечивает приоритет интересов личности перед интересами государства и органов публичной власти, необходимый для эффективной судебной защиты конституционных прав и свобод личности. Вместе с тем, проблемы, связанные с длительным неисполнением решений Конституционного Суда РФ подрывают авторитет судебной власти. Анализ действующего российского законодательства свидетельствует о недостаточности законодательного регулирования вопросов об ответственности государственных органов и их должностных лиц за неисполнение судебных актов Конституционного Суда РФ.

Порядок исполнения актов судов общей юрисдикции и арбитражных судов, вынесенных по обращениям граждан в связи с нарушением их прав и свобод органами публичной власти, зависит от категории дела, при разрешении которого вынесен судебный акт. Подобные судебные акты можно разделить на несколько групп:

- акты, вынесенные судами общей юрисдикции и арбитражными судами в рамках административного судопроизводства в порядке, установленном такими разновидностями производства, возникающего из публичных правоотношений, как производство по делам об оспаривании решений, ненормативных актов, действий органов государственной власти, органов местного самоуправления. В данной ситуации судами выдаются исполнительные листы, при их предъявлении в службу судебных приставов-исполнителей по месту нахождения обязанной стороны возбуждается исполнительное производство. Таким образом, для данной категории дел установлен и действует принудительный порядок исполнения судебных актов, реально позволяющий их исполнить.

- акты, вынесенные судами общей юрисдикции и арбитражными судами по искам граждан к органам публичной власти в порядке гражданского судопроизводства (в рамках искового производства). В отношении такого рода судебных актов исполнительное производство может быть возбуждено только в том случае, если судебный акт не содержит предписаний о передаче бюджетных средств. Акты, содержащие такое предписание, исполняются в установленном бюджетным законодательным порядке, которым можно назвать особым порядком исполнения, включающем элементы принудительного характера. Однако бюджетное законодательство не предусматривает ситуации, в которой необходимо произвести взыскание сумм за счет средств федерального бюджета с органов и учреждений другого уровня финансирования.
- акты, вынесенные судами общей юрисдикции и арбитражными судами по заявлениям граждан об оспаривании актов, нарушающих их права и свободы. Для судебных актов о признании недействующими нормативных правовых актов регионального и муниципального уровня установлен особый порядок исполнения, содержащий элементы принудительного характера, позволяющий обеспечить исполнение судебных актов в конкретные сроки. В отношении судебных актов о признании недействующими нормативных актов федерального уровня порядок исполнения законодательно не установлен.

В результате административной реформы в РФ был создан специальный федеральный орган исполнительной власти – Федеральная служба судебных приставов, одной из основных задач которой является организация принудительного исполнения судебных актов судов общей юрисдикции и арбитражных судов.

Однако, несмотря на предпринятые меры, современное состояние системы исполнения судебных актов в РФ в целом нельзя признать удовлетворительным. Количество исполнительных документов, поступающих на исполнение в ФССП России, ежегодно увеличивается. За период с 2003 по 2010 гг. количество исполнительных производств возросло почти в 3 раза. Подлежащая взысканию сумма по исполнительным производствам, находящимся на исполнении, только в 2010 году выросла на 54 % (с 2,2 до 3,4 трлн руб.).¹ Как неоднократно отмечалось авторитетными международными институтами и организациями, в Российской Федерации существуют значительные и комплексные проблемы по исполнению судебных актов.

Реализация задач по повышению эффективности правосудия требует системного подхода к совершенствованию процессуального законодательства. Очень важный шаг сделан 21 апреля 2010 г. с принятием Федерального закона от 30.04.2010 № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»². Участники гражданского или уголовного процесса получили право на

¹ Долгосрочная программа повышения эффективности исполнения судебных решений (2011-2020 г.).

² Российская газета. 04.05.2010. № 5173.

денежную компенсацию в случае чрезмерного затягивания судебного процесса либо исполнения вступившего в законную силу решения суда.

Следует отметить, что гражданском, уголовном или арбитражном судопроизводстве существенное влияние оказывает временной фактор. Законодателем чётко установлены сроки совершения судом отдельных процессуальных действий. И теперь этот закон запускает уже более эффективный механизм контроля над соблюдением сроков и привлечения к ответственности за их нарушения, однако потребуются дальнейшая работа по совершенствованию процессуального законодательства.

ОГРАНИЧЕНИЕ АКТИВНОГО ИЗБИРАТЕЛЬНОГО ПРАВА ОСУЖДЕННЫХ

*Шабашова Т. А.,
студентка Самарского юридического института ФСИИ России*

Признание человека, его прав и свобод высшей ценностью является ведущим принципом российского права. В России, как гласит ст. 17 (часть 1) Конституции РФ¹, признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией РФ. Но, исходя из ч. 3 ст. 55, права человека и гражданина могут быть ограничены. В свою очередь, права 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. Так, согласно положениям ст. 32 Конституции РФ граждане Российской Федерации имеют право участвовать в управлении делами государства как непосредственно, так и через своих представителей. Они имеют право избирать и быть избранными в органы государственной власти и органы местного самоуправления, а также участвовать в референдуме. Однако избирательное право граждан РФ имеет определенные ограничения. Так, в ч. 3 ст. 32 Конституции записано, что не имеют права избирать и быть избранными граждане, признанные судом недееспособными, а также содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда. С одной стороны, согласно положениям Закона РФ «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы»², принципами деятельности уголовно-исполнительной системы являются: законность, гуманизм, уважение прав человека. В соответствии с ч. 2 ст. 19 Конституции РФ, государство гарантирует равенство прав и свобод человека и гражданина независимо от каких-либо обстоятельств, связанных с местом его пребывания или жительства. С другой стороны, в дей-

¹ Конституция РФ от 12.12.1993 г. (с измен.) // СПС «Консультант Плюс», март, 2012 г.

² Закон Российской Федерации от 21 июля 1993 г. № 5473-1 «Об учреждениях и органах, исполняющих уголовные наказания в виде лишения свободы» (с измен. и дополнен.) // СПС «Консультант Плюс», март, 2012 г.

ствующем конституционном и избирательном законодательстве РФ применяется ряд специфических ограничений прав этих людей, в частности, ограничение активного и пассивного избирательного права на период нахождения в местах лишения свободы по приговору суда. При этом, объяснение сложившейся ситуации законодателем не дается, а предпосылки указанных ограничений не раскрываются. Международные общепризнанные нормы права закрепляют в ст. 21 Всеобщей декларации прав человека¹, ст. 25 Международного пакта о гражданских и политических правах² положение о том, что каждый гражданин без какой бы то ни было дискриминации и без необоснованных ограничений должен иметь право принимать участие в ведении государственных дел, посредством свободно выбранных представителей.

В основе политических прав и свобод граждан лежит возможность участвовать в общественной и политической жизни страны и тем самым участвовать в управлении государством, то есть отстаивании и лоббировании своих интересов. Право избирать включает в себе возможность принимать решение по формированию органов власти, обязательное для государственных органов, должностных лиц, граждан. Право избирать дает возможность участвовать в управлении опосредованно, через представителей. В свою очередь граждане, осужденные к лишению свободы, не могут реализовывать данное право. А ведь, отдавая свое предпочтение программе политической партии, общественному движению, независимому кандидату, избиратели определяют направленность законодательства, в том числе норм уголовного права. Российские политики считают наиболее действенным способом борьбы с преступностью ужесточение социального контроля, расширение системы тюрем, но, как правило, усиление уголовных репрессий не способствует обеспечению общественной безопасности. Но, влияние на потенциальных преступников оказывает не угроза тюремного заключения, а социальная составляющая. Безработица, низкий уровень образования, алкоголизм, наркомания – сопутствующие факторы высокой преступности. Необходима социальная профилактическая работа, чтобы отделить профессионального преступника от оступившегося, где возможно исправление путем применения наказания, не связанного с лишением свободы, предоставляя возможность трудиться, платить налоги, участвовать в управлении государством, заменить повсеместный институт лишения свободы на социальную политику. Ведь, попадая в сферу регулирования отношений, возникающих при исполнении наказания, лицо приобретает определенное правовое положение (статус). Осужденный – лицо, в отношении которого вынесенный судом обвинительный приговор вступил в законную силу и которому назначено наказание, предусмотренное законом. К данной категории лиц, обладающих специальным статусом, в равной степени относятся как лица, отбывающие уголовное наказание, связанное с лишением свободы, так и осужденные, отбывающие наказания, не связанные с изоляцией от общества. Требования ча-

¹ Всеобщая декларация прав человека / Принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 года // СПС «Консультант Плюс», март, 2012 г.

² Международный пакт о гражданских и политических правах / Принят резолюцией 2200 А (XXI) Генеральной Ассамблеи от 16 декабря 1966 года // СПС «Консультант Плюс», март, 2012 г.

сти 3 статьи 32 Конституции РФ – «не имеют права избирать граждане, содержащиеся в местах лишения свободы по приговору суда». Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации»¹ в статьях 5 и 4, соответственно, дублирует конституционное положение о запрете избирать, быть избранным и участвовать в референдуме лицам, содержащимся в местах лишения свободы по приговору суда. То есть, вышеперечисленными законами, осужденные, содержащиеся в местах лишения свободы, ограничены в своих избирательных правах. При этом Конституция Российской Федерации содержит противоречивые положения, автоматически применяемые в отношении осужденных заключенных в тюрьмах, вне зависимости от сроков их наказаний и вне зависимости от характера или тяжести совершенных ими преступлений и их личных обстоятельств. Кроме того, в Конституции РФ содержится двойственное положение в отношении лиц, имеющих равный правовой статус – осужденных. Поэтому необходимо провести грань, разделяющую меру ответственности лиц, совершивших тяжкие преступления от лиц, совершивших менее значительные преступления, чтобы не допустить уравнивания их правового статуса. Для этого, как указано в Концепции развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года, необходимо эффективное применение наказаний, альтернативных лишению свободы, в отношении лиц, совершивших преступления небольшой и средней тяжести. Это позволит снизить уровень криминализации общества, способствует разобщению преступного сообщества, а также снизит численность лиц, содержащихся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, а, значит, такие граждане смогут реализовывать свое активное избирательное право. Ведь лица, находящиеся в местах лишения свободы по приговору суда, ограничены в избирательных правах, в то время, как лица, осужденные к наказаниям, не связанным с лишением свободы, таким правом обладают.

Присоединением Российской Федерации в 1996 г. к Уставу Совета Европы и в 1998 г. к Конвенции о защите прав человека и основных свобод Россия обязалась соблюдать Европейские стандарты охраны прав и свобод человека, включающие в себя не только обязанность охранять и соблюдать зафиксированные в Конвенции права и свободы, но и признание юрисдикции Европейского Суда по правам человека². Согласно положениям статьи 3 Протокола № 1 Конвенции, гарантии прав являются решающим для установления и сохранения основ эффективной и значимой демократии, руководствующейся принципом верховенства права; при этом право на участие в голосовании на выборах является правом, а не привилегией. Тем не менее, очевидно, что права, предоставляемые статьей 3 Протокола № 1 Конвенции, не являются абсолютными, и существуют возможности их ограничения. Общемировая гуманизация уголовной

¹ Федеральный закон от 12.06.2002 № 67-ФЗ «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» (с изменен. и дополнен.) // СПС «Консультант Плюс», март, 2012 г.

² Конвенция «О защите прав человека и основных свобод» от 4 ноября 1950 г. // Бюллетень международных договоров, № 3, 2001.

политики должна носить, прежде всего, цивилизованную политическую форму. Избирательное право, возможность отстаивать свои свободы через институт представительства – цивилизованная форма влияния на качество изменений правовой политики.

Статья 25 Международного пакта о гражданских и политических правах закрепляет положение о том, что каждый гражданин без необоснованных ограничений должен иметь право принимать участие в ведении государственных дел, посредством свободно выбранных представителей. При лишении данного права, решение должно быть персонально обоснованно. Ведь граждане, освободившиеся из мест лишения свободы, вынуждены признавать ту власть и те новые порядки, которые были избраны и сформированы обществом без их участия. В данном случае вопрос о легитимности такой власти и таких порядков для этих граждан не является праздным. Поэтому важно увеличение общей численности лиц, осужденных к наказаниям, не связанным с изоляцией от общества. Одним из основных принципов наказания является индивидуализация и персонификация, воплощая в себе справедливость и гуманизм, позволяя избрать соответствующую тяжести содеянного и личностным особенностям осужденного меру наказания, заключающуюся в лишении или ограничении прав и свобод осужденного, как в личной свободе, так и в ряде политических, трудовых, гражданских прав. Недопустимо произвольное неаргументированное применение такой меры наказания, как лишение политических, избирательных прав, и принцип пропорциональности требует наличия четко различимой и достаточной связи между этой санкцией, противоправными действиями лица, в отношении которого применяется такая санкция.

Таким образом, соблюдение, охрана прав, свобод и законных интересов осужденных означает, что права и свободы граждан могут быть ограничены лишь приговором суда и только в той мере, в какой это предусмотрено законом. Автоматическое применение ко всем заключенным России уголовного наказания в виде лишения избирательных прав не отвечает ни целям наказания, ни интересам общества и государства. Поэтому важно формирование правоупорядоченного поведения осужденных без изоляции от общества, так как это значительно сократит количество граждан, находящихся в учреждениях уголовно-исполнительной системы, а, значит, такие граждане смогут реализовывать активное избирательное право.

О РОЛИ ЕВРОПЕЙСКОЙ КОНВЕНЦИИ О ЗАЩИТЕ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И ОСНОВНЫХ СВОБОД В СТАНОВЛЕНИИ ИНСТИТУТА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА НА ИНФОРМАЦИЮ

*Прихожденко А. В.,
студент Юргинского технологического института (филиала)
Томского политехнического университета*

Право на информацию является одним из основных прав человека. Возникновение данного права обусловлено тем, что информация пронизывает все сферы человеческой деятельности. Несмотря на это, право на информацию дол-

гое время не было выделено в самостоятельный институт ни в одной европейской стране, и даже сам термин «информация» редко использовался. Изменения произошли только после принятия Всеобщей Декларации прав человека 1948 г. и Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., когда внесение норм, закрепляющих право на информацию в национальные законодательства, стало необходимым для их соответствия европейским стандартам. Между тем, и сам европейский стандарт сформировался не на пустом месте. Появлению права на информацию в международном праве предшествовало возникновение и развитие идеи этого права в национальных правовых системах различных европейских государств. Например, в Швеции в 1766 г. был принят Закон о свободе слова и печати, который содержал как нормы, гарантировавшие свободу слова и печати, так и нормы, закреплявшие право граждан на доступ к информации, находящейся у государственных органов. Эти нормы были довольно прогрессивны для своего времени¹. Пятого апреля 1949 г. в Швеции был принят новый Закон о печати². Вторая глава закона была посвящена праву граждан на информацию. Нормы данного закона по смыслу были очень близки к нормам, регулирующим этот институт права в современных внутригосударственных правовых системах. И все же, подобные нормативные акты были редкостью в странах Европы. Следует, однако, отметить, что в законодательствах подавляющего числа европейских государств были и другие нормы, так или иначе связанные с правом человека на информацию. Такими нормами можно считать не только нормы, регулировавшие свободу слова, печати и выражения мнения, но и нормы, регулирующие вопросы защиты личной, семейной тайны, тайны телефонных, телеграфных и иных сообщений, так как сведения о личной жизни граждан также являются определенным видом информации, поиск, передача, производство и распространение которой могут осуществляться только при соблюдении установленных законом условий. Такие нормы были закреплены к моменту принятия Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в законодательствах многих европейских государств, например, в Конституции Ирландии от 29 декабря 1937 г. (ч. 5 и п. 1 ч. 6 ст. 40), в ст. 66 и 72 Конституции Республики Исландия от 17 июня 1944 г., в ст. 12, 13, 15 Хартии Испанцев от 17 июля 1945 г., в ст. 14, 15, 21 Конституции Итальянской Республики от 30 декабря 1947 г. и других стран.

Подобные права были закреплены и в Конституциях социалистических государств, например, в ст. 85, 86 Конституции Народной Республики Болгария от 4 декабря 1947 г., в 4, 6, 21 Конституции Чехословакии от 9 мая 1948 г., в ст. 8, 9 Конституции Германской Демократической Республики от 30 мая 1949 г., в 55 и 57 Конституции Венгерской Народной Республики от 18 августа 1949 г., в ст. 27, 29, 30, 39 Конституции Социалистической Федеративной Республики Югославия от 13 января 1953 г.³, в ст. 29 Конституции РСФСР от

¹ Beers T. I. Public Access to Government Information // Information Law towards 21st century. Information Law Series 2. Boston, 1992. P.82.

² Конституции буржуазных стран Европы. М., 1957.

³ Конституции зарубежных социалистических государств. М., 1973.

21 января 1937 г.¹. Конечно, ни в ст. 19 Всеобщей Декларации прав человека 1948 г., ни в ст. 10 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. право на информацию еще не считалось самостоятельным. Предполагалось, что оно является элементом свободы выражения мнения. Однако указанные статьи имели большое значение для возникновения этого права. Во-первых, потому что это были первые документы, в которых на международном уровне был использован сам термин «информация», в то время, как в законодательствах большинства государств использовались такие термины, как «мысль» и «мнение». Например, в п. 1 ч. 6 ст. 40 Конституции Ирландии от 12 декабря 1937 г., в ст. 72 Конституции Исландии от 17 июля 1944 г. и в других. Во-вторых, в указанных международных документах был четко очерчен круг действий, которые человек мог осуществлять в отношении информации. То есть он мог искать, получать и распространять ее любым законным способом, независимо от государственных границ. Однако ст. 10 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в отличие от ст. 19 Всеобщей Декларации прав человека 1948 г. предусматривала право государства в определенных случаях осуществлять контроль над передачей многих видов информации. Так, в ст. 10, в частности, говорилось, что данная статья не препятствует государствам вводить лицензирование радиовещательных, телевизионных или кинематографических предприятий². Такое предположение следует и из решений Европейского Суда по делам *Handy Side v. United Kingdom* от 7 декабря 1996 г. (№ 24) 1 Е.Н.Р.Р. 737 и *Observer & Guardian v. United Kingdom* от 26 ноября 1991 (№ 216) 14 Е.Н.Р.Р. 153³. В них речь идет о запрете на распространение издательствами информации. В первом случае это было связано с возможностью растлевающего влияния определенных сведений на малолетних, во втором – с охраной государственной тайны. Согласно этим решениям вмешательство государства в осуществление прав, защищаемых Европейской Конвенцией о защите прав человека и основных свобод, возможно, если оно оправдывается мерами, необходимыми в демократическом обществе. Но здесь следует иметь в виду, что, если государствам разрешается при наличии достаточных оснований вмешиваться в осуществление прав, защищаемых Конвенцией, неизбежно признается, что на практике лишь немногие ограничения поведения государства могут быть абсолютными. Ни во Всеобщей Декларации прав человека 1948 г., ни в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод ничего не говорится о видах информации, поиск, получение и распространение которой регулируют их нормы. Указание в ст. 10 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод на право государства контролировать распространение информации дает основание предполагать, что речь идет не только о культурной или научной информации или сведениях, составляющих личную или семейную тайну, но и об официальной информации,

¹ Сборник законодательства по конституционному (государственному) праву РФ. Ростов-на-Дону; М., 1997.

² Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод // Право Совета Европы и Россия. Краснодар, 1996.

³ Дженис М., Кей Р., Брэдли Э. Европейское право в области прав человека: Практика и комментарии. М., 1997. С.182-196.

то есть сведениях о деятельности органов государственной власти и местного самоуправления, а также и о деятельности их должностных лиц. Одной из первых стран, в законодательстве которой нашли наиболее полное отражение идеи, выдвинутые в Европейской Конвенции, была Социалистическая Федеративная Республика Югославия. Так, уже в Конституции от 7 апреля 1963 г. говорилось именно об «информации» и о праве на ее получение (ч. 5 ст. 40)¹. В ней также предусматривалось создание благоприятных условий для лучшего качества информирования населения для развития соответствующих областей деятельности (ч. 7 ст. 40). Эти положения были развиты позднее в Конституции СФРЮ от 21 февраля 1974 г. В ней предусматривалась гласность работы государственных органов (ст. 97) и создание «общей системы информации», которая должна была обеспечить согласованный учет, сбор, обработку и опубликование сведений и фактов, имеющих значение для наблюдения за общественным развитием, а также доступность информации об этих сведениях и фактах (ст. 75). Однако в самой формулировке этих статей усматривается возможность ограничения права граждан на информацию, так как в указанной Конституции говорилось об информации, «представляющей общественный интерес», и умалчивалось о том, кто должен решать, представляет тот или иной вид информации общественный интерес или нет. Ничего не говорилось и о праве граждан на личный доступ к официальным документам. Несмотря на эти недостатки, в обеих упомянутых Конституциях СФРЮ право граждан на информацию не резюмировалось как элемент свободы слова и печати, хотя и указывалось на их близкую взаимосвязь (например, в ч. 5 ст. 40 Конституции СФРЮ от 7 апреля 1963 г.). В конце 70-х и в 80-е гг. свобода выражения мнения в том виде, в котором она была представлена в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., была закреплена в Конституциях 124 стран мира. В некоторых странах право на информацию было закреплено как самостоятельный институт (п. «d» ч. 1 ст. 20 Конституции Испании от 27 декабря 1978 г.), а также во Франции в Законе о доступе к отчетам исполнительной власти 1978 г.², в Великобритании в Законе о доступе к информации 1985 г. В России право на информацию появилось только в 1991 г. с принятием Декларации прав и свобод человека и гражданина. Норма этой Декларации, закреплявшая право на информацию, была позднее использована и в Конституции РФ 1993 г. (ст. 29). В бывших советских республиках право на информацию также появилось только в 90-е годы 20-го века. В некоторых странах оно закреплено как самостоятельный институт права. Например, в Конституциях Казахстана от 28 января 1993 г., Туркменистана от 18 мая 1992 г., Эстонии от 28 мая 1992 г., Республики Беларусь от 5 марта 1994 г., Республики Армения от 5 июля 1995 г., Украины от 28 июня 1996 г.³.

Таким образом, Европейская Конвенция о защите прав и основных свобод человека является одним из основных документов в мировой практике, в

¹ Конституции зарубежных социалистических государств. М., 1973. С. 568-572.

² Birkinshaw P. Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal. L., 1988.

³ Конституции стран-членов СНГ: Сборник документов. Ереван, 1997.

которых получила развитие идея права человека на информацию. Эта идея существовала в законодательствах различных государств и до принятия Конвенции, но только в ней идея права человека на информацию получила наиболее четкое отражение. В результате появления Конвенции право человека и гражданина на информацию было закреплено в законодательствах многих европейских государств как элемент свободы слова и выражения мнения. В ряде государств законодательная практика пошла еще дальше, закрепив это право в виде самостоятельного института.

Резюмируя вышесказанное, можно предположить, что Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. сыграла большую роль в формировании права человека и гражданина на информацию, обобщив в нормах своих статей наиболее прогрессивную практику европейских государств и сделав ее примером для развития подобных норм как в рамках свободы слова и выражения мнения, так и в качестве самостоятельного института права.

КОНСТИТУЦИОННЫЕ И МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВЫЕ ГАРАНТИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В БОСНИИ И ГЕРЦЕГОВИНЕ

*Павлович Гойко,
мастер права, ассистент кафедры полицейских наук
и наук о безопасности Высшей школы внутренних дел
(г. Баня-Лука, Республика Сербская)*

1. Понятие прав человека и необходимость их защиты. Трудно представить себе в современном мире социально-политический или идеологический феномен, который по своей вездесущести и значению мог бы соперничать с концептом прав человека. Но, вместе с тем, столь же трудно найти понятие, которые бы было связано с таким количеством недоразумений, было бы столь двусмысленно и вызывало бы настолько противоречивые чувства. «Как денатурированный вид того, что когда-то называлось *«естественными правами»*, права человека представляют собой, в рамках стабильных либерально-демократических обществ, одно из наиболее значимых достижений современного мира и результат многовековых усилий, направленных на защиту индивидуальных свобод и верховенства права»¹. Как отмечает В. Корах, «общим и основополагающим было убеждение, что каждый индивид – часть общества, что общество – часть природы, а природа – выражение божьей воли»². Таким образом, индивид на протяжении веков рассматривался как часть общества, и его роль связывалась исключительно с обществом. В XVII в., под влиянием нового философского направления, известного как рационализм, в юридической науке

¹ Ђурковић, М. Поредак, морал и људска права. Београд, 2001. С. 11.

² Кораћ, В. Историја друштвених теорија. Београд, 1990. С. 15.

получает развитие новое течение, получившее название естественно-правовой школы¹.

Нельзя, однако, не обратить внимания на произошедший в рациональной теории естественного права переворот. Если когда-то исходным пунктом этих идей служили Бог, космос, природа, которые являлись источником определённых правил (естественных законов), то сегодня их место занял индивид с его личными и субъективными правами. Кроме того, акцент перемещён с обязанностей, с повелевающих и запрещающих общих норм естественного права на личные, прирождённые, субъективные права, которые каждый индивид имеет как человеческое существо, а не как представитель того или иного государства, нации или класса, и которые являются универсальными и неотчуждаемыми². Ж. Муржон определяет права человека как «урегулированные нормами прерогативы, исключительно принадлежащие лицу в его отношениях с другими лицами или с властью»³. Б. Милосавлевич и Д. Попович пишут, что это «права, принадлежащие людям с самого рождения. Каждое человеческое существо имеет их как прирождённые и неотчуждаемые. Они возникают до государства, поэтому индивид не обязан ими государству, а государство должно их уважать. Таково определение прав человека в духе традиций естественно-правовой школы»⁴.

В теории права, как известно, различают понятия *объективного* и *субъективного* права⁵. Объективное право составляют правовые нормы, исходящие от законодателя, в соответствии с которыми люди (или только граждане) должны вести себя. Объективное право создают не только национальные, но и международные органы и организации. Субъективное право приобретается на основании нормы объективного права (конституции, закона, международного договора или иного общего правового акта). Это значит, что круг субъективных прав, принадлежащих гражданам различных государств, неодинаков ввиду различий в национальных правовых системах. Существуют различные классификации субъективных прав, однако все их объединяет то, что они исходят от гос-

¹ См. подробнее: Тарановски, В.Ф. Энциклопедија права. Београд, 2003. Вместе с тем, С. Перович отмечает, что «возраст родового дома естественного права насчитывает столетия, начиная с древнейших времён. От Аристотеля и его предшественников до Канта и его последователей, идея и школа естественного права пережила века, чтобы явиться к нам сегодня под именем прав человека» (см.: Перовић, С. Природно право и суд. Београд, 1996. С. 47). Дж. Финнис также подчёркивает, что «у естественного права нет истории, ибо его принципы действуют вечно, сколько бы их ни отвергали, ни игнорировали и в открытую ни нарушали. А то, что вечно и неизменно, не может рассматриваться как исторический феномен (который появляется, существует и исчезает)». Однако он не оспаривает, что существует история представлений или теорий, утверждающих существование принципов естественного права. См.: Finnis, J. *Natural Law and Natural Rights*. Oxford, 1980. P. 24.

² Врањанац, Д. Основи права / Д. Врањанац, Г. Дајовић. Београд, 2009. С. 216. Таким образом, понятие прав человека (а точнее, людских прав — human rights) является довольно новым и означает как раз то, что когда-то называлось *droits de l'homme*. В 1940-е гг. Элеонора Рузвельт, работая в ООН, поддержала формулировку «людские права», сославшись на то, что выражением «права человека» в некоторых частях мира не охватываются права женщин. «Права человека» и сами на определённом этапе заменили первоначальное выражение «естественные права». См.: Перовић, С. Природно право и суд. Београд, 1996. С. 47 (сноска 136).

³ Муржон, Ж. Лудска права. Београд, 1998. С. 9.

⁴ Милосављевић, Б. Уставно право / Б. Милосављевић, Д. Поповић. Београд, 2009. С. 141. Ср.: Levinson, D. *Encyclopedia of crime and punishment*. Volume 2. Thousand Oaks, London, New Delhi, 2002. P. 861.

⁵ См. подробнее: Радоњић, Р. Демократија. Подгорица, 2004. С. 173.

ударства и его уполномоченных органов. Государство может предоставлять, ограничивать, обуславливать и даже отменять такие субъективные права. Однако если бы все права, которыми пользуется человек, имели такую природу, то человек был бы полностью подчинён государству и представлял бы собой скорее *подданного*, нежели *гражданина*¹.

Как отмечает профессор Б. Милосавлевич, «концепция прав человека развита на основе идеи о справедливом устройстве взаимоотношений между индивидом и государственными властями. Согласно этой концепции, индивид перестаёт быть подданным государства, который имеет только обязанности. Как гражданин, он имеет известные права, и государство должно эти права уважать. Права человека, таким образом, представляют собой права, принадлежащие каждому индивиду в силу самого по себе факта, что он является человеческим существом»². Аналогичное мнение высказывает и Й. Хасанбегович: «права человека, без всякого сомнения, являются одной из величайших правовых и общественно-политических идей в истории и, вероятно, величайшее правовое и общественно-политическое изобретение, в полном смысле слова *novum* современности. Без прав человека нет и гражданина – есть только *Untertan* (немецкий термин для обозначения подданного, более точный по сравнению с английским *subject*). Без прав человека нет ни современной демократии, ни конституции и конституционализма, ни правового государства, понимаемого как верховенство права»³. Как отмечает другой автор, этот вопрос формулируется в смысле различия, существующего в английской терминологии между *human rights* и *legal rights*. Здесь фактически речь идёт не о терминологической, а о сущностной проблеме, о том, даны ли нам наши (как человеческих существ) права (и обязанности) правом (т. е. октроированы данным правовым порядком) или же они составляют самую сущность нашего существования. В конце автор приходит к выводу о несомненности того, что права человека представляют собой последнее, а с юридической точки зрения они суть источник и предмет определённого правового регулирования, как национального, так и международно-правового⁴. Среди субъективных прав, стало быть, имеются такие, которые не зависят от доброй воли или нынешних потребностей государства и которые человеческое существо имеет в силу того, что является человеческим существом. Эти права называются *правами человека*, и их происхождение следует искать в явлениях не позитивно-правового (конституции и законах), а морального порядка.

В современной теории встречаются различные критерии классификации прав человека. В зависимости от времени их появления французский теоретик *Карел Васак*, опираясь на основные лозунги Французской революции, разделил

¹ Ђурић, Б. Плава страна људских права. Београд, 2002. С. 11-12.

² Милосављевић, Б. Људска права и полиција. Београд, 2005. Стр. 15-16.

³ Хасанбеговић, Ј. Култура и/или идеологија људских права – реторика и реалност // Анали Правног факултета у Београду. 2009. Год. LVII. Бр. 4. С. 82.

⁴ Павловић, Г. Уставне и међународноправне гаранције људских права у Босни и Херцеговини као основ превазилажења незапослености / Г. Павловић, Н. Грбић-Павловић // Зборник радова „Незапосленост“. Бања Лука: Клуб интелектуалаца 123 и Европски дефендологија центар, 2011. С. 241.

права человека на три поколения: *первое поколение*¹ – личные и политические права (свобода); *второе поколение*² – экономические, социальные и культурные права (равенство) и *третье поколение*³ – права солидарности (братство)⁴. Однако есть авторы, не признающие деления прав человека даже на гражданские и политические, с одной стороны, и экономические и социальные, с другой. Один из таких авторов – *F. Prezetacznik*, который пишет: «Такое формальное деление прав на два различных правовых инструмента искусственно, ибо человеческая личность неделима. Право на жизнь является первичным, базисным правом человека, из которого вытекают все остальные права человека. Следующее базисное право человека – право на свободу и безопасность личности. Далее следует право на образование, дающее каждому индивиду возможности трудоустройства и участия в политической и общественной жизни. Следующим в данном списке является право на труд, на свободный выбор рабочего места, дающее возможность обеспечить своё существование. Для реализации всех этих и других прав каждому индивиду должна быть гарантирована соответствующая охрана здоровья»⁵. Права человека и дальше будут развиваться в направлении их расширения и укрепления гарантий их соблюдения, и это развитие сохранит те основные принципы, на которых покоится всё «здание» прав человека, как то: уважение человеческого достоинства; универсальность (принадлежность всем человеческим существам); неотчуждаемость (никто не может быть лишён этих прав и никто не может от них отречься) и равенство (всякое человеческое существо имеет одинаковые права, независимо от расы, цвета кожи, пола, языка, вероисповедания, политических или иных убеждений, социального происхождения, имущественного положения, рождения или иных обстоятельств)⁶.

2. *Конституционные и международно-правовые гарантии прав человека в Боснии и Герцеговине.* Босния и Герцеговина (БиГ) в её нынешнем виде возникла на основании мирного договора, подписанного 14 декабря 1995 г. в Па-

¹ Права человека первого поколения включают в себя личные и политические права и свободы, относящиеся к числу основных и встречающиеся во всех конституционных системах, поскольку ими защищается телесная, моральная и духовная неприкосновенность человека. В историческом отношении они являются старейшими и служат фундаментом всех других прав. Таковыми признаются: право на жизнь, право на равенство, свобода человека, право на защиту достоинства и неприкосновенности личности, свобода передвижения и выбора места жительства, неприкосновенность жилища, право на защиту сведений о личности, избирательное право, свобода объединений, свобода слова и выражения, свобода печати и др. См.: Кузмановић, Р. Устав и права грађана / Р. Кузмановић, М. Дмичић. Српско Сарајево, 2001. С. 81-89.

² Права человека второго поколения включают в себя экономические, социальные и культурные права (или, как говорят иногда, права социального благосостояния), появившиеся во второй половине XIX — начале XX вв. Речь идёт о праве на труд и правах, вытекающих из трудовых отношений, социальных правах (право на соответствующий уровень жизни, право на охрану здоровья, защита семьи, материнства и детства), культурных правах (право на образование, право на участие в культурной жизни и т. п.). Для реализации этих прав (в отличие от прав гражданских и политических) недостаточно воздержания государства от их нарушения, а необходима активная его роль в создании макроэкономических условий для более быстрого социального развития и перераспределении результатов этого развития в пользу неимущих граждан. См.: Радоњић, Р. Демократија. Подгорица, 2004. С. 191-192.

³ Имеются в виду: право на развитие, право на благополучную окружающую среду, право на мир и другие права, признанные после Второй мировой войны.

⁴ Живковић, М. Уставно право / М. Живковић, Д. Симовић. Београд, 2008. С. 83.

⁵ Вучинић, Н. Основи људских права и слобода. Подгорица, 2001. С. 182.

⁶ Милосављевић, Б. Људска права и полиција. Београд, 2005. С. 15-16.

риже¹, который, в свою очередь, стал результатом переговоров, проходивших в период с 1 по 21 ноября 1995 г. на базе *Wright-Patterson* близ Дейтона. Конституция БиГ² является лишь одним из приложений к Дейтонскому мирному соглашению, подписанному двумя государственными образованиями (Федерацией Боснии и Герцеговины и Республикой Сербской) и центральными властями Республики Босния и Герцеговина. Остальные приложения также, несомненно, имеют конституционно-правовое значение. Конституция БиГ является второй конституцией, принятой при международной помощи и содействии в условиях вооружённого конфликта³. Эта конституция предусматривает передачу практически всех государственных функций т. н. «энтитетам» – Федерации Боснии и Герцеговины и Республике Сербской – и сочетает минималистский подход к государственной власти с максималистским подходом к балансу власти. К компетенции центральных властей отнесены лишь несколько предусмотренных вопросов, которые должны решаться единогласно на основе консенсуса всех сторон, включая «энтитеты» и государствообразующие народы⁴.

Ключевой основой конституционного строя Боснии и Герцеговины являются права человека и их защита⁵. Однако в сегодняшней Боснии и Герцеговине права человека стали фразой, часто используемой в конъюнктурно-политических целях, без понимания подлинного значения и адекватного представления об эффективных механизмах защиты этих прав. Поэтому, повторим ещё раз, без механизмов их защиты права человека представляют собой пустую прокламацию, не имеющую в реальной действительности никакого значения. В этой связи возникает вопрос о соотношении конституции⁶ и Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод как акта, содержащего не только признанный договаривающимися сторонами минимум охраняемых прав человека, но и механизмы защиты этих прав, включая обязательство договаривающихся государств никоим образом не препятствовать осуществлению прав человека как на наднациональном уровне, так и в рамках каждой отдельной правовой системы.

¹ Официальное название – Общее рамочное соглашение о мире в Боснии и Герцеговине (англ. The General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina; серб.-хорв. Opšti okvirni sporazum za mir u Bosni i Hercegovini).

² Устав Босне и Херцеговине. Режим доступа: http://www.parlament.ba/vazniji_propisi/Ustav_BiH/S.pdf.

³ Первой была Конституция Федерации Боснии и Герцеговины, утверждённая в марте 1994 г. Федерация Боснии и Герцеговины как территориальное образование возникла в результате соглашения, подписанного в 1994 г. в Вашингтоне представителями Республики Хорватии, Герцег-Босны и Республики Босния и Герцеговина.

⁴ Группа аутора. Људска права у Босни и Херцеговини. Сарајево: Центар за щудска права Универзитета у Сарајеву, 2009. С. 29.

⁵ Следует, однако, заметить, что та самая Конституция, в которой права человека получили центральное место, став одним из столпов конституционного строя, содержит ряд дискриминационных положений (например, положения, регулирующие порядок избрания членов Президиума БиГ и делегатов Палаты народов Парламентского собрания БиГ). См. постановление Большой палаты Европейского суда по правам человека от 22 декабря 2009 г. по делу «Сейдич и Финци против Боснии и Герцеговине» (заявления № 27996/06 и № 34836/06). Доступно на: www.bgcentar.org.rs.

⁶ Перечень прав человека, содержащийся в разделе 3 статьи II Конституции БиГ, практически полностью совпадает с Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод, однако конституционный законодатель, несмотря на это, отводит Европейской конвенции особое место в Конституции БиГ. Её положения имеют прямое действие и распространяется на всех субъектов права — как на государства-участники, так и на индивидов.

В английском тексте Конституции БиГ¹, в разделе 2 статьи II, сказано: «The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law»². Переводя это положение на сербский язык и прибегая к буквальному толкованию, можно прийти к выводу, что формулировку *over all other law* следует понимать таким образом, что Европейская конвенция в правовой системе Боснии и Герцеговины стоит выше всей правовой системы Боснии и Герцеговины, а стало быть, и выше Конституции БиГ. В качестве дополнительного подтверждения такого толкования может служить пункт «б» раздела 3 статьи III Конституции БиГ, в котором сказано: «The general principles of international law shall be an integral part of the law of Bosnia and Herzegovina and the Entities», что можно перевести как: «Общие принципы международного права являются неотъемлемой частью правовой системы Боснии и Герцеговины и энтитетов». Таким образом, слово *law* в данном случае следует переводить как право или правовую систему, т. е. употребляется оно здесь в том же контексте, что и в разделе 2 статьи II Конституции БиГ. Кроме того, в разделе 2 статьи I Конституции БиГ провозглашается: «Bosnia and Herzegovina shall be a democratic state, which shall operate under the rule of law and with free and democratic elections», где *rule of law* означает общеизвестное понятие верховенство права, часто ошибочно переводимое как верховенство закона, что намного ближе к «континентально-германскому» пониманию права, которое было бы вполне приемлемо, если бы Конституция Боснии и Герцеговины не представляла собой типичный пример англо-американского подхода к разработке общих актов³.

То место, которое процитированный выше раздел 2 статьи II Конституции БиГ отводит Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод в конституционно-правовой системе Боснии и Герцеговины, превращает эту конвенцию в основной столп конституционного строя Боснии и Герцеговины, в документ, имеющий бóльшую юридическую силу, чем сама конституция. В пользу этого утверждения свидетельствует и статья X Конституции БиГ, определяющая порядок принятия конституционных поправок. Раздел 2 данной статьи устанавливает, что никакие конституционные поправки не могут отменять или умалять какие-либо из прав и свобод, указанных в статье II Конституции БиГ, а равно изменять данное положение. Таким образом, статья II Конституции БиГ стала единственной конституционной нормой, не подлежащей пересмотру, что должно предотвратить умаление прав человека, в ней провозгла-

¹ Согласно ст. XI Общего рамочного соглашения о мире в Боснии и Герцеговине Конституция БиГ написана на боснийском, сербском, хорватском и английском языках, причём все четыре текста аутентичны. Основываясь на буквальном толковании этого положения вышеназванного договора, можно прийти к выводу, что за текстами на всех четырёх языках должно признаваться одинаковое значение. Однако учитывая тот факт, что версии Конституции БиГ на официальных языках страны (боснийском, сербском и хорватском) никогда официально не публиковались, в качестве аутентичной может быть признана лишь английская версия.

² Bosnia and Herzegovina, Essential texts (2nd revised and updated edition), OHR. Доступно на: <http://www.ohr.int>.

³ Павловић, Г. Уставне и међународноправне гаранције људских права у Босни и Херцеговини као основ превазилажења незапослености / Г. Павловић, Н. Грбић-Павловић // Зборник радова „Незапосленост“. Бања Лука: Клуб интелектуалаца 123 и Европски дефендологија центар, 2011. С. 245.

шённых¹. Следует подчеркнуть, что закрепление прямого действия Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод на территории Боснии и Герцеговины по сути означает непосредственное применение её положений судами в Боснии и Герцеговине без принятия каких-либо специальных актов об их имплементации. Кроме того, прямое действие Европейской конвенции означает запрет государственным органам каким бы то ни было образом препятствовать использованию предусмотренных ею прав, что означает перевод этих прав на уровень национального права и затушёвывание их подлинного источника и значения².

Кроме того, Конституция БиГ обеспечивает уважение прав человека, вытекающих из международного права, посредством уважения общепризнанных принципов международного права, которые прямо определяются в качестве составной части правовой системы Боснии и Герцеговины и её энтитетов. Таким образом, правовые нормы, обеспечивающие целостность правовой системы Боснии и Герцеговины, к числу коих, разумеется, относятся и нормы, закрепляющие конституционный строй, не могут толковаться вне связи с общими нормами международного права³. Конституция Боснии и Герцеговины, равно как и конституции энтитетов, содержат перечни международно-правовых актов о защите прав человека, подлежащих применению в Боснии и Герцеговине. Кроме уже упомянутой Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, к числу таких документов относятся: Конвенция о предупреждении преступления геноцида и наказании за него (1948); четыре Женевские конвенции о защите жертв войны (1949) и два Дополнительных протокола к ним (1977); Конвенция о статусе беженцев (1951) и Протокол к ней (1966); Конвенция о гражданстве замужней женщины (1957); Конвенция о сокращении безгражданства (1961); Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965); Международный пакт о гражданских и политических правах (1966) с факультативными протоколами (1966 и 1989); Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966); Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин (1979); Конвенция против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (1987); Европейская конвенция по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания (1987); Конвенция о правах ребёнка (1989); Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (1990); Европейская хартия региональных языков и языков меньшинств (1992); Рамочная конвенция о защите национальных меньшинств (1994).

3. Заключение. Права человека суть те права, которые принадлежат каждому человеческому существу в силу того, что оно является человеческим существом. Эти права не даруются индивиду государством, ибо их основание является надправовым или моральным. Естественно-правовая школа учит, что

¹ Група аутора. Људска права у Босни и Херцеговини. Сарајево: Центар за щудска права Универзитета у Сарајеву, 2009. С. 32.

² Ср.: там же, стр. 33.

³ Там же.

права человека появляются при таких порядках, которые проистекают из природы и основываются на разуме. Как отмечает К. Фридрих, «концепция прав, воплощённая в британском Билле о правах (1689), Декларации независимости США (1776) и Декларации прав человека и гражданина (1789), целиком основывается на естественно-правовых представлениях. Считалось, что человек имеет определённую и неизменную природу, что он наделён разумом, дающим ему известные права, без которых он перестал бы быть человеческим существом. Эти естественные права, выраженные в принадлежащей Локку формуле «жизнь, свобода и собственность» (позднее дополненной стремлением к счастью), тесно связаны с защитой личности индивида от господства силы»¹.

В эпоху великих буржуазных революций идея прав человека проникла сначала в политические документы, а оттуда – в тексты конституций; таким образом, именно под воздействием революций произошла *конституционализация* прав человека². На период между двумя мировыми войнами и особенно на время после Второй мировой войны приходятся процессы *интернационализации* (признания на международно-правовом уровне) прав человека и их *универсализации* (распространения по всему миру). Предпосылки этих процессов намечаются в конце XIX в., когда были приняты конвенции о гуманитарном праве и защите меньшинств, а переломным моментом можно считать принятие Всеобщей декларации прав человека (1948) как первого каталога прав человека, который со временем стал обязательным для всех государств³. С учётом сказанного становится очевидным, что основания прав человека лежат сегодня не только в Конституции, но и в значительной мере в международном праве. Можно сказать, что раздел конституционно-правовой материи, посвящённый правам человека, в ходе развития современного права стал предметом унификации в общемировом масштабе⁴.

Конституция Боснии и Герцеговины гарантирует, что Босния и Герцеговина и оба её энтитета обеспечивают высший уровень международно-признанных прав человека и основных свобод. Права и свободы человека становятся, таким образом, одной из высших ценностей конституционного строя. Особая ценность гарантированных в Боснии и Герцеговине прав и свобод человека состоит в том, что они никоим образом не могут ограничиваться ни законом, ни деятельностью учреждений государственной власти⁵. Список применяемых в Боснии и Герцеговине документов о правах человека поистине впечатляет, однако определённым недостатком является тот факт, что Конституционный суд БиГ применяет их лишь тогда, когда заявитель ссылается на дискриминацию, как она определена в разделе 4 статьи II Конституции БиГ. Так ука-

¹ Фридрих, К. Конституционална демократија. Подгорица, 2005. С. 143.

² Поповић, Д. Основи уставног права. Београд, 2004. С. 78.

³ Милосављевић, Б. Уставно право / Б. Милосављевић, Д. Поповић. Београд, 2009. С. 32.

⁴ Поповић, Д. Основи уставног права. Београд, 2004. С. 143.

⁵ Павловић, Г. Уставне и међународноправне гаранције људских права у Босни и Херцеговини као основ превазилажења незапослености / Г. Павловић, Н. Грбић-Павловић // Зборник радова „Незапосленост“. Бања Лука: Клуб интелектуалаца 123 и Европски дефендологија центар, 2011. С. 248.

занное положение становится своеобразным «ключом», открывающим двери применению международно-правовых актов¹.

ПРАВА И СВОБОДЫ ЧЕЛОВЕКА И ГРАЖДАНИНА В КОНТЕКСТЕ РОССИЙСКОГО КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

*Воронова А. О.,
студентка юридического факультета РГТЭУ (Кемеровский филиал)*

Еще русский либеральный юрист Б. А. Кистяковский отмечал, что главное и самое существенное содержание права составляет свобода и право есть только там, где есть свобода личности: «Если мы сосредоточим свое внимание на правовой организации конституционного государства, то для уяснения его природы наиболее важным являются именно эти свойства права. Поэтому правовой порядок есть конституционная система отношений, при которой все лица данного общества обладают наибольшей свободой деятельности и самоопределения»².

П. Новгородцев, анализируя природу правового (конституционного) государства, основанного на свободе и правах человека, подчеркивал, что именно в этом качестве государство сохранило практическую ценность необходимой и целесообразной организации, оказывающей человечеству элементарные, но незаменимые услуги.

Можно рассматривать разные стороны конституционного государства, однако при различиях конкретных структурных элементов, включенных в понятие конституционного государства, неизменным базовым и неотъемлемым элементом выступает свобода личности, объективированная в системе ее неотъемлемых прав. К этому определяющему компоненту привел многовековой поиск нормальных отношений между личностью и государством, которое в своей первоначальной сущности довлело над индивидом, подавляло его, ограничивало его свободу, навязывая ему стандарты поведения, удобные прежде всего государству.

Высокая ценность конституционного государства состоит в том, что оно возникло на путях поиска свободы и, в свою очередь, стремится быть гарантией этой свободы, которая одновременно служит гарантией самого конституционного государства. Конституционное государство в современных условиях –

¹ Например, если кто-либо обратится в Конституционный суд с жалобой на нарушение права на труд, гарантированное Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах (который указан в Приложении I к Конституции БиГ), но при этом не докажет, что при осуществлении этого своего права он стал жертвой дискриминации в смысле раздела 4 статьи II Конституции БиГ, его жалоба будет оставлена без рассмотрения как неприемлемая *ratione materiae*, так как право на труд в основном тексте Конституции БиГ не гарантировано, а речь о нём идёт лишь в вышеуказанном Пакте. См.: Група аутора. Људска права у Босни и Херцеговини. Сарајево: Центар за људска права Универзитета у Сарајеву, 2009. С. 40.

² Кистяковский Б. А. В защиту права (Интеллигенция и правосознание) // Вестник Московского университета. Сер. 7. Философия. 1990. № 3. С. 56.

высшая ступень развития свободы и ее выражения в определенных государственно-правовых категориях.

Экономические, социальные и культурные права и свободы имеют важнейшее значение для жизни человека. Конституция РФ дает новые трактовки многих прав и свобод, входящих в эту группу, отражая проводимые в стране реформы, прежде всего экономические. В своей совокупности эта группа прав обеспечивает свободу человека в экономической, социальной и культурной сферах и дает ему возможность защитить свои жизненные потребности. В вопросах жизнеобеспечения большинство людей не могут положиться только на свои силы. Сохраняя свободу, они в то же время зависят от других людей, интересы которых часто совсем иные. Поэтому в интересах общества возникает необходимость защиты жизненных прав человека от экономического произвола и социальной несправедливости, а также – дать ему силы для духовного развития и проявления своих способностей.

По своему юридическому содержанию данные права не одинаковы. Некоторые (например, право частной собственности), по существу, являются бесспорными правами прямого действия, другие (право на отдых или на социальное обеспечение) представляют собой субъективные права, конкретное содержание которых вытекает из действующего отраслевого законодательства, третьи (право на труд, право на жилище и др.) порождают для государства только общую обязанность проводить политику содействия в их реализации. Различия в юридическом содержании порождают различную степень массовости пользования этими правами – те из них, которые лучше обеспечены, проявляют свое жизненное значение, а другие остаются на бумаге. Важная особенность этой группы прав состоит в том, что они закрепляются за каждым человеком, т. е. не зависят от гражданства их субъектов.

Мне бы хотелось подробнее рассмотреть право на свободу творчества.

В исследованиях в сфере конституционного права о содержании свободы творчества доминирует подход к ней как к элементу конституционной системы прав и свобод человека и гражданина, публично-правовые особенности ее содержания исследуются значительно реже. Соответственно в науке и практике сложилась ситуация, когда, с одной стороны, свобода творчества как условие саморазвития личности провозглашено Конституцией РФ, а с другой стороны, сегодня не завершено реформирование российского законодательства о творчестве и творческой деятельности.

До сих пор не принят федеральный закон о творчестве и творческой деятельности, отвечающей современным реалиям, учитывающей все многообразие видов творчества. Отношения в области творчества регулируются Основами законодательства РФ о культуре 1992 г. (далее – ОЗК РФ¹), однако область применения ОЗК РФ включает главным образом творчество в области художественной культуры.

Кроме того, в действующем законодательстве нечетко выражены два основополагающих представления о природе творчества: персонцентрический,

¹ Ведомости РФ. 1992. N 46. Ст. 2615.

когда творчество рассматривается с позиции субъекта творческой деятельности как реализация способностей, и социоцентрический, когда творчество понимается как деятельность человека, результатом которой является общественно значимый продукт¹.

В энциклопедических источниках «творчество» определяется как действие от глагола «творить» в значении «создавать, производить, созидать»²; понятие «свобода» имеет следующие значения: «способность человека действовать в соответствии со своими интересами и целями. Опираясь на познание объективной необходимости», «возможность действовать в какой-либо области без ограничений, запретов, беспрепятственно», «личная независимость, самостоятельность», «возможность поступать по своей воле, своему усмотрению»³.

Собственно свобода творчества индивида не поддается правовому регулированию в том смысле, что она раскрывается только в его (индивида) внутреннем опыте, творческий процесс неалгоритмичен (он регулирует сам себя); через творчество человек реализует себя как субъект культуры. Посредством правового регулирования обеспечивается выражение государственного отношения к саморазвитию и инициативности личности, результатам творческого труда, к культуре в целом, для которой творчество выступает важнейшим фактором динамики. Свобода творчества – неотъемлемая составляющая духовной жизни общества, демократической традиции, правового государства; она включает в себе «сложный комплекс прав, интересов, общественных потребностей, обязанностей и неизбежных ограничений»⁴.

Основу такого состояния действительности создает международное право и конституционное право конкретной страны. Всеобщая декларация прав человека (1948 г.) не гарантировала свободу творчества. Принцип уважения свободы, безусловно, необходимой для научных исследований и творческой деятельности, получил закрепление позднее в ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г. в разделе «Культура» Парижской хартии для новой Европы 1990 г. Гарантия свободы творчества является составной частью человеческого измерения СБСЕ⁵.

Впервые в советское время государственное отношение к свободе творчества было выражено в Конституциях СССР 1977 г. и РСФСР 1978 г., которые в главах о социальном развитии и культуре содержали идентичные предписания: «всемерно поощряется развитие профессионального искусства и народного художественного творчества».

В конце 80-х – начале 90-х г. XX в. свобода творчества закреплялась как одно из условий построения рыночной экономики СССР и РСФСР. В этот период провозглашалась необходимость установить условия для поощрения тру-

¹ Щербаков Н. Ю. Эволюционный подход к феномену творчества и особенности организации творческой личности // Человек: индивидуальность, творчество, жизненный путь: Сб. ст. / Под ред. В. Н. Келасьева. СПб., 1998. С. 56-67.

² Большой толковый словарь русского языка / Под ред. Д. Н. Ушакова. М., 2004. С. 1093.

³ Словарь русского языка / Под ред. А. П. Евгеньевой. В 4 т. Т. 4: «С-Я». М., 2008. С. 52.

⁴ Кудрявцев В. Н. Свобода научного творчества // Государство и право. 2005. № 5. С. 27.

⁵ Документ Московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ: подписан в г. Москве 3 марта 1991 г. // Советский журнал международного права. 1991. № 3-4. С. 115-133.

долюбия, творчества и инициативы, высокой производительности, раскрепощения инициативы, обеспечения свободы творчества и развития национальных культур.

В главе 1 Конституции РФ «Основы конституционного строя» имеются нормативные предписания, которые могут быть соотнесены со свободой творчества: «создание условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека» как цель социального государства (ст. 7), идеологическое многообразие (ст. 13).

Исходя из понятия безопасности личности, общества и государства как состояния защищенности жизненно важных интересов от внутренних и внешних угроз¹, свобода творчества является одним из основных объектов безопасности, так как воплощает в себе потребность саморазвития и самосовершенствования, удовлетворение которой надежно обеспечивает существование и возможности прогрессивного развития личности, общества и государства.

Поскольку основным субъектом обеспечения безопасности является государство, постольку на него возложена разработка системы мер, адекватных соответствующим угрозам безопасности (свобода творчества отнесена к числу основных объектов обеспечения информационной безопасности Российской Федерации в сфере духовной жизни²).

С точки зрения национальных интересов Российской Федерации, как они закреплены в Концепции национальной безопасности Российской Федерации, свобода творчества способствует:

- духовному и интеллектуальному развитию человека и гражданина (интересы личности);
- упрочению демократии, созданию правового, социального государства, достижению и поддержанию общественного согласия в духовном обновлении России (интересы общества);
- политической, экономической и социальной стабильности, обеспечению законности и поддержанию правопорядка, развитию равноправного и взаимовыгодного международного сотрудничества (интересы государства).

В действующей Конституции РФ о свободе применительно к творчеству упоминается дважды. В ч. 2 ст. 26 говорится, что «каждый имеет право на пользование родным языком, на свободный выбор языка общения, воспитания, обучения и творчества»; в ч. 1 ст. 44 – «каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. Интеллектуальная собственность охраняется законом».

Между этими двумя положениями Конституции РФ усматривается взаимосвязь: свобода выбора языка творчества представляет собой один из аспектов свободы творчества как феномена (одновременно упомянутая ч. 2 ст. 26, устанавливая право человека свободно выбирать язык творчества, защищает язык как элемент культуры).

¹ Закон РФ от 5 марта 1992 г. № 2446-1 «О безопасности» // Ведомости РФ. 1992. № 15. Ст. 769.

² Доктрина информационной безопасности Российской Федерации: утверждена указом Президента РФ от 9 сентября 2000 г. № Пр-1895 // РГ. 2000. 29 сент.

В теоретических правовых исследованиях свобода творчества, как правило, относится к группе так называемых культурных прав (реже – личных либо даже информационных прав).¹ По пространству, в котором происходит ее использование, свобода творчества в наибольшей мере соотносима с духовной сферой жизнедеятельности общества и является одним из проявлений индивидуальной свободы человека, в которой ему гарантирована значительная независимость от общества.

Свобода творчества связана с иными основными правами и свободами человека и гражданина, в частности:

- с неприкосновенностью частной жизни, потому что в творчестве всегда присутствует таинство;
- со свободой мысли, так как потребность в творчестве носит индивидуально-психологический характер;
- со свободой преподавания, поскольку творчество выступает одной из основ преподавания;
- со свободой труда, поскольку людям принадлежит исключительное право распоряжаться своими способностями к творческому труду;
- со свободой массовой информации, так как результаты творческой деятельности становятся известными неограниченному кругу лиц во многом благодаря средствам массовой информации;
- с правом на образование, поскольку в процессе образования происходит приобщение к творчеству и развитие способностей;
- с правом на объединение, так как граждане имеют право создавать творческие союзы, гильдии, иные общественные объединения в интересах творчества в соответствии с законодательством об общественных объединениях.

В Конституции РФ свобода творчества гарантируется, что означает создание действительных условий для использования этой свободы, прежде всего, конституционным установлением законной охраны интеллектуальной собственности (в свою очередь охрана результатов творческой деятельности является серьезным стимулом творчества). Свобода творчества реализуется в личных действиях самим человеком или совместно с другими людьми; свобода творчества «каждого отдельного человека, обладающего соответствующим дарованием, является решающим условием культурного прогресса общества, инструментом его самопознания и самосовершенствования»².

Использование конституционной свободы творчества мало соотносимо с возрастом индивида (например, в области художественного творчества субъектом может быть маленький ребенок, а творчеством в области информационных технологий, которое требует наличия определенных знаний, можно заниматься и в достаточно зрелом возрасте).

В правомерном использовании конституционной свободы творчества особое значение имеет цельность личности, ее способность к самоограничению, социальная ответственность, в соответствии с которой он формирует собствен-

¹ Информационное право: учеб. пособие / Под ред. И. Ш. Киляшанова. М., 2004.

² Баглай М. В. Конституционное право Российской Федерации: учеб. для вузов. М., 2006. С. 254.

ный творческий опыт. Границы использования свободы творчества могут быть заданы теми социальными потребностями, ради которых реализуется творческий процесс. Например, при выполнении социально-творческого заказа, когда творческая работа финансируется за счет средств соответствующего бюджета, а государство выступает в виде заказчика литературных изданий, проведения фестивалей, выставок и т. п.

Право заниматься творческой деятельностью сохраняется в условиях действия принципа несовместимости публичных функций. Хотя законодательный подход в этом вопросе не является унифицированным, возможность заниматься творческой деятельностью установлена федеральным законодательством в отношении депутатов и выборных лиц, работающих на постоянной основе, членов Правительства РФ, судей, прокурорских работников, Уполномоченного по правам человека РФ, сотрудников милиции и таможенных органов, военнослужащих и ряда иных субъектов.

Вопрос о структуре конституционной свободы творчества не является безусловным решенным. Исходя из ст. 10 ОЗК РФ¹, право на творчество включает следующие элементы: выбор вида творчества и выбор основы занятия творческой деятельностью (профессиональная или любительская). Остановимся подробнее на содержании этих правомочий, так как оно не раскрыто в Основах законодательства о культуре:

- выбор вида творчества заключается в возможности заниматься любым творчеством в соответствии со своими способностями и интересами;
- выбор основы занятия творческой деятельностью (профессиональная или любительская) заключается в избрании формы организации творчества.

В развитом обществе все области творчества знают обе формы, которые очень тесно взаимосвязаны. Любительское творчество – исходная форма организации, при которой творческая деятельность осуществляется вне рамок должностных обязанностей, на досуге, область ее выбирается в зависимости от склонностей личности, его основа – инициатива увлеченных людей. Профессиональное творчество становится для человека основным родом занятий, составляет его трудовую функцию, предполагает взаимодействие с определенной профессиональной общностью.

По существу творчество любительское и профессиональное различается тем, что первое представляет собой стихийное следование закономерностям данного вида деятельности (что не исключает самообразования), а второе основывается на закрепившемся в профессиональной установке сознательном изучении этих закономерностей².

По моему мнению, вопрос об элементах конституционной свободы творчества не исчерпывается вышеназванными элементами. Рассмотрю иные правомочия подробнее.

¹ Основы были приняты до вступления в силу действующей Конституции РФ, поэтому сохранилось несоответствие: ст. 44 Конституции РФ закрепляет свободу творчества, а ст. 10 ОЗК РФ – право на творчество.

² Лазутина Г. В. Основы творческой деятельности журналиста: учеб. для вузов. М., 2001.

Правомочие на выбор относительно того, заниматься творчеством или нет, соотносится с определением своей деятельности как творческой либо нетворческой.

Человек вправе выбирать способ участия в творческом процессе: индивидуальный или коллективный (совместный).

Свобода распоряжения результатами своего творческого труда заключается в возможности самостоятельного определения юридической судьбы результата своей творческой деятельности, в том числе согласно ст. 17 ОЗК РФ вправе вывозить за границу с целью экспонирования, иных форм публичного представления, а также с целью продажи в порядке, определяемом законодательством Российской Федерации.

Правомочие на государственную и иную поддержку заключается в притязании на финансовую, социальную, организационную, информационную и иную помощь со стороны Российской Федерации, субъектов Федерации, муниципальных образований, физических и юридических лиц для обеспечения: развития творческих организаций (школ искусств, студий, домов творчества, ансамблей); помощи различным категориям в среде творчески настроенных людей из числа талантливой молодежи, соотечественников за рубежом и иных; социальной поддержки творческих работников, содействия творческим работникам в расширении культурных контактов.

В системе способов поддержки творчества важная роль отводится благотворительной деятельности, меценатству, целевому государственному финансированию творческих проектов и отдельных видов творчества.

Следует выделить и правомочие на защиту нарушенной свободы творчества. Сфера защита свободы творчества, как правило, обусловлена защитой интеллектуальной собственности либо иных прав и свобод (мысли, слова, совести, массовой информации, преподавания, труда). Это указывает не столько на благополучие в данном вопросе, сколько на отсутствие восприятия людьми свободы творчества в категориях прав граждан и обязанностей государства.

Крайне конфликтные ситуации защиты свободы творчества сегодня связаны с различными оценками произведений художественного творчества, выражающимися в несовпадении авторской и государственной позиции. Обратим внимание, что в России до сих пор в полной мере не обеспечен рекомендованный ЮНЕСКО плюрализм инстанций оценки и обновление их состава.

В условиях идеологемы, согласно которой решающей силой экономики знаний является «креативный класс» (ст. 40 Хартии социальных прав и гарантий граждан независимых государств 1994 г.), содержание свободы творчества необходимо законодательно дополнить правомочием на развитие творческих способностей (креативности). С точки зрения психологии А. Маслоу видел истоки креативности в исторической ситуации, когда «ускорилось все – темп сбора научных данных, изобретательская активность, скорость выработки новых технологических решений, процессы трансформации психологической реальности, рост благосостояния». При яркой выраженности творческой установки у индивида его активность направлена на самовыражение.

Формирование и развитие креативности должно стать важнейшим направлением государственной и муниципальной образовательной, культурной и инновационной политики.

Свобода творчества не является абсолютной в том плане, что в соответствии с ч. 3 ст. 55 Конституции РФ может быть ограничена федеральным законом 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.

Таким образом, свобода творчества в конституционном праве позиционируется в двух смыслах: 1) принцип духовных основ конституционного строя – один из жизненно важных интересов личности, общества и государства с точки зрения безопасности и национальных интересов; 2) проявление индивидуальности, уникальности, автономии человека.

Конституционная свобода творчества человека как гарантируемая государством возможность включает элементы: выбор заниматься творчеством или нет; выбор вида творчества, способа участия в нем, формы его организации; право развивать творческие способности; право распоряжаться результатами своего творческого труда; право на тайну творчества; право защищать свободу творчества и результаты своего творческого труда; право на государственную и иную поддержку творческой деятельности.

ИНСТИТУТ ОМБУДСМЕНА: ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ В РФ

*Плешкова А. С.,
студентка юридического факультета НФИ КемГУ*

Современная Россия стремиться к модернизации во всех областях жизни: экономика, политика, социальная сфера и т. д. Происходит утверждение демократических ценностей и гарантий прав, свобод человека и гражданина – основополагающий принцип развития Российской Федерации. В осуществлении этого процесса важную роль играет один из наиболее хорошо зарекомендовавших себя в мире механизмов защиты прав и свобод человека – институт Омбудсмана, или Уполномоченного по правам человека (российский вариант).

Омбудсмен (от швед. «ombudsman» – «представитель чьих-либо интересов»), в буржуазных государствах должностное лицо, уполномоченное конституцией или специальным законом контролировать деятельность правительственных учреждений, министерств и ведомств¹.

Так, в отличие от других структур, он осуществляет контроль и ведет расследование с точки зрения не только законности, но и эффективности, целесообразности, добросовестности, справедливости. Должностные лица этого рода имеют разные названия: собственно «омбудсмен» – в скандинавских странах;

¹ Юридический энциклопедический словарь / М. О. Буянова [и др.]; отв. ред. М. Н. Марченко. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008.

«народный защитник» – в Испании и Колумбии; «посредник» – во Франции; «адвокат» – в Румынии. Омбудсмен может избираться или назначаться различными способами. В подавляющем большинстве стран любой гражданин вправе обратиться к омбудсмену непосредственно. Обнаружив упущение или злоупотребление, омбудсмен указывает на это соответствующему органу или должностному лицу и предлагает их устранить. В случае отказа он может обратиться в органы правосудия или в парламент. Омбудсмен действует не только по жалобам граждан, но и по собственной инициативе. Во Франции граждане обращаются к посреднику не непосредственно, а через своего сенатора или депутата. В РФ аналогичный омбудсмену институт носит название Уполномоченного по правам человека¹.

Известно, что институт Омбудсмена впервые возник в Швеции в XVI в. и выполнял контрольные функции королевской власти по отношению к судебным чиновникам. Король Швеции Карл XII на протяжении нескольких лет находился в Турции, за время его отсутствия система управления в государстве пришла в упадок. Для наведения порядка среди чиновников и судей он учредил пост Королевского омбудсмена юстиции, в обязанности которого входил надзор за деятельностью правительственных чиновников. Основными принципами деятельности Омбудсмена были провозглашены: верховенства закона, независимости от властей, ответственности государственных служащих за ненадлежащее исполнение своих обязанностей, вплоть до судебного преследования. Омбудсмен получил звание Канцлера юстиции и широкие полномочия по контролю органов правосудия и королевской администрации.

В результате всех реформирований в 1809 г. в соответствии с Конституцией Швеции введен институт Омбудсмена юстиции, который был уже отделен от канцлера юстиции, подчиненного королю, а в 1810 г. был назначен первый Парламентский Омбудсмен.

Прошло почти два столетия, но и сегодня Парламентские Омбудсмены следуют основным принципам, которые сохранились с тех пор. В настоящее время статус Парламентского омбудсмена (Омбудсмена юстиции) практически не изменился. По-прежнему в соответствии с Конституцией Швеции омбудсменом юстиции может быть лицо, пользующееся широкой известностью и уважением в обществе. Омбудсмен избирается на 4 года, в своей деятельности независим, обладает чрезвычайными полномочиями и имеет доступ к любым, в том числе секретным, документам².

В России впервые должность Уполномоченного по правам человека была упомянута в Декларации прав и свобод человека и гражданина РФ от 22 ноября 1991 г., принятой Верховным Советом. Причем в ней говорилось о Парламентском Уполномоченном, который назначается парламентом, подотчетен ему и обладает такой же неприкосновенностью, что и депутат. Согласно Декларации, Парламентский Уполномоченный осуществляет парламентский контроль за соблюдением прав и свобод человека и гражданина в РФ. Был разработан проект

¹ Цымбалова Н. А. Институт Уполномоченного по правам человека в России: смысл создания и правовое регулирование. // Государство и право. 2000 №8. С. 43-49.

² Там же.

закона «О парламентском уполномоченном по правам человека и гражданина Российской Федерации», который не был принят¹.

Однако в Конституции РФ 1993 года эта идея не получила развития, чему причиной являлась политическая ситуация в стране, конфликт между исполнительной и законодательной властью. В принятом варианте Конституции определение «парламентский» исчезло, и единственная норма, касающаяся Уполномоченного по правам человека (пункт «е» часть 1 статьи 103 Конституции РФ), относит к ведению Государственной Думы назначение на должность и освобождение от должности Уполномоченного по правам человека, действующего в соответствии с федеральным конституционным законом².

До принятия федерального закона институт Уполномоченного действовал на основании указа Президента РФ от 4 августа 1994 г. № 15876 «О мерах по обеспечению конституционных функций Уполномоченного по правам человека». Этим документом было установлено, что до принятия соответствующего федерального конституционного закона реализация конституционных функций Уполномоченного по правам человека обеспечивается путем осуществления им полномочий, предоставленных председателю Комиссии по правам человека при Президенте РФ. В качестве гарантий деятельности Уполномоченного были установлены определенные обязанности органов государственной власти и местного самоуправления, а также их должностных лиц. Они должны были в 2-недельный срок: представлять по запросам Уполномоченного информацию, необходимую для осуществления его полномочий; давать ответы на его обращения в связи с нарушениями прав конкретных физических лиц; направлять ему все принимаемые ими акты, содержащие нормы, относящиеся к сфере прав и свобод человека и гражданина³.

Федеральный конституционный закон «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» был принят 26 декабря 1997 г. Он определил порядок назначения на должность и освобождения от должности Уполномоченного, его компетенцию, организационные формы и условия его деятельности⁴.

Впервые должность Уполномоченного в субъекте РФ возникла в 1996 г., за два года до избрания в 1998 г. федерального Уполномоченного, после учреждения региональными законами данных должностей в Республике Башкортостан и Свердловской области, так как это соответствовало их конституционным полномочиям.

¹ Цымбалова Н. А. Институт Уполномоченного по правам человека в России: смысл создания и правовое регулирование. // Государство и право. 2000 № 8. С. 43-49.

² Российская Федерация. Законы. Конституция Российской Федерации [Текст]: [принята всенародным голосованием 12 декабря 1993года] // Российская газета. 2009. № 7; Собрание законодательства РФ. 2009. № 4. С. 445.

³ Комарова В. В. Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации. // Государство и право. 1999. № 9. С. 32-38.

⁴ Российская Федерация. Законы. Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации [Текст]: [закон Российской Федерации от: 26 февраля 1997 года] // Собрание законодательства РФ. 1997. № 9. С. 1011.

На сегодняшний день Уполномоченным по правам человека в Российской Федерации является Лукин Владимир Петрович¹. В субъектах Федерации существуют и региональные Уполномоченные, что предусмотрено законодательно в Федеральном конституционном законе «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации». Сегодня такие государственные должности есть в более 40 субъектах. В Кемеровской области данную должность занимает Волков Николай Алексеевич².

Таким образом, институт омбудсмена не существовал ранее в истории нашей страны, как в ее советский, так и в досоветский период, поэтому он не связан с какими-либо российскими традициями, а является в чистом виде инновацией в среде государственно-правых институтов, что порождает трудности в становлении и его дальнейшем развитии.

В условиях нашей страны специфика обязанностей Уполномоченного по правам человека состоит в том, чтобы защищать права и свободы человека, руководствуясь Конституцией и законодательством Российской Федерации, а также, что важно, справедливостью и голосом совести. В силу этого Уполномоченному нередко приходится призывать государство к проявлению справедливости в вопросах соблюдения прав и свобод человека даже в тех случаях, когда формальные требования закона соблюдены. Одновременно Уполномоченный в пределах своей компетенции стремится к выполнению задачи совершенствования законодательства Российской Федерации о правах человека и гражданина. При этом следует подчеркнуть, что, к сожалению, механизм законодательной инициативы со стороны Уполномоченного по-прежнему не урегулирован должным образом, а в некоторых субъектах РФ полностью отсутствует, в результате чего многие рекомендации омбудсмена, касающиеся изменения существующих законов и принятия новых, не принимаются законодателем во внимание.

В тоже время, в соответствии с действующим российским законодательством, Уполномоченный по правам человека не может подменять собой судебную систему, поэтому эффективность государственного правозащитного института в России едва ли не целиком зависит от готовности государства и всего общества взаимодействовать с Уполномоченным, прислушиваться к его рекомендациям, принимая или аргументировано отклоняя их. Последнее особенно важно: убедительно отклоненное предложение Уполномоченного обогащает общество, от имени которого он выступает, новым знанием о правах и свободах человека.

Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации, безусловно, исходит из презумпции добросовестности, благонамеренности и рациональности государства в важнейшем деле обеспечения прав и свобод человека. Подвергая нелицеприятной критике органы государственной власти и местного самоуправления, заостряя внимание на негативных тенденциях государственной политики, Уполномоченный вносит свой вклад в становление России как

¹ URL: <http://ombudsmanrf.org>.

² URL: <http://www.ombudsmankuzbass.ru>.

демократического правового государства, высшей ценностью которого являются права и свободы человека.

ПРАВОВОЕ ПОЛОЖЕНИЕ ОМБУДСМАНА В ЮГОСЛАВЯНСКИХ РЕСПУБЛИКАХ¹

*Чупич Данило,
ассистент кафедры публичного права
юридического факультета университета «Медитеран»
(г. Подгорица, Черногория)*

1. Появление института омбудсмана в бывших югославянских республиках. Первые тенденции к появлению института омбудсмана на территории бывшей СФРЮ намечаются в 1950-х – 1960-х гг., одновременно с первой широкой волной введения таких институтов в остальных правовых системах Европы. Носителями этой идеи были выдающиеся интеллектуалы, прежде всего профессора конституционного и административного права. Так, Й. Джёрджевич полагал, что «...данный институт стал сегодня источником вдохновения, если не образцом усилий, которые становятся всё более необходимыми в плане реконструкции традиционных политических институтов...»². По мнению М. Йовичича, «...институт омбудсмана не следует рассматривать лишь как изобретение буржуазной политико-правовой мысли, отвечающее исключительно условиям буржуазной демократии. В обществе, строящемся на началах социалистической самоуправляемой демократии, институт омбудсмана тоже мог бы быть не только возможным, но и желательным»³. Д. Денкович также высказывался за введение самостоятельного и независимого органа, который бы, пользуясь покровительством высших союзных и республиканских представительных органов, получил специальные полномочия, включая право «вмешиваться и принимать соответствующие меры, если в результате ненадлежащей работы органов управления нарушены права граждан и организаций, а последние не располагают правовыми средствами защиты»⁴.

Несмотря на предложения названных авторов, являвшихся в то время безоговорочными авторитетами югославянской юридической мысли, данная идея не принесла плодов, прежде всего, из-за позиции тогдашних политических элит, считавших омбудсмана «буржуазным изобретением». В ответ на указанные требования был введён институт общественного правозащитника самоуправления, который защищал скорее самоуправление и общественную собственность, нежели права индивидов.

¹ Перевод статьи Д. Чупича с черногорского языка на русский осуществил ассистент кафедры уголовного права и криминологии кемеровского государственного университета С. А. Силаев.

² J. Đorđević, *Politički sistem*, Beograd, 1988, S. 680-681.

³ M. Jovičić, *Izabrani spisi — Ombudsman*, Beograd, 2008, S. 105.

⁴ D. Denković, *Ombudsman kao zaštitnik ljudskih sloboda i prava*, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/1968, S. 239.

В конце 1970-х гг., в ходе обсуждения проектов конституционной реформы и реконструкции югославянской федерации, вновь усиливаются голоса в пользу введения данного института¹. Однако добиться этого удалось лишь после распада СФРЮ в рамках вновь созданных независимых государств. Первыми предусмотрели данную должность в своих новых конституциях Словения и Македония (в 1991 г.) и Хорватия (в 1992 г.). Затем институт омбудсмана был введён в Боснии и Герцеговине в соответствии с Дейтонскими соглашениями 1995 г. В Сербии должность защитника граждан сначала появляется на региональном и местном уровне (2002 г.), а в 2006 г. этот институт приобрёл конституционный статус. В Черногории Закон о Защитнике прав и свобод человека был принят в 2003 г.; предусмотрена эта должность и Конституцией 2007 г.

2. *Защитник прав человека в Словении.* Конституция Республики Словения 1991 г. закрепляет институт омбудсмана. Согласно ст. 159, расположенной в главе VII (Конституционность и законность), защитник прав человека призван обеспечивать защиту прав человека и основных свобод в отношениях с государственными органами, органами местного самоуправления и носителями публичных полномочий.

Законом о защитнике прав человека 1993 г.² предусмотрено, что он избирается государственным собранием большинством не менее двух третей голосов от общего числа депутатов по представлению президента республики на срок шесть лет с правом переизбрания ещё на один срок. Таким образом, можно сделать вывод, что словенский омбудсман обладает наибольшими гарантиями стабильности, независимости и автономности в сравнении с остальными государствами бывшей Югославии, поскольку для его избрания и отрешения от должности необходимо квалифицированное парламентское большинство³. Дополнительной гарантией стабильности и независимости является особый порядок финансирования, в соответствии с которым парламент выделяет средства для обеспечения деятельности омбудсмана по его представлению, без какого бы то ни было вмешательства правительства.

Статья 3 Закона о Защитнике прав человека обязывает его при осуществлении своих функций действовать в соответствии с нормами конституции и международно-правовых актов о правах человека, а также предоставляет ему возможность ссылаться на принципы равенства и надлежащего управления.

Омбудсман имеет право вносить предложения и рекомендации, высказывать мнение и осуществлять критику касательно работы государственных органов, органов местного самоуправления и органов, наделённых публичными

¹ См. подробнее: D. Milkov, Ombudsman in the Countries of the Former Socialist Federal Republic of Yugoslavia, Righting wrongs — The Ombudsman in Six Continents, IIAS, 2000, S. 373-389.

² Zakon o varuhu človekovih pravic (Uradni list Republike Slovenije, št. 71/93, popr. 15/94). Д. Милков пишет об этом законе как об «одном из наиболее объёмных и детальных законов такого рода в мире», отмечая, что в основе его лежит скандинавская модель омбудсмана, хотя учтён и опыт других европейских государств. См. подробнее: D. Milkov, Ombudsman na prostoru bivše SFR Jugoslavije, Zbornik radova „Rekonstrukcija pravnog sistema Jugoslavije na osnovama slobode, demokratije, tržišta i socijalne pravde“, Pravni fakultet Novi Sad, 1998, S. 156.

³ Отставка омбудсмана возможна лишь в трёх случаях: 1) по собственному желанию; 2) ввиду осуждения за совершение преступления к наказанию в виде лишения свободы с отбыванием в тюрьме; и 3) по причине стойкой утраты способности к выполнению своих функций.

полномочиями, а указанные органы обязаны в установленные сроки давать ответ. Вместе с тем, омбудсман не может вмешиваться в дела, находящиеся в производстве суда или иного юрисдикционного органа, за исключением случаев необоснованного затягивания процесса или явного злоупотребления полномочиями. Кроме того, омбудсман обладает правом законодательной инициативы по предметам своего ведения.

Значение и роль омбудсмана в конституционной системе Словении определяются прежде всего статьёй 46 названного Закона, которая обязывает председателя государственного собрания, председателя правительства и министров лично принимать защитника прав человека по его требованию в течение 48 часов.

В случае установления фактов нарушения гарантированных прав омбудсман предлагает способы восстановления нарушенного права; среди прочего, он может потребовать возобновления производства, возмещения ущерба и т. п.

О своей деятельности омбудсман представляет государственному собранию ежегодный доклад.

3. *Народный правозащитник в Хорватии.* Статья 92 Конституции Республики Хорватии предусматривает, что Народный правозащитник является «уполномоченным Хорватского сабора, который защищает конституционные и законные права граждан в отношениях с государственным управлением и органами, имеющими публичные полномочия», и избирается Хорватским сабором на срок восемь лет. Часть 3 статьи 92 Конституции содержит специальную норму, согласно которой «в рамках института Народного правозащитника обеспечивается защита конституционных и законных прав граждан в отношениях с Министерством обороны, вооружёнными силами и службами безопасности, защита прав граждан в органах местного и территориального (регионального) самоуправления, а также защита права на местное и территориальное (региональное) самоуправление в органах государственной власти». Таким образом, как пишет Б. Смердел, хорватский конституционный законодатель не прислушался к требованиям создать институты специализированных правозащитников для вооружённых сил и служб безопасности¹.

Закон о Народном правозащитнике² конкретизирует правовое положение данного института, указывая, что речь идёт о независимом и самостоятельном органе, который действует в рамках конституции, законодательства и ратифицированных Хорватией международных договоров и которому никто не вправе давать указания и предъявлять требования в связи с его деятельностью.

Основное назначение Народного правозащитника состоит в том, чтобы рассматривать индивидуальные случаи нарушения прав человека и гражданских свобод органами государственного управления, органами, наделёнными публичными полномочиями, и служащими этих органов при осуществлении ими деятельности в пределах своей компетенции. Народный правозащитник

¹ См. подробнее: B. Smerdel, S. Sokol, *Ustavno pravo*, Zagreb, 2007, S. 193.

² *Zakon o Pučkom pravobranitelju* (Narodne novine, br. 60/92).

уполномочен также рассматривать и другие вопросы, касающиеся защиты конституционных и законных прав и связанные с ненадлежащей работой указанных органов, и может вносить предложения по поводу принятия и изменения законов. Для этого ст. 7 указанного Закона наделяет Народного правозащитника полномочиями по вынесению предостережений, принесению представлений, внесению предложений и даче рекомендаций. В своей деятельности Народный правозащитник ответствен перед Сабором, которому представляет ежегодные, а при необходимости и внеочередные доклады.

После принятия в 2008 г. Закона о противодействии дискриминации¹ Народный правозащитник стал центральным органом в сфере противодействия дискриминации.

Правовой системе Хорватии известны и специализированные правозащитные институты, в частности, Правозащитник по правам детей и Правозащитник по вопросам равноправия полов, должности которых учреждены специальными законами в 2003 г.

Конституционное и законодательное регулирование института Народного правозащитника в Республике Хорватии содержит ряд недостатков: 1) в Конституции данному институту посвящена всего лишь одна статья; 2) нормы о Народном правозащитнике расположены в главе о Хорватском саборе без какого бы то ни было указания на то, что речь идёт об отдельном и самостоятельном институте; 3) конституция не содержит положений, гарантирующих независимость, самостоятельность и стабильность данного института, оставляя на усмотрение законодателя даже условия избрания и отрешения от должности, компетенцию и порядок деятельности; 4) фактически отсутствует независимость Народного правозащитника от Хорватского сабора, который обладает ничем не ограниченным дискреционным полномочием в любое время, когда сочтёт целесообразным, отрешить Народного правозащитника от должности, для чего не требуется какого-либо особого повода, а это существенно влияет на качество работы данного должностного лица; 5) отсутствует финансовая независимость, поскольку деятельность Народного правозащитника финансируется из бюджета, предлагаемого правительством, чью работу правозащитник призван контролировать и критиковать.

4. Народный правозащитник в Македонии. Статьей 77 Конституции Республики Македония 1991 г. учреждается институт Народного правозащитника, задачей которого является защита конституционных и законных прав от нарушений со стороны органов государственного управления и иных органов и организаций, наделённых публичными полномочиями. Народный правозащитник избирается Собранием Республики Македония на срок восемь лет с правом переизбрания ещё на один срок. Для наделения полномочиями необходимо большинство голосов от общего числа депутатов, причём за данное решение должно проголосовать большинство депутатов, принадлежащих к национальным меньшинствам. Остальные вопросы, касающиеся данного института, регули-

¹ См.: Zakon o suzbijanju diskriminacije (Narodne novine, br. 85/08).

руются Законом о народном правозащитнике 2003 г.¹, который заменил одноимённый закон 1997 г.

Закон конкретизирует конституционное определение Народного правозащитника, предусматривая, что он представляет собой орган Республики Македония, который защищает конституционные и законные права граждан и других лиц, нарушенные актом, действием или бездействием органа государственного управления либо иного органа или организации с публичными полномочиями, и который предпринимает необходимые действия и меры по защите от дискриминации и обеспечению адекватного и пропорционального представительства членов этнических групп в органах государственной власти, местного самоуправления, публичных учреждениях и службах.

Народный правозащитник уполномочен принимать меры по защите прав человека в суде, но лишь в случае неоправданного затягивания производства или ненадлежащих действий судебного управления; при этом недопустимо нарушение независимости и автономии судебной власти.

Народный правозащитник вправе инициировать внесение изменений и дополнений в законы и подзаконные акты, их гармонизацию с ратифицированными международными договорами, а также входить в Конституционный суд с требованием о возбуждении производства по проверке конституционности законов, конституционности и законности иных предписаний и общих актов.

Конституционное закрепление, а также определение порядка избрания, стабильности и установление компетенции данного института осуществлены в Македонии с учётом опыта Хорватии и отчасти Словении, поскольку македонский омбудсман фактически приступил к осуществлению полномочий лишь в 1998 г., т. е. почти через семь лет после принятия соответствующих конституционных положений. Так, Конституция Республики Македония содержит всего одну статью, регулиующую статус народного правозащитника, и расположена эта статья в конце раздела, посвящённого Собранию, без указания на то, что речь идёт о самостоятельном институте. Несмотря на то, что восьмилетний мандат обеспечивает институту народного правозащитника известную стабильность, он всё же не имеет того объёма гарантий, которые закреплены за словенским омбудсманом. В частности, македонский законодатель существенно дестабилизировал положение народного правозащитника, дав парламенту возможность отправить его в отставку не только по тем трём основаниям, которые предусмотрены в словенском законодательстве, но и в связи с непрофессиональным, пристрастным и недобросовестным исполнением полномочий. Бюджетное финансирование народного правозащитника также умаляет его самостоятельность.

5. *Омбудсман в Боснии и Герцеговине.* Институт омбудсмана введён в сложную конституционную систему Боснии и Герцеговины Дейтонскими соглашениями 1995 г.²

¹ Закон за Народниот правобранител (Службен весник на Република Македонија, бр. 60/2003, 114/09).

² См. подробнее: К. Trnka, *Ustavno pravo*, Sarajevo, 2006, S. 165-167.

Законом об Омбудсмане по правам человека Боснии и Герцеговины¹ предусматривается, что данный институт составляют три лица из числа представителей трёх государствообразующих народов (боснийского, сербского и хорватского), что не исключает возможности назначения лиц, принадлежащих к остальным народам. Данная норма искажает сам смысл и сущность института омбудсмана, который призван защищать права всех граждан БиГ, а не только представителей своего государственного образования².

В процессе назначения омбудсмана Парламентское собрание БиГ создаёт специальную *ad hoc* комиссию, которая объявляет публичный конкурс на данную должность и по его результатам утверждает список кандидатов, удовлетворяющих предъявляемым требованиям, и передаёт этот список Палате представителей и Палате народов Парламентского собрания БиГ. Введение в порядок избрания омбудсмана процедуры публичного конкурса способствовало дальнейшей минимизации специфики данного органа и по сути было попыткой отождествить избрание на эту должность с избранием носителей управленческих функций.

Согласно ст. 5 вышеназванного закона, омбудсманы избираются Палатой представителей и Палатой народов Парламентского собрания Боснии и Герцеговины простым большинством голосов присутствующих депутатов на шестилетний срок с правом переизбрания. Такой порядок избрания существенно влияет не только на стабильность, но и на легитимность данного института и не соответствует опыту соседних государств, где омбудсманы избираются не менее чем простым большинством голосов от общего числа депутатов. Ограничивают независимость и стабильность института омбудсмана и основания прекращения его полномочий; в особенности это касается «очевидной невозможности осуществления своих функций»³. Поскольку закон не конкретизирует, в каких ситуациях наличествует эта самая «очевидная невозможность», парламенту открывается широкий простор для злоупотребления своим дискреционным полномочием. С другой стороны, парламент обязан заслушать омбудсмана, а решение о прекращении его полномочий должно быть принято большинством не менее двух третей голосов от общего числа депутатов.

Основной задачей омбудсмана является рассмотрение случаев «слабого функционирования» государственных органов или нарушения прав и свобод человека со стороны государственного органа БиГ. Кроме того, омбудсман проводит расследование по жалобам на нарушение прав и свобод человека военными властями, а равно по жалобам на «слабое функционирование» судеб-

¹ Zakon o Ombudsmanu za ljudska prava Bosne i Hercegovine (Službeni glasnik Bosne i Hercegovine, br. 32/00, 19/02, 35/04).

² Согласно разделу 3 статьи I Конституции Боснии и Герцеговины данное государство состоит из двух государственных образований – Федерации Боснии и Герцеговины и Республики Сербской, каждое из которых на официальных языках БиГ называется *entitet*. Примечание переводчика.

³ Ст. 12 Закона об Омбудсмане по правам человека Боснии и Герцеговины предусматривает и другие основания прекращения полномочий: отставка; истечение срока полномочий; неоставление должности, которая несовместима с должностью омбудсмана; вступление в законную силу обвинительного приговора суда в связи с учинённым умышленным преступлением.

ной системы или неправильное производство по отдельным судебным делам, однако без вмешательства в принятие судебного решения.

Установив факт нарушения прав человека, омбудсман рекомендует уполномоченным органам принять необходимые меры по устранению этих нарушений.

Омбудсман представляет ежегодный доклад о своей деятельности Президиуму БиГ, Палате представителей и Палате народов Парламентского собрания БиГ, а при необходимости может подготовить и внеочередной доклад.

Из вышесказанного можно сделать вывод, что институт омбудсмана введён в конституционную систему БиГ главным образом под влиянием международных факторов, а не как выражение действительной потребности общества в этом демократическом институте, вследствие чего ему присущи многочисленные недостатки как в организационном, так и в процедурном отношении.

Так, омбудсман БиГ имеет гораздо меньше полномочий по сравнению с омбудсманами других государств Западно-Балканского региона. Прежде всего, он не обладает правом законодательной инициативы и правом обращения в Конституционный суд БиГ; отсутствуют специальные положения о полномочиях омбудсмана в сфере контроля за местами лишения свободы; не предусмотрена прямая обязанность государственных органов содействовать омбудсману и, соответственно, не предусмотрены конкретные меры ответственности за отказ от сотрудничества с омбудсманом; не предусмотрена обязанность руководителей государства принять омбудсмана; при вступлении омбудсмана в должность не предусматривается принесение присяги и т. д.

б. Защитник граждан в Республике Сербии. В Республике Сербии должность национального омбудсмана введена Законом о Защитнике граждан 2005 г.¹, а с принятием в 2006 г. новой конституции данная должность стала конституционной. Так, ст. 138 Конституции определяет, что Защитник граждан является независимым государственным органом, который защищает права граждан и контролирует деятельность органов государственного управления, органа правовой защиты имущественных прав и интересов Республики Сербии, а равно иных органов и организаций, предприятий и учреждений, наделённых публичными полномочиями, за исключением Народной скупщины, Президента Республики, Правительства, Конституционного суда, судов и органов прокуратуры. Сербская конституция единственная на территории бывшей Югославии предусматривает такое изъятие в целях воспрепятствовать возможным нарушениям принципов разделения властей и независимости правосудия. Конституционное регулирование данного института в Республики Сербия вписывается в общую для всех стран бывшей СФРЮ тенденцию к систематизации всех норм об омбудсмане в рамках одной статьи, однако, в отличие от остальных югославянских конституций, соответствующая статья находится в разделе об устройстве власти. Среди недостатков конституционного регулирования этого вопроса можно отметить его недетализированность, включая отсутствие гарантий авто-

¹ Закон о Защитнику грађана (Службени гласник Републике Србије, бр. 79/2005 и 54/2007).

номности и независимости данного должностного лица (по образцу финской модели).

Защитник граждан избирается и отрешается от должности Народной скупщиной большинством голосов от общего числа депутатов и ответствен перед ней за свою деятельность. Защитник избирается по представлению комитета Народной скупщины по конституционным вопросам, а право выдвижения кандидатур принадлежит всем депутатским фракциям. Срок полномочий Защитника составляет пять лет; одно и то же лицо может занимать эту должность два срока подряд. Однако такое решение вопроса не обеспечивает в полной мере стабильность и независимость данного института: во-первых, Защитник оказывается зависимым от воли правящего парламентского большинства, которое может в любой момент принять решение об отрешении его от должности; во-вторых, закон предусматривает широкий спектр оснований для прекращения полномочий Защитника, а именно: а) непрофессиональное или недобросовестное осуществление функций; б) осуществление иной публичной функции или профессиональной деятельности, занятие другой должности или занятие иной деятельностью, что может повлиять на его самостоятельность и независимость, а равно действие в нарушение закона о противодействии конфликту интересов при осуществлении публичных функций; в) осуждение за преступление, делающее его недостойным занимать указанную должность. Для преодоления возможности парламентского воздействия на деятельность Защитника необходимо изменить указанные положения закона, в частности, предусмотреть принятие решения об отрешении его от должности квалифицированным большинством в две трети голосов и точнее сформулировать основания прекращения полномочий, дабы исключить произвол законодателей в данном вопросе.

В процедурном плане, Защитник граждан наделён полномочиями, типичными для такого рода институтов, включая право законодательной инициативы по предметам своего ведения; право вносить в Правительство или Скупщину предложения о внесении изменений и дополнений в законы и иные предписания и общие акты, если, по его мнению, нарушения прав граждан происходят вследствие недостатков этих актов; право инициировать принятие новых законов, иных предписаний и общих актов, если, по его мнению, это имеет значение для реализации и защиты прав граждан; право в ходе подготовки предписаний направлять в Правительство или Скупщину заключения на соответствующие проекты, если ими затрагиваются вопросы защиты прав граждан.

Защитник граждан имеет право обращаться в Конституционный суд с требованием проверки конституционности законов, конституционности и законности иных предписаний и общих актов, а также публично требовать отставки должностного лица, ответственного за нарушение прав граждан, или возбуждения дисциплинарного производства в отношении служащего органа управления, который непосредственно ответствен за совершённое нарушение, если в последующем поведении должностного лица или служащего усматривается нежелание сотрудничать с Защитником граждан или если установлено, что совершённым нарушением гражданину причинён крупный материальный или иной ущерб.

Согласно ст. 23 вышеназванного закона Президент Республики, председатель и члены Правительства, председатель Народной скупщины, председатель Конституционного суда и служащие органов управления обязаны принять Защитника по его требованию в 15-дневный срок.

О своей деятельности Защитник должен не позднее 15 марта следующего года представить Народной скупщине ежегодный доклад, а при необходимости может подготовить и специальные доклады.

Кроме общенационального Защитника граждан, в правовой системе Сербии имеются институты омбудсманов на краевом и местном уровне. Речь идёт о Краевом гражданском заступнике Воеводины, должность которого предусмотрена Законом об утверждении компетенции автономного края 2002 г., и о гражданских заступниках, введённых Законом о местном самоуправлении 2007 г.¹

7. Защитник прав и свобод человека в правовой системе Черногории. В правовой системе Черногории данный институт был введён Законом о защитнике прав и свобод человека, принятым 8 июля 2003 г.² Защитник официально вступил в должность 10 декабря 2003 г., что символично – на Международный день прав человека.

Однако конституционно данная должность была закреплена лишь с принятием Конституции Черногории 2007 г., в ст. 81 которой предусмотрено, что Защитник прав и свобод человека является самостоятельным и независимым органом, принимающим меры по защите прав и свобод человека и осуществляющим свою деятельность на основе Конституции, законов и ратифицированных международных договоров и в соответствии с принципами законности и справедливости. В отличие от конституций других стран бывшей СФРЮ, приведённая статья располагается в разделе, посвящённом правам и свободам человека, чем подчёркивается специфичность данного института по сравнению с остальными государственными органами и его совершенно особая компетенция – защита прав и свобод человека.

Согласно п. 5 ст. 95 Конституции Черногории, Защитник прав и свобод человека избирается Скупщиной Черногории большинством голосов от общего числа депутатов по представлению Президента Черногории. Данной конституционной норме противоречит Закон о Защитнике прав и свобод человека, ст. 8 которого предусматривает, что Защитник избирается Скупщиной Черногории большинством голосов от общего числа депутатов по представлению соответствующего рабочего органа Скупщины. Конституционный порядок избрания Защитника имеет ряд преимуществ: 1) Президент Черногории избирается непосредственно народом, а потому представляет интересы всех граждан, от имени которых и предлагает кандидатуру, которая наилучшим и эффективнейшим образом будет защищать их права; 2) внося кандидатуру Защитника, Президент принимает на себя часть ответственности за его работу; 3) Президент вносит кандидатуры и на другие важные посты, играющие существенную роль в защи-

¹ См. подробнее: S. Lilić, *Upravno pravo i upravno procesno pravo*, Beograd, 2008, S. 435-439.

² *Zakon o Zaštitniku ljudskih prava i sloboda (Službeni list RCG, br. 41/2003).*

те гарантированных прав и свобод человека, как-то: председатель и судьи Конституционного суда, два члена Судейского совета и др. С другой стороны, избрание Защитника квалифицированным парламентским большинством способствовало бы укреплению данного института и позволило бы избежать его «партийной окраски».

Кроме наличия черногорского гражданства и дееспособности как общих условий занятия государственных должностей, для избрания на должность Защитника требуется: 1) наличие высшего профессионального образования (не обязательно юридического); 2) наличие опыта защиты прав и свобод человека (без указания того, сколько лет профессионального стажа требуется и в каких учреждениях он должен быть приобретён); 3) высокий личный и профессиональный авторитет, поскольку основой инструмент Защитника – личный авторитет и личное достоинство, а не авторитет его должности.

Защитник прав и свобод человека избирается на шесть лет с правом переизбрания ещё на один срок, за счёт чего обеспечивается стабильность данного института и одновременно с тем уменьшается возможность появления коррупции, рутинёрства в деятельности, подверженности политическим влияниям и т. п.

Ст. 19 Закона о Защитнике прав и свобод человека предусматривает типичные для схожих правовых систем основания прекращения полномочий данного должностного лица: смерть; истечение срока полномочий; отставка; достижение пенсионного возраста; стойкая утрата способности к осуществлению полномочий; вступление в политическую партию или занятие поста в органе политической партии; выход из гражданства; осуществление депутатской или иной публичной функции либо профессиональной деятельности, несовместимой с занимаемой должностью. При появлении любого из вышеперечисленных оснований уполномоченный рабочий орган Скупщины уведомляет об этом Скупщину, которая своим актом (решением) констатирует прекращение полномочий Защитника.

Согласно ч. 3 ст. 81 Конституции Защитник может быть отрешён от должности лишь в случаях, прямо предусмотренных законом, каковыми являются осуждение за преступление, делающее его недостойным занимать данную должность, а равно непрофессиональное или недобросовестное осуществление функций. Процедура отрешения Защитника возбуждается по инициативе одной трети депутатов Скупщины, а решение об отрешении принимается большинством голосов от общего числа депутатов. В практике других государств более распространены случаи, когда парламент отказывает омбудсману в переизбрании, нежели случаи, когда омбудсман отрешается от должности. В ситуации же, когда парламент может при наличии политической воли в любой момент прекратить полномочия омбудсмана в связи с его «непрофессионализмом» или «недобросовестностью», стабильность, независимость и свобода действий данного института оказываются существенно ограничены. В этой связи представляется необходимым ограничить право Скупщины отрешать Защитника прав и свобод человека от должности путём установления в законе квалифицирован-

ного большинства в две трети голосов как необходимого условия для принятия соответствующего решения.

Защитник пользуется иммунитетом наравне с депутатами Скупщины Черногории и имеет право на денежное содержание в размере, установленном для председателя Конституционного суда Черногории, однако закон не предусматривает иных гарантий в связи с занимаемой должностью (пенсия, материальное обеспечение после окончания срока полномочий до избрания на новую должность или достижения пенсионного возраста и т. п.).

Защитник расследует случаи нарушения прав и свобод человека, гарантированных Конституцией, законом, ратифицированными международными договорами и общепризнанными нормами международного права, когда эти нарушения допущены актами, действиями или бездействием государственных органов, органов местного самоуправления, публичных служб и иных носителей публичных полномочий, и принимает меры по устранению этих нарушений; рассматривает общие вопросы совершенствования прав и свобод человека; сотрудничает с правозащитными организациями и учреждениями; рассматривает жалобы, касающиеся производства по находящимся в суде делам, но лишь в случаях затягивания судопроизводства, явного злоупотребления процессуальными полномочиями и неисполнения судебных решений; инициирует внесение изменений и дополнений в отдельные нормативные акты, в том числе в части приведения их в соответствие с международными стандартами в области прав и свобод человека; рекомендует возбудить производство в Конституционном суде и подаёт конституционную жалобу при условии согласия заявителя.

Кроме того, Защитник наделён особыми полномочиями по защите прав лиц, лишённых свободы, включая право без предупреждения осматривать любые помещения в тюрьмах и иных местах принудительного содержания и разговаривать с содержащимися там лицами без присутствия должностных лиц.

Защитник не может пересматривать судебные решения на предмет их законности, изменять, отменять или аннулировать их; не может аннулировать, отменять или изменять решения государственных органов либо действовать в качестве вышестоящего органа; не может быть юридическим поверенным и выступать от имени истца; не может взыскивать возмещение за нарушение прав человека; не может выступать посредником в спорах между частными лицами¹ и т. д.

Согласно ст. 21 Закона о запрете дискриминации² Защитник прав и свобод человека является национальным органом по борьбе против дискриминации. Этим законом его компетенция расширена за счёт предоставления ему следующих полномочий: разъяснение лицам, считающим, что они подверглись дискриминации, их прав и обязанностей, а также способов судебной и иной защиты; осуществление примирительных процедур с участием лица, считающего, что оно подверглось дискриминации, и органа или физического лица, подозреваемых в осуществлении дискриминации, с возможностью заключения внесу-

¹ Этот вопрос в Черногории регулируется Законом о посредничестве. См.: Zakon o posredovanju (Službeni list RCG, br. 30/2005).

² Zakon o zabrani diskriminacije (Službeni list Crne Gore, br. 46/2010).

дебного мирового соглашения в порядке, предусмотренном законом о посредничестве; информирование общественности о существенных проявлениях дискриминации; проведение исследований по проблеме дискриминации; сбор и анализ статистических данных о случаях дискриминации; принятие мер, направленных на осознание обществом проблемы дискриминации, и т. д. В специальном разделе ежегодного доклада Защитник информирует Скупщину о выявленных случаях дискриминации и принятых мерах, а также предлагает меры по предотвращению новых случаев дискриминации; Защитник может подготовить специальный доклад, если того потребует соответствующий рабочий орган Скупщины Черногории или по собственной инициативе ввиду важных причин.

Гласность в работе Защитника обеспечивается представлением им не позднее 31 марта года, следующего за отчётным, ежегодного доклада Скупщине и последующим его опубликованием; Правительство по требованию Скупщины обязано высказаться по докладу. По докладу проводятся парламентские слушания, в ходе которых не только депутаты, но и остальная общественность получает возможность ознакомиться с деятельностью Защитника за предыдущий год. Ежегодный доклад, среди прочего, содержит общие статистические данные по всем вопросам, рассмотренным Защитником, общую оценку состояния прав и свобод человека в Черногории и предложение мер по устранению выявленных недостатков.

В регулировании статуса и компетенции омбудсмана в Черногории имеется ряд недостатков: 1) Закон о Защитнике прав и свобод человека не приведён в соответствие с Конституцией Черногории, вследствие чего эти нормативные акты по-разному определяют процедуру избрания Защитника; 2) в Черногории, как и в большинстве других стран региона, омбудсман избирается простым большинством голосов от общего числа депутатов, в то время как избрание квалифицированным большинством могло бы обеспечить большую самостоятельность, независимость и более высокий авторитет данного института; 3) при определении условий избрания Защитника предусмотрено обязательное наличие высшего профессионального образования, но не окончание юридического факультета, что в определённой мере является отступлением от практики соседних государств. Именно юридическое образование обеспечивает максимальную степень понимания сущности, природы и проблематики прав человека; стало быть, именно юристы лучше всего подходят для занятия данной должности; 4) предусмотрен слишком широкий спектр оснований для отрешения Защитника, что позволяет парламенту при наличии политической воли сместить его в любое время; 5) весьма длительный срок полномочий Защитника в сравнении с другими странами; 6) не определено материальное положение Защитника после истечения срока его полномочий; 7) бюджетное финансирование делает Защитника зависимым от исполнительной власти; 8) отсутствует прямая обязанность высших должностных лиц принять Защитника по его требованию; 9) отсутствует система санкций за невыполнение рекомендаций и требований Защитника; 10) Защитник лишён возможности инициировать при-

влечение к уголовной ответственности должностных лиц, которые своими действиями нарушают права человека.

8. *Заключение.* На основе проведённого теоретико-правового и сравнительного анализа института омбудсмана можно выделить следующие его основные характеристики в бывших югославянских государствах:

1) институт омбудсмана является конституционным во всех государствах бывшей югославянской федерации. Конституции содержат по одной статье, посвящённой регулированию данного института, однако эти нормы по-разному систематизированы: в одних конституциях они находятся в разделе о парламенте (Хорватия и Македония), в других – в разделах о конституционности и законности (Словения), государственном управлении (Сербия) или правах человека (Черногория);

2) омбудсман является публичным должностным лицом, не входящим в систему органов государственного управления, законодательных или судебных органов, избираемым на должность и освобождаемым от должности законодательным органом власти;

3) в рассмотренных государствах омбудсман является, как правило, единым органом; исключение составляет Босния и Герцеговина, где данный институт складывается из трёх омбудсманов – представителей трёх государствообразующих народов;

4) в своей работе омбудсман по отношению к остальным органам государственной власти независим, самостоятелен и беспристрастен. Наибольшей степенью независимости обладает словенский омбудсман, поскольку: а) он избирается на должность и освобождается от должности большинством не менее двух третей голосов от общего числа депутатов; б) основания освобождения от должности сформулированы очень узко; в) омбудсман финансируется за счёт средств, которые ему, по его представлению, обеспечивает парламент, в отличие от остальных государств, где омбудсман финансируется за счёт средств бюджета;

5) деятельность омбудсмана публична и транспарентна, что обеспечивается официальным опубликованием его рекомендаций, ежегодных и специальных докладов, изданием специальных публикаций и брошюр о работе омбудсмана, проведением пресс-конференций, научных мероприятий, разработкой веб-презентаций и т. п.;

б) важнейшим инструментом омбудсмана является влияние на общественное мнение. К сожалению, в большинстве стран бывшей Югославии общественное мнение не оказывает воздействия на политические процессы в той мере, в какой это присуще остальным развитым демократическим государствам Европы. С другой стороны, общественное мнение способствует укреплению авторитета данного института, обеспечивая ему поддержку, снабжая его информацией о имеющихся местах нарушениях прав человека, требуя от государственных органов выполнять его рекомендации и т. п.

СОВРЕМЕННАЯ ДЕМОКРАТИЯ: ВОЗМОЖНОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ДОСТИЖЕНИЙ НАУЧНО-ТЕХНИЧЕСКОГО ПРОГРЕССА

*Лебедева Е. К.,
студентка юридического факультета СпбГУ*

В настоящее время мы не можем представить себе картину окружающего мира без постоянно прогрессирующих результатов научно-технического развития. Новые технологии, идеи, разработки в технической сфере имеют такое серьезное значение, что их применение имеет место в различных сферах жизни общества, казалось бы, совсем не технических. Так, достаточно значительное место достижения научно-технического прогресса занимают в политике, в государственных и социальных институтах.

Общепринятым идеалом политического развития ведущих государств современности является достижение и закрепление демократического политического режима, поэтому крайне важно знать, как достижению такой цели могут способствовать или же препятствовать различные научно-технические разработки.

В науке существуют противоположные и неоднозначные мнения по данному вопросу. Так, одни полагают, что использование инноваций в демократической политической среде, безусловно, имеет только положительное значение для соответствующего политического режима, другие же выделяют в связи с этим ряд немаловажных отрицательных моментов по данному вопросу, которые заслуживают особого внимания.

В настоящей работе рассмотрены некоторые российские политические и государственные институты с целью определить роль достижений научно-технического прогресса в современной демократии. Данная проблема стала актуальна лишь в последние десятилетия и еще не получила широкого развития в юридической науке и правоприменении. В качестве основных примеров демократических институтов будут рассмотрены такие явления, как электронное правительство, законотворческий процесс на стадии обсуждения и принятия законопроектов, а также процедуры выборов и референдума. Правовое регулирование вышеуказанного производится с помощью следующих нормативно-правовых актов: ФЗ «О выборах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации», «О выборах Президента Российской Федерации», «Об основных гарантиях избирательных прав и праве участия граждан в референдуме Российской Федерации», «О Государственной автоматизированной системе Российской Федерации «Выборы», ФКЗ «О референдуме Российской Федерации», Указ Президента «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов», ФЗ «Об электронной цифровой подписи», ФЗ «О противодействии коррупции» и некоторых других.

В наши дни все большее число процедур и коммуникаций приобретают электронный вид и осуществляются посредством виртуальных действий. Одним из примеров этому служит появление в России такого института, как элек-

тронное правительство. Он представляет собой интернет-портал государственных и муниципальных услуг, доступный всем пользователям. Он устанавливает связь с важнейшими государственными органами, такими как министерства, службы и ведомства. Кроме того, создаются подобные интернет-порталы на региональных и муниципальных уровнях. С помощью электронного правительства граждане имеют возможность, не выходя из дома и не сталкиваясь с излишней бюрократической волокитой, производить обращения в необходимые структуры, получать информацию об осуществлении и защите своих прав, ориентироваться в правовом регулировании тех или иных вопросов и проблем, делать запросы, подавать заявления, жалобы и многое другое. Безусловно, это представляется крайне важным для развития демократического политического режима, так как формально придает больше возможностей для осуществления гражданами принадлежащей им государственной власти.

Но так ли это фактически? По мере развития электронной формы общения граждан и государственных органов, должностных лиц мы сталкиваемся с рядом важных вопросов:

1. Приведет ли расширение электронных форм общения к полному исключению личного общения на указанном уровне? С одной стороны, электронная форма общения способствует ускорению принятия решений, исключает необходимость непосредственного присутствия граждан в каких-либо органах, позволяет не тратить личное время. Такая форма идеально подходит для принятия типовых, стандартных решений, где детали не имеют большого значения и суть вопроса не так важна. Но для разрешения индивидуальных нестандартных ситуаций нередко требуется детальное рассмотрение тех или иных аспектов, которое может быть проблематично без личного присутствия гражданина или подробного раскрытия им проблемы при именно личной встрече с должностным лицом. Так, мы видим положительную и отрицательную стороны данного института.
2. Необходимо определить, имеет ли место ограничение прав граждан в связи с переводом государственных услуг в электронную форму. С одной стороны, права граждан расширяются, так как доступ к государственным и муниципальным структурам становится легко доступным всем интернет-пользователям с любой точки мира. Но вновь появляется обратная сторона проблемы: далеко не все граждане в нашей стране имеют доступ к сети интернет. В большинстве случаев это обусловлено социально-экономическими причинами или же плохой технической развитостью определенной местности. Интернет также недоступен многим гражданам по причине их возраста или состояния здоровья, для них освоение технических новшеств является крайне трудным или практически невозможным. И в одном и в другом случае граждане не имеют доступа к электронному правительству, тем самым при отсутствии альтернативных форм общения они не обладают возможностью осуществлять свои гражданские права. Таким образом, демократия здесь несет значительный урон, ограничивая целые слои населения в правах, но в то же время облегчая осуществление прав большему проценту граждан.

3. В связи с этим следует поставить вопрос об аргументированности достоинств использования электронного правительства в целом. Безусловно, нельзя исключить все его плюсы, которые частично уже были названы. Кроме того, что в подавляющем большинстве случаев такое достижение прогресса является очень удобным, мы можем сказать, что такой институт способствует повышению уровня правовой культуры личности и общества, так как с помощью него граждане могут легко получить правовую информацию и на фоне этой осведомленности развивать свою правовую культуру и правосознание, что, безусловно, является немаловажным для демократического общества.
4. Предполагается, что основной целью перевода общения из реального в виртуальное является попытка нивелирования коррупции во властно-подчинительных отношениях, так как при исключении личного общения представляется мало возможным такое поведение субъектов отношений, которое бы посредством убеждений, угроз, намеков с одной стороны побуждало другую к коррупционным действиям. Другими словами, достаточно сложно через контролируемые государством интернет-структуры договориться о незаконных действиях, осуществлять вымогательство взятки или ее предложение. Таким образом, формально электронное правительство исключает риск коррупции и вымогательства, так как решения принимаются по итогам фиксируемого письменного общения и в письменной форме, но мы не можем исключить неформальное общение субъектов таких отношений за пределами рамок электронной сферы, где фактически коррупционные действия не могут эффективно контролироваться. Бесспорно, существование электронного правительства снижает уровень противоправных действий, но не исключает их в полной мере.
- 5) Система электронного правительства является важной и необходимой формой осуществления демократии, но она требует тщательной проработки во избежание ущемления прав граждан. Кроме того, обязательным должно быть существование альтернативных вариантов в случае невозможности использования такой системы.

Следующий элемент демократии, являющийся достижением средств научно-технического прогресса, о котором бы хотелось поговорить, это общественное обсуждение законопроектов в сети интернет. Как известно, этот институт в России был введен совсем недавно и уже вступают в силу законы, прошедшие через эту процедуру, например, ФЗ «О полиции». 9 февраля был подписан Указ Президента «Об общественном обсуждении проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов», что явилось еще одним шагом в сторону закрепления такой практики. На данный момент создан сайт, на страницах которого, вероятно, и будет происходить дальнейшее обсуждение. На нем размещаются тексты законопроектов, по поводу которых граждане высказывают свое мнение согласно установленным сайтом порядкам. Там публикуются замечания и предложения, с которыми достаточно интересно знакомиться. По истечении времени, предоставленного на обсуждение, на сайте публикуются изменения, внесенные в текст как некий результат всеобщей работы.

После чего сообщается и о дальнейших стадиях законотворческого процесса вплоть до вступления закона в силу.

Безусловно, участие граждан в законотворческом процессе является важным фактором для развития демократии. Формально каждый желающий и интересующийся правотворчеством может вносить свои предложения по поводу содержания того или иного закона, что снова говорит о прямом осуществлении гражданами своих прав в сфере управления государством, о прямом участии в законодательной власти. Это достаточно важно, так как становится возможным принятие закона не только на основе решения законодателя, независимо от воли населения, но и с учетом мнения и воли самих граждан.

Конечно, здесь также сразу можно отметить проблему необеспеченности всеобщего доступа к научно-техническим новшествам, и значительный процент населения не может воспользоваться своим правом, в то время, как широкое обсуждение законопроектов осуществляется лишь в описываемой форме.

Следует сказать и о том, что сам текст закона, существующий в электронной форме, как и любой текст с экрана, воспринимается совсем иначе, нежели текст на бумажном носителе. Ученые доказали, что при прочтении одного и того же текста с экрана и с бумаги человеку может казаться, что он читал два различных документа, поэтому при чтении законопроекта в электронном виде порой может происходить неточное восприятие содержащихся в нем норм.

Представляется возможным сказать и о том, что каждый закон до вступления в силу должен проходить антикоррупционную экспертизу. ФЗ «Об антикоррупционной экспертизе нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов» предусматривает положение, согласно которому институты гражданского общества и граждане могут за счет собственных средств проводить независимую антикоррупционную экспертизу проектов нормативных правовых актов. Возможность обсуждения законопроекта общественностью и свободный доступ к его тексту расширяет возможности граждан, связанные с самостоятельной проверкой закона на наличие коррупциогенных факторов, что опять же способствует вовлечению граждан в законотворческий процесс.

От обсуждения законопроектов гражданами перейдем к другой законотворческой стадии – принятию законов уполномоченными на то законодательными органами. Например, федеральный закон, как известно, принимается большинством голосов от общего числа депутатов Государственной Думы. В последнее время в СМИ часто встречаются обсуждения неправомерности голосования депутатов тех или иных законодательных органов, так как голосование проходит в электронной форме и нередко случаи перехода права голоса от одних лиц к другим по причине отсутствия первых на заседаниях. Такие случаи являются ярким примером использования средств научно-технического прогресса, но здесь их влияние, к сожалению отрицательно, а эффективные способы защиты от таких нарушений еще не изобретены.

Коснувшись процессов голосования, мы обратимся к следующим институтам демократии, а именно к выборам и референдуму. Они являются важнейшими формами выражения народом своей воли, и поэтому нужно стремиться к

тому, чтобы процедура их проведения была безупречно проработана. Нас интересует такая форма выборов и референдума, как электронное голосование, которое, вполне возможно, вскоре станет преобладать над привычным нам заполнением бумажных бюллетеней на избирательных участках. Под электронным голосованием понимается как процесс подсчета голосов электронными средствами (автоматические ящики для голосования, которые сканируют бюллетени и т. п.), так и сам процесс подачи голоса посредством различных новых телекоммуникационных средств. Подробнее обратим внимание на второй процесс.

Существуют разные виды электронного голосования: посредством Интернет-ресурсов, с помощью мобильных телефонов, на компакт-дисках и с использованием социальной карты. Каждый из них имеет свои плюсы и минусы, мы же выделим некоторые общие черты, позволяющие нам оценить в целом эффективность процесса.

Электронное голосование в идеале фактически предоставляет возможность гражданам изъяслять свою волю дистанционно, не связывая волеизъявление с местом нахождения. Таким образом, решается задача участия в выборах и референдумах людей, не имеющих возможности добраться до избирательных участков. Безусловно, одной из целей электронного голосования является попытка снижения рисков фальсификации, так как исключается человеческий фактор в административном и процедурном отношении.

Но при введении электронного голосования мы сталкиваемся со следующими проблемами:

Каждый избиратель должен быть идентифицирован при доступе к электронным системам, так как не все обладают активным избирательным правом. В то же время персональная информация должна быть защищена. Но при этом необходимо обеспечить анонимность голосования, так как законом предусмотрено, что голосование осуществляется тайно. И в целом процесс голосования должен достаточно открытым относительно возможности его контроля уполномоченными на то органами. Для достижения названных целей может использоваться электронная цифровая подпись, которая использует систему «открытых» и «закрытых» ключей.

Очередная проблема заключается в сложности такого процесса для значительного количества населения, ведь далеко не каждый может освоить всю техническую процедуру, для этого необходимо специальное обучение.

Другая проблема кроется в обеспечении сохранности информации о ходе выборов, о поданных голосах и в гарантии невозможности проникновения в систему посторонних лиц. Помимо того, ни одна электронная система не застрахована от сбоев в работе, что чревато неисправимыми последствиями.

Все указанные проблемы так или иначе касаются ограничения или нарушения прав граждан, что недопустимо в демократическом обществе.

По нашему мнению, электронное голосование является достаточно удобной формой проведения выборов и референдумов, поэтому необходимо его постепенное внедрение на территории страны, для чего нужно детально разработать техническую сторону процесса так, чтобы она не нарушала права граждан.

Кратко рассмотрев использование достижений научно-технического прогресса в некоторых сферах демократического общества, мы приходим к следующим выводам: в использовании достижений науки и техники, как и в любом явлении, есть свои плюсы и минусы, поэтому нельзя однозначно определить их роль и влияние в современной демократии. Безусловно, целью появления всех новшеств является усовершенствование той или иной стороны определенных процессов, поэтому стоит использовать эти новшества так, чтобы извлекать из них максимальную пользу для развития демократии и стараться снижать риск отрицательного воздействия прогресса путем детального анализа степени необходимости использования каких-либо достижений науки и техники.

О ЗАКОНОДАТЕЛЬНОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ПРАВОВЫХ ЭКСПЕРИМЕНТОВ

*Фатьянов И. В.,
аспирант юридического факультета КемГУ*

В российском праве существует актуальный вопрос о законодательном регулировании правовых экспериментов. Правовые эксперименты проводятся в различных отраслях Российского права. Нормативно-правовые акты, в частности, такие как Налоговый кодекс РФ (п. 31.1 ст. 217 НК РФ), ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» (ст. 66)¹, ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» (п. 2 ст. 35)², ФЗ «О федеральном бюджете на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов» (приложение 1)³, Постановления Правительства РФ,⁴ а так же подзаконные акты, такие как Указы Президента РФ,⁵ используют термин «эксперимент», однако нормативная дефиниция до сих пор отсутствует. Отсутствие закрепленной в норме закона определения «правовой эксперимент» неудачно с точки зрения юридической техники. В связи с этим представляется, что выработка определения «правового эксперимента» является первостепенной задачей в совершенствовании законодательства в области правового экспериментирования.

¹ Федеральный закон от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // Российская газета. 2004. 31 июля. № 162.

² Федеральный закон от 2 марта 2007 г. № 25-ФЗ «О муниципальной службе в Российской Федерации» // Российская газета. 2007. 7 марта. № 47.

³ Федеральный закон от 24 ноября 2008 г. № 25-ФЗ «О федеральном бюджете на 2009 год и на плановый период 2010 и 2011 годов» // Российская газета. 2008. 27 ноября. № 243.

⁴ См., напр.: Постановление Правительства РФ от 31 декабря 2009 г. № 1194 «О проведении эксперимента по стимулированию приобретения новых автотранспортных средств взамен вышедших из эксплуатации и сдаваемых на утилизацию, а также по созданию в Российской Федерации системы сбора и утилизации вышедших из эксплуатации автотранспортных средств» // Российская газета. 2010. 15 января. № 6.

⁵ См., напр.: Указ Президента РФ от 06 июня 2007 г. № 722 «Об утверждении Положения о порядке проведения экспериментов в ходе реализации федеральных программ развития федеральной государственной гражданской службы» // Российская газета. 2007. 09 июня. № 123.

Многие авторы предлагают различные определения правового эксперимента.¹ Представляется необходимым дать определение правового эксперимента с учетом данных мнений. Под экспериментом в области правовых отношений следует понимать облечаемый в правовую форму опыт, средство проверки научно-правовой теории, некий критерий установления объективной истины в области правовых явлений, проводимый по заранее разработанной программе, включающей в себя подготовку правового эксперимента, проведение правового эксперимента и подведение итогов правового эксперимента, для проверки положительных и отрицательных предположений правового характера.

Усматривается, что существует необходимость закрепления понятия правовой эксперимент в нормативно-правовом акте. Общеизвестно, что доктринальная стилистика далека от законодательной стилистики. Это положение вещей, по-нашему мнению, разумно в виду различных целей и способов выражения информации. Необходимо дать определение правового эксперимента в контексте стилистики действующего российского законодательства. Считаем, что в нормативно-правовом акте необходимо установить следующее определение правового эксперимента. «Правовой эксперимент – деятельность по проверке правовой гипотезы, проводимая по разработанной программе, включающей в себя подготовку, проведение и подведение итогов правового эксперимента, в целях совершенствования правоотношений». Необходимо также установить определение понятия «правовая гипотеза», так как данное понятие используется в определении правового эксперимента. Считаем уместным использовать следующее определение правовой гипотезы. «Правовая гипотеза – предположение правового характера, в проверке которой существует необходимость».

В законодательном регулировании правовых экспериментов возможны различные варианты решения вопроса о расположении норм, содержащих в себе определение правового эксперимента. Во-первых, представляется возможным закрепить норму права, устанавливающую определение понятия правового эксперимента в каждом конкретном правовом акте, содержащим в себе нормы об экспериментальной деятельности. Во-вторых, возможно сформировать единый акт рекомендательного характера, содержащий в себе понятие правового эксперимента, принципы правового экспериментирования, основные стадии механизма экспериментирования, цели проведения правового экспериментирования. При анализе данных вариантов следует отметить, что у каждого варианта существуют как положительные, так и отрицательные стороны. В первом решении у лиц-организаторов правового эксперимента будет возможность придавать ту смысловую нагрузку понятию правового эксперимента, которая будет наиболее эффективна для достижения поставленных перед ними целей в конкретном правовом эксперименте. Однако различное толкование понятия правовой эксперимент, вероятно, явится камнем преткновения для координации действий различных лиц-организаторов правового эксперимента. Второй вариант

¹ См., напр.: Лазарев В. В. К вопросу о понятии и пределах эксперимента в области государства и права / В. В. Лазарев // Правоведение. 1966. № 1. С. 17–23, или Ельцов В. Н. Правовые эксперименты в современной России: оценка эффективности / В. Н. Ельцов // Вестник Тамбовского университета. Гуманитарные науки. 2008. №11. С. 569–573.

решения приведет к унификации последующих актов, содержащих в себе нормы об экспериментальной деятельности, что в данном случае является положительным моментом в законодательном регулировании. С другой стороны, ряд авторов утверждает о нецелесообразности использования единообразных актов, содержащие в себе нормы рекомендательного характера как формы права.¹ По нашему мнению, второй вариант решения вопроса наиболее приемлем в виду положительного влияния консолидации в праве.

При изучении правовых экспериментов, существующих на данный момент,² представляется, что необходимо установить основные термины в сфере правового экспериментирования, а также единую схему построения программ правовых экспериментов. Данный подход в области правового экспериментирования приведет к более эффективному регулированию правовых экспериментов.

Совершенствование законодательного регулирования правовых экспериментов возможно и с использованием механизма принятия рекомендательных актов. Отметим, что принятие рекомендательных актов или модельных законов – актов имеющих рекомендательный характер, принимаемых либо международной организацией, либо законодательным органом федеративного государства в целях унификации законодательства разных государств или субъектов федерации³ – не является новшеством для внутригосударственного и международного права. Так, в Соединенных Штатах Америки широко развита практика создания типовых для штатов кодексов и иных законов для установления максимального единообразия в тех отраслях законодательства, где это необходимо. Единый коммерческий (торговый) кодекс США (Uniform Commercial Code, УСС)⁴ является одним из примеров типового характера актов. Общеизвестно, что англо-американское право существенно отличается от действия континентальной системы права, однако, по нашему мнению, для закрепления механизма правового экспериментирования в области правового эксперимента необходимо учитывать положительный опыт других стран, при создании актов рекомендательного характера.

Необходимо отметить, о наличие попыток установить нормы о правовом эксперименте на законодательном уровне в России. Так депутатом Государственной Думы Федерального Собрания РФ Лисичкиным В. А. в 1999 г. был внесен проект федерального закона в Государственную Думу ФС РФ об экспе-

¹ См., напр.: Шестакова Е. В. Модельное законодательство. Теоретико-правовые аспекты и практика применения / Е. В. Шестакова: дис. ... канд. юр. наук: 12.00.01. М., 2006.

² См. напр.: Федеральный закон от 20 июля 1997 г. № 110-ФЗ «О проведении эксперимента по налогообложению недвижимости в городах Новгороде и Твери» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. 28 июля. №30. или Постановление Правительства РФ от 17 августа 1994 г. № 963 «О реализации Указа Президента Российской Федерации «О проведении в Тульской области эксперимента по созданию организационно-правовых и экономических условий развития регионального агропромышленного комплекса» // Собрание законодательства Российской Федерации. 1994. № 17.

³ Большой юридический словарь / <http://dic.academic.ru>. 2012.

⁴ Единообразный торговый кодекс США: официальный текст / Пер. с англ. М.: Международный центр финансово-экономического развития. 1996. С. 155-307.

риментальной деятельности.¹ Данный проект федерального закона был снят с рассмотрения. В проекте закона экспериментальную деятельность Лисичкин В. А. предлагал закреплять сугубо с помощью и на уровне федеральных законов. Кроме того, процесс планирования правового эксперимента он предлагал установить чрезмерно длительным по времени. Понятие «правового эксперимента» Лисичкиным В. А. в проекте федерального закона не предлагалось.

С учетом опыта, связанного с инициативой депутата Лисичкина В. А., а также анализа правовых экспериментов имевших место в российском государстве предлагаем следующую модель проведения правового эксперимента. В нашем представлении, правовой эксперимент является разовым исключением из общих правил и порядка, закрепленного нормативными актами. В связи с этим представляется неверным, придавать силу закона исключением из общих правил. В своем письме № Пр-1468 данная позиция частично была изложена Президентом РФ.² Кроме того, по нашему мнению, закрепление единичных правовых экспериментов на уровне законодательства недопустимо по следующим доводам. Во-первых, исходя из признака ограниченности в масштабе действия правового эксперимента, представляется невозможным проведения правового эксперимента на всей территории государства. Правовой эксперимент возможен только на определенной территории государства, что в свою очередь приводит к мысли о несостоятельности доводов в пользу закрепления единичных правовых экспериментов, используя механизмы законотворчества. Во-вторых, установление единичных правовых экспериментов с помощью законотворчества приведет к затягиванию процесса согласования проекта федерального закона о единичном правовом эксперименте. В данном случае следует отметить, что в силу своей специфики, общество является динамичной системой³, в связи с этим неоправданное замедление процесса планирования и подготовки правового эксперимента приведет к негативным последствиям эффективности правового эксперимента.

Кроме того, представляется необходимым ответить на вопрос о том, каким органам следует делегировать полномочия по проведению правовых экспериментов. Прежде всего отметим, что, по мнению ряда авторов, отличительными чертами актов федеральных органов исполнительной власти являются конкретность и детальность регулирования общественных отношений и наибольшая степень динамичности и подвижности.⁴ Учитывая сложившуюся в настоящее время практику, считаем верным установить на законодательном уровне за исполнительными органами федеральной власти, исполнительными органами субъектов РФ, а также за муниципальными исполнительными орга-

¹ См. Паспорт проекта федерального закона №99073128-2 «О порядке проведения экспериментов в сфере социально-экономических отношений в Российской Федерации» (внесен депутатом Государственной Думы ФС РФ В.А. Лисичкиным) / СПС Консультант Плюс. 2012.

² Письмо Президента РФ от 10 ноября 1999 № Пр-1468 «Заключение на проект Федерального закона «О порядке проведения экспериментов в сфере социально-экономических отношений в Российской Федерации» / СПС Гарант. 2012.

³ См. Грудцына Л. Ю. Государство и гражданское общество. / Л. Ю. Грудцына // Юркомпани. Санкт-Петербург. 2010. С. 464.

⁴ Волчинская Е. К., Игнатюк Н. А., Казанцев Н. М. и др. Административная реформа в России. Научно-практическое пособие / под ред. С. Е. Нарышкина, Т. Я. Хабриевой. М.: Контракт инфра, 2006. С. 352.

нами власти полномочия по планированию, проведению и подведению итогов правового эксперимента.

К ВОПРОСУ О МЕСТНОМ УПРАВЛЕНИИ И САМОУПРАВЛЕНИИ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

*Солодкова Е.В.,
УО «ВГУ им. П. М. Машерова»*

Проблемы осуществления местного управления и самоуправления существуют давно. Это связано с множеством факторов, которые влияют на осуществлении самоуправления на соответствующей территории. Решение этого вопроса играет важную роль, так как местное самоуправление является неотъемлемым компонентом развитого демократического общества.

С принятием нового Закона «О местном управлении и самоуправлении в Республике Беларусь» система органов местного самоуправления не изменилась. Как и ранее она состоит из трех уровней. В законе более четка, отражена компетенция Советов депутатов, а так же особенности компетенции Совета каждого уровня. Это позволяет им эффективно выполнять четко поставленные перед ними задачи, а так же согласовать работу с местными исполнительными органами. Решить возможность взаимодействия при решении вопросов общественного и государственного значения.

Касаясь вопроса материального обеспечения необходимо отметить, что местное самоуправление нуждается в эффективно сформированной материальной базе для решения социально-экономических проблем. Также необходимо уделить внимание механизму взаимодействия органов местного управления с республиканским и местного управления с самоуправлением. Эффективным решением этого вопроса является создание специализированного органа, который может регулировать этот вопрос с наделением его полномочиями определять организационно-правовые принципы, этапы, задачи, сроки и механизм реформы местного самоуправления, совершенствование форм и методов деятельности. Такой орган должен быть создан по всем уровням самоуправления.

Для обеспечения основ Конституции Республики Беларусь и принципов демократического государства важнейшей целью местного самоуправления должно стать такое решение вопросов местного значения, в основе которого стоял бы человек его права, свобода и ответственность, а власть должна быть подконтрольна народу.

В целях совершенствования местного самоуправления Республики Беларусь можно заимствовать опыт ближних соседей – Российской Федерации. Для этого необходимо проанализировать сходства и различия местного самоуправления двух государств. В соответствии с законодательством Республики Беларусь местное самоуправление – форма организации и деятельности населения, проживающего на соответствующей территории, для самостоятельного решения непосредственно или через избираемые им органы социальных, экономиче-

ских и политических вопросов местного значения исходя из общегосударственных интересов и интересов граждан.

Местное самоуправление в Российской Федерации обеспечивает самостоятельное решение населением вопросов местного значения, владение, пользование и распоряжение муниципальной собственностью.

Система органов местного самоуправления Республики Беларусь включает Советы и органы территориального общественного самоуправления. Местные Советы включают в себя три территориальных уровня: областной, базовый и первичный, а включает областные, городские, районные, поселковые и сельские Советы. В Российской Федерации после принятия Указа Президентом от 9 октября 1993 г. «О реформе представительных органов власти и органов местного самоуправления в Российской Федерации» деятельность местных администраций прекращается, а их полномочия возлагаются на местную администрацию, как исполнительный орган в системе местного самоуправления. Таким образом, структуру органов местного самоуправления в Российской Федерации составляют представительный орган муниципального образования, глава муниципального образования, местная администрация (исполнительно-распорядительный орган муниципального образования), контрольный орган муниципального образования, иные органы и выборные должностные лица местного самоуправления, предусмотренные уставом муниципального образования и обладающие собственными полномочиями по решению вопросов местного значения.

Я считаю целесообразным возобновить деятельность местных Советов в системе местного самоуправления Российской Федерации. Это обусловлено тем, что данное государство обширное по своей территории, что требует наиболее разветвленной системы органов местного самоуправления. В систему данных органов должны входить структурные подразделения, которые способствовали подготовки и реализации полномочий и деятельности вышестоящих органов местного самоуправления. Необходимо четко определить и разграничить компетенцию каждого органа местного самоуправления.

В Республике Беларусь, так же как и в Российской Федерации, местное самоуправление осуществляется гражданами путем референдума, выборов, других форм прямого волеизъявления, через выборные и другие органы местного самоуправления. Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» дает четкую регламентацию форм осуществления местного самоуправления. Местному самоуправлению вменяется в обязанность исполнение государственных полномочий, в полномочия выборных органов местного самоуправления муниципального района и городского округа включено также осуществление отдельных государственных полномочий. В целях решения непосредственно населением вопросов местного значения проводится местный референдум. Муниципальные выборы проводятся в целях избрания депутатов, членов выборного органа местного самоуправления, выборных должностных лиц местного самоуправления на основе всеобщего равного и прямого избирательного права при тайном голосовании. И др. формы в соответствии с Законом РФ. На наш взгляд, данный вопрос

в белорусском законодательстве требует некоторых корректировок, так как система форм не имеет четкой регламентации.

Правовую основу местного самоуправления составляют Конституция Республики Беларусь, Закон «О местном управлении и самоуправлении в Республике Беларусь» и другие акты законодательства, в том числе международные договоры Республики Беларусь. В Российской Федерации правовую основу составляют общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры, Конституция Российской Федерации, федеральные конституционные законы, Федеральный закон «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», другие федеральные законы. Из перечисленного выше можно сделать вывод, что оба государства в своей деятельности в сфере местного самоуправления опираются на Конституцию, законы, непосредственно регулирующие данную сферу деятельности и международные договоры.

Так же как и Республика Беларусь, Российская Федерация стремится к обретению финансовой самостоятельности в области местного самоуправления, чтобы органы местного самоуправления могли усовершенствовать свою материальную базу, которая способствует оперативному и эффективному функционированию местного самоуправления.

Большинство местных органов самоуправления Российской Федерации смешивают функции местной власти с ее правами. Некоторые из них должны осуществляться местными администрациями, которые упразднены в России. Также местному самоуправлению вменяется исполнение некоторых государственных полномочий. В законах данных государств предусмотрена форма прямого государственного регулирования и прямого контроля со стороны государства применительно к Республике Беларусь и со стороны субъектов Российской Федерации по вопросам местного значения. Так, в Республике Беларусь надзор за точным и единообразным исполнением законодательства в сфере местного самоуправления осуществляют Генеральный прокурор Республики Беларусь и подчиненные ему прокуроры. В Российской Федерации органы прокуратуры и другие уполномоченные федеральным законом органы осуществляют надзор за исполнением органами местного самоуправления и должностными лицами местного самоуправления Конституции Российской Федерации, федеральных конституционных законов, федеральных законов, конституций (уставов), законов субъектов Российской Федерации, уставов муниципальных образований, муниципальных правовых актов.

В законах дан исчерпывающий перечень вопросов местного значения. Рассматривая вопрос об ответственности, можно сделать вывод, что большее внимание ей уделено в России, чем в Белоруссии, так как в последней предусмотрена ответственность только за вред, причиненный организациям и гражданам в результате неправомερных решений, действий (бездействия) органов местного самоуправления, их должностных лиц, который подлежит возмещению соответствующей административно-территориальной единицей в порядке, предусмотренном гражданским законодательством. В свою очередь, в Российской Федерации ответственность органов местного самоуправления предусмот-

рена как перед гражданами, так и государством. Население муниципального образования вправе отозвать депутатов, членов выборных органов местного самоуправления, выборных должностных лиц местного самоуправления в соответствии с Федеральным законом, в соответствии с уставами муниципальных образований.

Ответственность органов местного самоуправления и должностных лиц местного самоуправления перед государством наступает на основании решения соответствующего суда, в случае нарушения ими Конституции Российской Федерации, федеральных конституционных законов, федеральных законов, конституции (устава), законов субъекта Российской Федерации, устава муниципального образования, а также в случае ненадлежащего осуществления указанными органами и должностными лицами переданных им отдельных государственных полномочий. Так же четко определена ответственность главы муниципального образования и главы местной администрации перед государством.

В целях разрешения ряда проблем в сфере местного управления и самоуправления в Республике Беларусь автор считает необходимым внести следующие поправки в рассматриваемую сферу:

- четко определить правовой статус каждого органа, его права, обязанности и ответственность за нарушения законодательства. Должен быть определен исчерпывающий перечень прав каждого органа местного управления и предусмотрена судебная ответственность за невыполнение своих обязанностей и нарушение норм законодательства, так как именно вопрос об ответственности органов местного управления в законе отражен поверхностно;
- разграничить компетенцию каждого органа местного управления и центральных органов власти, в основу должен быть положен принцип субсидиарной ответственности. В результате чего полномочия переходят к центральным органам власти только в том случае, если местные органы не в состоянии обеспечить надлежащее исполнение данных полномочий;
- внести в закон требования, которым должны соответствовать управленческие кадры органов местного управления, а так же нормы об аттестации депутатов. Со стороны государства должно быть оказано содействие их подготовке и создана эффективная система контроля над их деятельностью. Определить срок действия исполнительный комитетов, местных администраций.
- для более тесного сотрудничества с органами государственного управления и с жителями регионов необходимо проводить выездные плановые сессии областного и районных исполнительных комитетов, заседания президиумов и постоянных комиссий;
- уточнить в Законе вопросы взаимодействия и согласовать работу органов местного самоуправления с органами исполнительной власти;
- сформировать материальную базу для решения социально-экономических проблем;
- рассмотреть вопрос взаимодействия с республиканскими органами власти, создать орган, который смог бы координировать и контролировать деятель-

ность органов самоуправления. Отразить правовой статус этого органа в Законе.

В итоге можно сформулировать главный вывод: в существующих социально-экономических условиях должен быть создан эффективно функционирующий механизм решения вопросов местного значения, поскольку решение этих вопросов влияет на интересы общества и благосостояние страны.

К ВОПРОСУ ОБ ОСОБЕННОСТЯХ РОССИЙСКОЙ МОДЕЛИ КОНСТИТУЦИОНАЛИЗМА

*Щеглова Н. С.,
студентка юридического факультета КемГУ*

Конституционализм есть сложное политико-правовое явление, которое изучают с позиций различных наук, и прежде всего с позиций юриспруденции. В отечественном государствоведении проблемы конституционализма вызывали и вызывают несомненный и растущий интерес¹. Обусловлено это тем, что конституционализм составляет ядро и структурную основу правовой модели государства.

Утверждением политико-правовых ценностей конституционализма сопровождается движение к правовому (конституционному) государству². Идеи конституционализма, как одного из влиятельнейших общественно-политических и правовых движений, на протяжении более чем двух столетий изучаются человечеством и получили признание во всем цивилизованном мире. Однако у каждого из государств конституционализм имеет характерные, специфические черты, обусловленные особенностями развития национальной государственности и правовой системы.

Российская модель конституционализма также имеет свои особенности, в числе которых можно выделить следующие.

Российский конституционализм в своем становлении прошел особый исторический путь. Прежде всего, необходимо отметить, что для развития российского конституционализма характерно «насаждение» конституционных институтов самой властью государства сверху³, что предопределяло преимущественное использование принудительных методов государственного управления и правового регулирования⁴. Достаточно вспомнить о политических предпосылках и фактических обстоятельствах, сопровождавших принятие Манифе-

¹ См., например: Арановский К. В. Конституционная традиция в российской среде. С-П., 2003; Кравец И. А. Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления. С-П., 2004; Кутафин О. Е. Российский Конституционализм. М., 2008. Медушевский А. Н. Теория конституционных циклов. М., 2005; Хабриева Т. Я., Чиркин В. Е. Теория современной конституции. М., 2005 и др.

² Кутафин О. Е. Российский Конституционализм. М., 2008. С. 34.

³ Ескина Л. Б. Особенности развития конституционных отношений в России // Конституционное и муниципальное право. 2010. № 3.

⁴ Мамитова Н. В. К вопросу об эволюции конституционализма в России // История государства и права. 2010. № 12.

ста Николая Второго от 26 октября 1903 г., так и первые советские конституции. В Европе идеи конституционализма назревали в народе в ходе борьбы с феодализмом и зарождения буржуазных отношений. Думается, что первые российские конституционные документы приносили в общество ранее неизвестные народу правовые категории и понятия, которые не находили адекватного отклика в общественной практике. Это затрудняло привитие и укоренение идеи конституционного государства в обществе, и, соответственно, тормозило ее развитие.

На протяжении длительного времени в российском праве не находил отражения и реализации принцип разделения властей. Несмотря на революционный государственный переворот, совершенный большевиками и приведший к упразднению монархии, реальная власть продолжала базироваться на авторитете одного человека, роль которого в советское время выполнял руководитель единственной партии. «Парадигма власти в России осталась та же» и базировалась на вере людей сначала в монарха, как помазанника Божьего, а потом в силу вождя, что «ориентировало россиянина на покорность, а не на личную активность»¹. В советское время принцип разделения властей был объявлен буржуазным «суррогатом демократии»². Кроме того, модель социалистического конституционализма создавала «имитационность многих демократических институтов и процедур», что также послужило особому дальнейшему развитию конституционных процессов в России.

Особое значение в формировании и развитии российского конституционализма имеет преемственность (заимствование) конституционно-правовых институтов из других правовых систем. К. В. Арановский в своем труде «Конституционная традиция в российской среде» отмечает, что Россия предпринимает компиляционное заимствование (получение материала из конституционного права нескольких стран)³. Благодаря преемственности в российское конституционное право был введен институт президентства, порядок его взаимодействия с парламентом и правительством, заимствованные из конституционного права Франции, идея социального государства и конституционная юстиция, «импортированные» из конституционного права ФРГ. В одних случаях происхождение института конституционного права хорошо различимо, в других же случаях его достаточно сложно определить. Так, разделение властей включено в Конституцию РФ не только по примеру США, но и других стран. Так же источниками заимствования российского конституционного законодательства можно назвать конституционное право Швеции, Италии и Испании.

На характере эволюции российского конституционализма существенным образом отразилась ментальность русского народа. Менталитет русского народа формировался веками и на него влияли различные внешние и внутренние факторы. Во-первых, географическое положение и, как следствие, влияние двух цивилизаций: европейской с ее либерально-демократическими традициями и азиатской с совершенно иными формами экономического, политического и со-

¹ Ескина Л. Б. Указ. соч. С.15.

² Кутафин О. Е. Указ. соч. С.6.

³ Арановский К. В. Указ. соч. С. 395.

циального развития. Во-вторых, плюралистичность российского общества, характеризующегося полиэтничностью и поликонфессиональностью. В-третьих, вековая опека интересов народа со стороны монарха. В-четвертых, незрелость гражданского правосознания. По этой причине отечественные конституционные «замыслы» и намерения находят свое практическое применение иногда достаточно далеко от их собственного смысла, не с той последовательностью и не с теми последствиями, как в странах с закрепившимися идеями конституционализма и окрепшим конституционным правом.

В отечественной модели конституционализма находят противоречивое и непоследовательное институциональное оформление и реализацию многие известные политико-правовые идеи конституционализма, на что обращено внимание ряда исследователей. Это касается идей разделения властей, народного суверенитета, федерализма, республиканской формы правления, местного самоуправления, механизма государства и др.

Например, известен особый подход законодателя к трактовке принципа разделения властей. Несмотря на то, что в ст.10 Конституции РФ говорится об осуществлении государственной власти в РФ на основе разделения на законодательную, исполнительную и судебную, в системе органов государственной власти обнаруживаются институты, принадлежность которых однозначно определить затруднительно. В частности, это относится к институту президента, прокуратуры, центральной избирательной комиссии, уполномоченному по правам человека и др.

Следует отметить, что для отечественной модели конституционализма сегодня характерна сильная президентская власть. Президент РФ наделен более широким спектром полномочий, чем лица, обладающие данным статусом в европейских государствах. Отмечается, что российская модель президентской власти построена таким образом: «из классической модели в нее вошло все то, что делает президента сильным», а из «парламентской формы правления исключено все то, что делает парламент сильным, и заимствовано все то, что делает парламент слабым»¹.

Российская Федерация является самым многосубъектным федеративным государством, что служит одной из причин особого подхода к закреплению идей федерализма. Так, действующая Конституция РФ обеспечивает единство государства с учетом особенностей его составных частей, а именно – национальных и культурных особенностей субъектов, тем самым территориальная модель организации федерации в России не противопоставляется национальной и не пытается слепо копировать чужие образцы².

Остро дискуссионным является круг проблем, связанных с анализом отечественной модели федерализма и ее конституционным закреплением. Разброс мнений в этой части настолько широк, что, например, разобраться в таких фундаментальных теоретических вопросах, как смысл идеи и принципа федерализма, «настоящий» федерализм, «унитарный» федерализм, критерии «подлинно-

¹ Боброва Н. А. Конституционный строй и конституционализм в России. М., 2003. С. 199.

² Эбзеев Б. С. Развитие конституционных принципов федерализма в России: теория и государственно-правовая практика. М., 2008. С.184.

го» федерализма и соответствует ли отечественная модель федерализма этим критериям, крайне затруднительно.

Таким образом, безусловно, у России свой уникальный путь развития конституционной модели. На сегодняшний день остается много нерешенных или не до конца решенных проблем в области построения отечественного конституционализма. Однако в ходе их разрешения не стоит ждать кардинальных изменений в обществе в результате корректировки существующей Конституции РФ или принятия новой. Первостепенной задачей является развитие правовой культуры, формирование правосознания в каждом россияnine, понимания важности следования идеям демократии. Реальность ценностей конституционализма во многом обеспечивается высокой гражданской зрелостью народа.

СПРАВЕДЛИВАЯ КОМПЕНСАЦИЯ ЗА НАНЕСЕННЫЙ ВРЕД В СВЯЗИ С НАРУШЕНИЕМ ПРАВ ИЗБИРАТЕЛЯ ПРИ ГОЛОСОВАНИИ В США И СТРАНАХ ЕС

*Топлак Юрий,
доктор юридических наук, Словения, университет Марибор*

Избиратель решил проголосовать по почте, однако избирательная инстанция не выдала ему бюллетень. Другой избиратель был задержан в полицейском участке и таким образом не имел возможности посетить избирательный участок. Третий случай – человек с ограниченными возможностями здоровья не смог идентифицировать форму бюллетеня, или же избирательный участок был для него не доступен. Избирательная комиссия не позволила четвертому избирателю голосовать, так как его имя уже было обозначено в списке проголосовавших избирателей.

Имеют ли право эти избиратели на возмещение ущерба и какая компенсация является соответствующий за нарушение прав избирателя?

Эта статья рассматривает европейское и американское прецедентное право и размер компенсации за нанесенный вред, признанный международными судами.

Право избирателей на голосование нарушается во всем мире разными способами. Следуя за недавно произошедшими выборами в Королевстве Великобритании, тысяча избирателей намеревается подать иски на получение возмещения за нанесенный вред, так как избирательные участки были уже закрыты, пока они ждали в длинной очереди, чтобы проголосовать, а также заключенные не могли проголосовать в тюрьмах.¹ В Словении избиратель, которого не посетила Избирательная Комиссия на дому, требует 50000 евро за нанесенный ущерб.² Сербские избиратели столкнулись с фактом исчезновения

¹ Автор выражает огромную благодарность Лиге Ненашевой за ее неоценимый вклад в написание настоящей статьи.

² Adam Wagner. «The human rights cost of preventing people from voting» UK Human Rights Blog. 7. May 2010 <http://ukhumanrightsblog.com/2010/05/07/the-human-rights-cost-of-preventing-people-from-voting/> Marko Pigac.

имен из списка избирателей, несмотря на то, что они отправляли заявления, чтобы быть зарегистрированными в списке избирателей вовремя и в соответствующем порядке.¹ В Хорватии избиратели с ограниченным зрением долго протестовали, потому что они не могли голосовать независимо.² Даже сейчас, когда им предоставлена возможность использовать бюллетени на Брайле, у некоторых нет навыков, чтобы прочесть алфавит Брайля, или же зрение настолько ухудшено, что они неспособны заполнить обычный бюллетень, а также и бюллетень на Брайле.

Спорные вопросы судебной безопасности по праву голосовать и правам получения компенсации за нанесенный ущерб из-за нарушения таких прав, как было указано в приведенных примерах, было разрешено уже более трех веков тому назад. Даже в 1703 г., в деле Эшби против Уайта³, которое также известно как дело о выборах Aylesbury (Эйлсбери), Палата Лордов признала право избирателя на правовую защиту права голосовать и денежной компенсации за нанесенный ущерб. Решение Лорда Холта⁴ читается следующим образом: «Если истец имеет право, то при необходимости у него должна быть возможность защитить это право».⁵ Каждое нарушение прав другого человека причиняет ему вред, однако другой стороне это не стоит и четверти пенни, но за нанесение вреда не достаточно только денежной компенсации, если таким поступком человек нарушает право другого лица. «Так же как и в случае клеветнических слов человек не теряет пенни, просто сказав эти слова, он должен проявить себя в действии».⁶

В соответствии с мнением Лорда Холта, ответственность государства в связи с возмещением ущерба за нарушение права голосовать обязует государственные органы более тщательно соблюдать правовые нормы.

Верховный суд Соединенных Штатов Америки утвердил право избирателей на денежную компенсацию в 1900 г., особенно в деле Wiley v. Sinkler⁷, и в 1903 г. в деле Giles v. Harris⁸. Относительно первого дела Верховный суд заметил, что право голосовать было частным правом, «за нарушение которого тоже может быть применено материальное наказание, пока объем ущерба, который должен быть покрыт, соответствует постановлению суда».⁹ Затем было признано право на компенсацию за нанесенный ущерб в случае нарушения права го-

«50.000 evrov, ker ni mogel voliti» Dobro jutro (Savinjska izdaja), («50,000 euros, because he could not vote», Dobro Jutro (Savinsko Edition)) 3 April 2010, P. 17.

¹Internet Novine Serbske «Tadic pobedio u dijaspori», SrpskaDijaspora.Info 2008. <http://www.srpskadijaspora.info/vest.asp?id=10086>.

²Večernji list. «Neither this year blind people were provided secrecy of voting» Vecernji list (Edition for Istra, Primorje and Lika), 17. 5. 2009.

³Ashby v White (1703) 92 ER 126 (Aylesbury election case). Это решение часто используется чтобы объяснить принцип «ubi jus ibi remedium» [где право, там и средство его защиты]. См.: дело «ubi jus ibi remedium - Ashby v White» <http://law.jrank.org/pages/17980/ubi-jus-ibi-remedium.html#ixzz0nR34sYIm>.

⁴Лорд Холт (Лорд-главный судья Англии и Уэльса) который во время принятия решения был в оппозиции и он был поддержан Палатой Лордов, голосуя пятьдесят на шестьдесят.

⁵Lord Holt, pp. 273-274.

⁶Ibid.

⁷Wiley v. Sinkler, 179 U.S. 58 (1900). Истец требует компенсацию за нанесенный ущерб в размере 2,500 долларов США, на сегодняшний день это составляет 65,000 долларов США.

⁸Giles v. Harris, 189 U.S. 475 (1903).

⁹Wiley v. Sinkler, p. 65.

лосовать досрочно, то есть перед избиранием кандидата партии.¹ Когда устанавливается первоначальный размер компенсации за нанесенный ущерб, судьи не должны брать во внимание некие абстрактные ценности, то есть не должны оспаривать конституционное право. Их решение должно быть принятым, используя один из последующих методов: согласно первому методу – основываясь на предоставленном возникшем ущербе, учитывая эмоциональные муки и страдания, или согласно второму – без доказательства размера ущерба, так называемый предполагаемый ущерб, который в каждом индивидуальном случае оценивается коллегией присяжных, основываясь на их личном мнении.

Относительно Словении деятельность Европейского суда по правам человека² является самой важной. Даже Европейский суд по правам человека признает право избирателей на компенсацию за нанесенный им нематериальный ущерб, если их право при голосовании было нарушено. В решениях суда по нарушению права голосовать Суд не вынес решения о «справедливой компенсации за нанесенный вред», а оставил принятие решения по размеру компенсации за нанесенный ущерб за странами-участниками.³ В недавних решениях Суд неизменно постановил истцу конкретную сумму выплаты «справедливой компенсации за нанесенный вред» в размере 150000 евро даже в начале такого нарушения, в соответствии с обусловленными в Конвенции гарантированными правами голосовать, несмотря на то, что истец обосновал размер ему нанесенного ущерба.⁴ В последнем решении *Alajos Kiss v Hungary*, Суд постановил выплату справедливой компенсации за нанесенный вред в размере 300000 евро и 500000 евро, как паушальную сумму за судебные издержки человеку с ограниченными возможностями здоровья, который потерял право голосовать из-за психического заболевания.⁵ Однако они определили справедливую компенсацию за нанесенный вред так, как и установил Европейский суд, то есть обеспечение прав в пределах минимальных стандартов, но сами страны-участники могут признавать повышение компенсации за нанесенный ущерб.

В ходе наблюдения за выборами парламента Великобритании в 2010 г. среди обозревателей превалировала точка зрения, что всем тем, чье право голосовать по разным причинам было нарушено, должна быть выплачена компенсация за нанесенный ущерб в таком же размере, как справедливая компенсация за

¹ *Nixon v. Herndon*, 273 U.S. 536 (1927). В этом деле, как и в последующем деле *Lane v. Wilson*, 307 U.S. 268 (1939), истцы потребовали 5,000 долларов США каждый из-за нарушения их прав голосовать.

² Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод гарантирует право голосовать в разделе «Право на свободные выборы», гарантируется 3 Статьей Первого протокола: «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются проводить с разумной периодичностью свободные выборы путем тайного голосования в таких условиях, которые обеспечивали бы свободное волеизъявление народа при выборе органов законодательной власти».

³ См.: *Hirst v the United Kingdom (no.2)* (App.No.74025/01). Решение Верхней Палаты от 6 октября 2005 г. (Суд постановил, что закон Великобритании, который не дает право заключенным голосовать, противоречит Конвенции) и *Campanano v Italy* (App.No.77955/01) 23 Марта 2006 г. (Суд постановил, что право голосовать было нарушено законом Италии, в соответствии с которым не дает право голосовать лицам после банкротства).

⁴ *Pantuso v Italy* (App. No. 21120/02) 24 мая 2006 г.; *Vova v Italy* (App. No. 25513/02) 24 мая 2006 г. (оба *Pantuso* и *Vova* получили 1,500 евро как компенсацию). 1,500 евро как компенсация за нанесенный вред из-за нарушение права голосовать, Суд присудил компенсацию во многих других случаях, среди которых *La Fazio v Italy* (App. No. 4910/04) 16 октября 2007 г.; *Melegari v Italy* (App. No. 17712/03) 16 ноября 2007 г.; *Viola and Others v Italy* (App. No. 7842/02) 8 января 2008 г.

⁵ *Alajos Kiss v Hungary* (No. 38832/06) 20 Мая 2010.

нанесенный вред, которая установлена Европейским судом по правам человека.¹ В случае, если избиратель, невзирая на нарушение его права голосовать, способен доказать убытки из-за нанесенного вреда в виде эмоциональных страданий, размер компенсации за нанесенный ущерб различен от случая к случаю.

Важно добавить, что даже в случае нарушения прав кандидатов голосовать на выборах, кандидаты могут потребовать компенсацию за нанесенный ущерб, так как нарушение прав голосовать может повлиять на результаты кандидата на выборах. В таких случаях Суд Европейского союза определил справедливую компенсацию за нанесенный вред в размере от 750000² евро до 800000 евро³.

Некоторые государства пошли дальше, устанавливая дополнительную компенсацию за нанесенный вред тем, кто мог проголосовать, но был дискриминирован на избирательном участке. В Канаде был случай, когда лестница на избирательном участке была не приспособлена для передвижения человека с ограниченными возможностями, и избиратель с ограниченными возможностями передвижения должен был двигаться по лестнице в сидячей позе для того, чтобы добраться до избирательного участка. Хотя, в конечном счете, он проголосовал, суд постановил выплатить ему 1000000 долларов за причиненные ему неудобства и страдания. Суд предписал государству внедрить систему регулярного контроля на избирательных участках, чтобы избирательные участки стали одинаково доступными для всех без исключения, без какой-либо дискриминации.⁴

В 2010 г. Россия подписала Конвенцию о правах инвалидов и Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод. Невзирая на то, что Конституция России предусматривает закрытое голосование для всех, включая людей с ограниченными возможностями, в России, как и в других странах, избиратели, которые пользуются креслами-колясками, не имеют доступа к избирательным участкам. Такая же ситуация у людей с ограниченным зрением – они не могут получить такую форму бюллетеня, которую с легкостью могли бы заполнить самостоятельно.

Пока правительство игнорирует права таких избирателей, судебные иски и жалобы по получению денежной компенсации имеют место и это один из путей как принудить правительство учесть права этих избирателей.

¹ См.: дело David Pannick. «Prisoners may be unpopular but they should still vote» Times Online. 6 Мая 2010

² См.: дело Namat Aliyev v Azerbaijan (App. No. 18705/06) 8 Апреля 2010. Было обнаружено несколько нарушений по правам Конвенции (большинство избирателей не могли голосовать, потому что они не были зарегистрированы в списках избирателей).

³ Kovach v Ukraine (App. No. 39424/02) 7 февраля 2008.

⁴ Решение Канадского Трибунала по Правам Человека, James Peter Hughes v. Elections Canada, 12 февраля 2010. Доступ на сайте http://www.chrt-tcdp.gc.ca/search/files/tl373_10308e120210.pdf.

ГРАЖДАНСКОЕ, СЕМЕЙНОЕ, ЖИЛИЩНОЕ ПРАВО

УСЛУГИ В СФЕРЕ СОЦИАЛЬНОГО ОБСЛУЖИВАНИЯ НАСЕЛЕНИЯ: ПОНЯТИЕ И ОТРАСЛЕВАЯ ПРИНАДЛЕЖНОСТЬ

*Попова Д. Г.,
старший преподаватель кафедры трудового, экологического права
и гражданского процесса юридического факультета КемГУ*

Законодательство в сфере социального обслуживания населения использует узкоспециальный подход к определению понятия «социальная услуга», связывая таковую, во-первых, исключительно с деятельностью социальных служб, а, во-вторых, объединяя под названным понятием бесплатные и платные «социальные услуги». Так, в п. 2.2.1 Национального стандарта РФ под социальной услугой понимается «действие социальной службы, заключающееся в оказании социальной помощи клиенту для преодоления им трудной жизненной ситуации».¹ А в п.3.ст. 3 Федерального закона РФ «Об основах социального обслуживания населения в Российской Федерации» – «действия по оказанию отдельным категориям граждан в соответствии с законодательством Российской Федерации, клиенту социальной службы, помощи, предусмотренной настоящим Федеральным законом». К социальным службам, оказывающим социальные услуги, относятся учреждения социального обслуживания населения, перечисленные в ст. 17 указанного Федерального закона. Такое узкое определение социальной услуги не годится для применения его к гарантированным государством услугам, оказываемым отдельными учреждениями образования, здравоохранения, уголовно-исполнительной системы бесплатно или на льготных условиях оплаты, поскольку они не отнесены к учреждениям социального обслуживания населения, социальным службам. Узкоспециального подхода к понятию социальных услуг придерживаются и ряд известных ученых, которые, следуя закону, также связывают социальные услуги с деятельностью социальных служб (А. В. Барков,² Л. В. Санникова).³

Между тем, в законодательной технике употребление термина «социальный» используется и в широком смысле: для обозначения бесплатности (льготности) и (или) гарантированности чего бы то ни было государством граждани-

¹ ГОСТ Р 52495-2005. Социальное обслуживание населения. Термины и определения: утв. приказом Ростехрегулирования от 30.12.2005 № 532-ст. М., Стандартинформ. 2006.

² Барков А. В. Социальное обслуживание в условиях рыночной экономики: современные тенденции и перспективы развития // Трудовое право. 2006. № 9. С. 13-17; Барков А.В. Социальные услуги и частное право // Цивилист. 2007. № 4. С. 49-54; Барков А. В. Цивилистическая концепция правового регулирования рынка социальных услуг: Монография. М., 2008; Барков А. В. Договор как средство правового регулирования рынка социальных услуг: Монография. М.: Юрист, 2008.; Барков А. В. Рынок социальных услуг: проблемы правового регулирования: Автореф. дис. ... докт. юрид. наук. М., 2008.

³ Санникова Л. В. Услуги в гражданском праве России. М., 2006. С. 72-85.

ну. Отсюда – социальные услуги, социальные права, социальные выплаты, социальная помощь, социальные пенсии, социальные пособия, социальная поддержка и т. п. Определение понятия социальной услуги в подобном ключе отражает истинную сущность названного правового явления. Исходя из положений ст.ст. 7,38-39, 41,43,48 Конституции РФ, социальная услуга, понимаемая в широком смысле, не связана исключительно с деятельностью социальных служб. В отдельных нормативно-правовых актах социальная услуга рассматривается как разновидность социальной помощи, гарантированной государством отдельным категориям граждан и оплачиваемой за счет средств бюджета, государственных внебюджетных фондов или иных источников в порядке и размерах, установленных законодательством. В названном контексте термин «социальная услуга» употребляется, например, в ст. 6.1. Федерального закона «О государственной социальной помощи»¹, гарантирующей получение гражданами определенных в нем категорий набора социальных услуг в виде дополнительной бесплатной медицинской помощи и бесплатного проезда на пригородном железнодорожном транспорте, а также на междугородном транспорте к месту лечения и обратно. По выбору гражданина он получает право на указанный набор социальных услуг «в натуре» за счет государства, либо на замену набора социальных услуг фиксированным денежным эквивалентом.

Следует отметить, что во многих научных работах, посвященных услугам, оказываемым в социальных сферах (образовательной, медицинской, сфере социального обслуживания населения), исследователи, независимо друг от друга, приходят к единому выводу о гражданско-правовой принадлежности отношений из договора возмездного оказания специализированных услуг и об административно-правовой природе отношений, строящихся на безвозмездных началах и возникающих в процессе оказания услуг, оплачиваемых из бюджета.²

Представляется, что социальная услуга (в широком смысле) может быть оказана не только в сфере социального обслуживания населения, но и в других социальных сферах, в частности, в сфере образования, здравоохранения, культуры и т. д. Она не связана исключительно с деятельностью социальных служб и может осуществляться организациями и учреждениями различной ведомственной принадлежности, формы собственности, а также иными лицами, по-

¹ О государственной социальной помощи: федеральный закон от 17.07.1999 № 178-ФЗ : принят Гос. Думой 25 июня 1999: одобрен Советом Федерации 2 июля 1999: по сост. на 1 июля 2011 // Российская газета. 1999. 23 июля. № 142; Российская газета. 2011. 4 июля. № 142.

² Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовой договор в сфере обслуживания. М., 1980. С. 22-27; Белозеров А. В. Понятие и содержание обязательства по возмездному оказанию образовательных услуг. Дисс...канд. юрид. наук. М, 2000. С. 31; Малеина М. Н. Правовая природа и основание правоотношений «вуз-студент» // Правоведение. 2002. № 3. С. 262-264; Шаблова Е. Г. Гражданско-правовое регулирование отношений возмездного оказания услуг: Дисс...д-ра юр. наук. Екатеринбург, 2003. С. 89.; Терещенко Л. К. Услуги: государственные, публичные, социальные // Журнал российского права. 2004. №10. С. 17 – 18; Кванина В. В. Гражданское регулирование отношений в сфере высшего профессионального образования. М., 2005. С. 273; Суровцова М. Н. Вуз как юридическое лицо/ М.Н.Суровцова. Томск, 2005. С. 106 Путило Н. В. К вопросу о природе социальных услуг // Журнал российского права. 2006. № 4. С. 19-20; Минаев В. Э. Договор возмездного оказания образовательных услуг: проблемы теории и практики: Автореф. дис...канд. юрид. наук. М., 2008. С. 15; Федорова Ю. М. Договор возмездного оказания образовательных услуг в сфере высшего профессионального образования: Автореф. дис. ... канд.юр. наук. Томск, 2010. С. 15; Федорова Ю. М. Возмездное оказание образовательных услуг в сфере высшего профессионально образования (гражданско-правовой аспект): Монография / Ю. М.Федорова; науч. ред. Р. П. Мананкова. Новосибирск, 2010. С. 30 и др.

лучившими социальный заказ на оказание такого рода услуги. Социальный характер услуги проявляется только в том случае, если она является полностью или частично бесплатной для услугополучателя.

Социальные услуги являются одним из способов реализации конституционных гарантий человека в сфере образования, здравоохранения, социального обслуживания населения и других социальных сферах. Поэтому широкий подход к пониманию социальной услуги, как верно замечает Г. В.Субботин, «в большей степени отражает сущность социального государства, отвечает цели создания условий, обеспечивающих достойную жизнь и свободное развитие человека, соответствует объективным условиям социально-экономического развития общества».¹

Закрепление в нормативно-правовых актах, действующих в сфере социального обслуживания населения узкоспециального подхода к определению понятия «социальная услуга», во-первых, не позволяет создать единый механизм правового регулирования особого блока гарантируемых Конституцией РФ услуг социальной сферы, которые имеют общие черты, обусловленные сочетанием публичного и частного интереса в реализации названных услуг. Во-вторых, допускает необоснованное смешение услуги гражданско-правового характера и социальной услуги, которая не является объектом гражданских прав.

Все это свидетельствует о необходимости введения в научный оборот «широкого» определения понятия социальной услуги; обобщения знаний и предложений, выдвинутых учеными, занимавшимися названной проблематикой применительно к отдельным видам услуг; формирования общих подходов к решению ряда выявленных проблем; создания теоретической базы, необходимой для дальнейшего внесения последовательных и продуманных изменений в действующее законодательство.

Предлагается следующее определение понятия «социальной услуги»: это услуга, оказываемая в социальной сфере (образования, здравоохранения, социального обслуживания населения и других) в целях реализации конституционных гарантий прав человека на бесплатное образование, медицинскую помощь, социальное обслуживание и другие меры социальной поддержки со стороны государства, финансируемая за счет средств соответствующего бюджета, государственных внебюджетных фондов или иных установленных государством источников, в размере и порядке, предусмотренном законодательством».

Широкое определение понятия «социальная услуга» потребует введения в законодательство, регулирующее сферу социального обслуживания населения, нового термина: «услуга, оказываемая в сфере социального обслуживания населения», которая может носить характер социальной услуги (т. е. гарантированной государством и оплачиваемой за счет бюджета или иных установленных законом источников) или услуги гражданско-правового характера. Для отграничения социальных услуг от услуг гражданско-правового характера, оказываемых в сфере социального обслуживания населения, в Федеральном законе

¹ Субботин Г. В. Социальная услуга как проблема общей теории государства и права // Адвокат. 2011. № 2. С. 52-59.

«Об основах социального обслуживания населения в РФ» термин «платная социальная услуга» предлагается заменить на «платная услуга в сфере социального обслуживания населения».

CONSUMERS PROTECTION IN REPUBLIC OF SERBIA

*Mihajlović Borko,
teaching assistant Faculty of law in Kragujevac*

Attention has been given to consumer protection in Serbia only in the first few years of the 21st century. However, this does not mean that there was no legal consciousness about importance of consumer protection. Legal protection of consumers, for the first time in Serbian law, was given by the Law on Obligational Relations in 1978, by regulations concerning the contract of sales with installment sales price. Even though the term «consumer» is not used, based on the fact that consumer protection predicted by those regulations was reserved only for «individual customers» it is clear that it deals with a special legal regulation for consumers. By those regulations it is given the right to consumers to unduly terminate the contract, abolition of the regulations inconvenient for the customer is predicted, etc. Elements of contemporary consumer legislation also include regulations regarding responsibility of the trader and rights of the customer in case of material shortcomings of things or regarding the trader's guarantee of correct functioning of sold thing. It is of particular importance to point out that those elements of consumer legislation in Serbian law, now already referred to as classic ones, existed for almost ten years before the same subject was regulated in European Union in an almost identical manner, by passing numeral Directive.¹

The first Law on Consumer Protection in Serbia was passed in 2002. The law was presently replaced by Law on Consumer Protection from 2005, which likewise could not last for long, particularly because of the lack of consistency needed in implementation Directives of EU, incomplete explanation of certain questions, terminological confusion, etc.² In Serbia, today, Law on Consumer Protection from 2010 (further referred to as CPL) is in power, and a tendency for larger harmony with the law of EU, that is, with the so-called consumer Directives, is considered to be its general characteristic. By introductory regulations of CPL eight basic rights of consumers were proclaimed: right to satisfy basic needs, right to safety, right of being informed, right to choice, to be involved in procedure of making and proceeding the policy of consumer protection, right to legal protection, education and the right to healthy and tenable environment. Additionally, by CPL it is acknowledged the right of the consumer to unilaterally unduly terminate the contract, in cases determined by the law, also known as the right to remorse. Regulations on consumer protection are singled out as a separate unit from the unfair commercial

¹ Marko Baretić. *Zaštita potrošača u Republici Hrvatskoj – trenutno stanje i perspektive*. Zbornik radova od caveat emptor do caveat venditor, Kragujevac, 2009, P. 75.

² Dragan Vujisić – Siniša Varga. *Pravni položaj potrošača u Republici Srbiji*. Pravna riječ, no. 28/2011, P. 717.

practice, which highlights their importance. It is of a particular importance to underline that the regulations of CPL are of imperative legal nature. It is positively predicted by CPL that the consumer cannot remise the rights determined by CPL, as well as it is predicted that certain regulations of the contract between the consumer and the trader, contrasted to regulations of CPL concluded at the expense of the consumer, are considered to be worthless.

In this work, only some of the most important regulations of CPL are analyzed. In that manner, a particular attention is dedicated to the consumer right to information, consumer right to remorse, as well as to the consumer protection from unfair commercial practice.

One of the eight basic consumers' rights predicted by the CPL also is consumers' right to information, that is, the right to access accurate data necessary for reasonable selection of goods and services offered. The legislator dedicates a special attention to exercise the consumers' rights to information, regarding the fact that the consumer presents a weaker side in relation to the trader, having no access to all information needed for decision making. Additionally, the importance of the right to information is mirrored in the fact that the exercise of another basic consumers' right – the right to free choice, depends on the exercise of the right to information. Independent and reasonable decision on concluding a legal transaction can be made only by a consumer well informed about all data necessary for the decision making.

Obligation of informing is based on the idea that every contractor has a moral obligation to inform one's co-contractor about the facts important for deciding whether to conclude the contract or not. The former principle, assuming that everyone should inform oneself about the facts of ones' interest, gave place to the principle according to which the information should enable the freedom of choice and it should contribute to making a valid decision about a specific product or transaction.¹

According to Serbian CPL, before concluding the contract of sales of goods and providing services, the trader is obligated to clearly and reasonably inform the consumer about the following the basic characteristics of goods and services; the address and other data important for establishing the identity of the trader, including the name of the trader or the name of another trader in the name of whom the trader is acting; the selling price or the manner in which the selling price is about to be calculated, if the selling price cannot be established because of the product's nature, as well as about the additional postal costs and costs of transport and delivery and the possibility that the costs could be the obligation of the consumer; the existence of the consumers' rights on unilaterally terminate the contract under the statutory conditions, etc.² Not fulfilling this obligation could bear rigorous consequences. In case the trader does not act in accordance with the obligation to provide information, the consumer can demand termination of the contract, disregarding the fact whether the trader did have an intention to induce the consumer to conclude the

¹ Marko Đurđević. Obligacija obaveštavanja u ugovorima u potrošnji. *Pravo i privreda*, no. 5-8/2008, P. 556.

² Article №16 CPL.

contract by not providing him with information. This right the consumer can exercise in a period of one year from the day of concluding the contract. In case the trader and the consumer conclude the contract for sale of goods or contract for services, the data, which are the subject of obligation to provide the consumer with information, become an integral part of the contract.

However, one should always consider the fact that the trader should not be overburdened by the obligation to provide information since in some cases it is not in consumers' interest. Many are not used to reading long business documents presented to them, or simply don't want to read them. Additionally, huge amount of information sometimes can be equally confusing for the consumer as well as the lack of them.¹ That is why is of a particular importance for the consumer to be presented with the information in a clear and comprehensive manner by the trader, so that the consumer's right to information can achieve its purpose.

The lack of information necessary for making a decision does not represent the only factor that can lead the consumer to inferior position. In some cases consumers act rashly and make a decision on concluding a legal transaction without enough consideration, repenting later on. An example of such case would be a situation when a trader visits a consumer in his own house or work place, when the consumer did not ask for such a visit, aiming to conclude with the consumer the contract of sale of goods or contract for services; also a situation when a trader intercepts a consumer in the street and starts a conversation about concluding a contract, or when a contract is concluded on the phone, etc. In such and similar situations, a consumer rarely has an opportunity to see the goods he is buying or to compare its price or quality with the goods of other traders. In order to protect consumers from making thoughtless decisions or becoming unnecessarily indebted, particular legislatures recognize the right to change one's mind or to remorse which, in cases legally mandated, makes the sale of goods or services characterized as conditional. Namely, according to the right to remorse, the consumer purchases the right to choice. The consumer has two possibilities at his disposal: to give the transaction up and terminate the contract in that manner or to strengthen the contract by remaining silent, that is by omission of the right. In that case a deponent condition under which the contract was concluded is considered to be fulfilled and that it can produce a legal influence with content established in the moment when the contract was concluded.²

By Serbian CPL from 2010 the right to remorse was acknowledged to consumers, as one of their most important rights. This right was not acknowledged as a general right of consumers, existent in every situation, which would certainly lead to misuse of the right by the consumers. The right to remorse consumers can exercise only in cases predicted by the law. In that manner the consumers have the right to terminate the contract unilaterally within a deadline determined by the law from the moment the contract was concluded, without stating any reason for it, in case of concluding a long-distant consumer contract, consumer contract outside

¹ Dragan Vujisić – Siniša Varga, op.cit, P. 719.

² Miodrag Mićović. O temeljnim pravilima potrošačkog prava. Zbornik radova od caveat emptor do caveat venditor, Kragujevac, 2009, P. 49.

business premises of the trader and in case of the time-share contract. It is about specific situations in which a possibility for a consumer to make a rush decision and to change his mind is increased.

The right of the consumer to unilaterally terminate the contract is time-limited and the limit is considered to be 14 days from the day when the contract was concluded. In case the trader did not inform the consumer about his right to remorse, the deadline for unilateral termination of the contract starts from the moment when the consumer was informed about the right. The statement about the unilateral termination of the long-distant contract or the contract concluded outside the business premises is considered to be opportune if it was sent to the trader at the time stated. The consumer can also terminate the long-distant contract or the contract concluded outside the business premises by conclusive act – by returning the goods to the trader within the deadline predicted by the law. Unilaterally terminating the long-distant contract or the contract concluded outside the business premises, obligations of the contractors, created by concluding the long-distant contract or the contract concluded outside the business premises, are ceased. The consumer has a right to retrieval of the money paid according to the terminated contract and he must not bear any negative consequences, and it is his obligation to return the product, or any other thing that he received according to the contract, to the trader.

However, there are cases in which the consumer cannot exercise the right to unilaterally terminate the contract, even though the contract was concluded long-distantly or outside the business premises. Except when it was negotiated differently, the consumer cannot terminate the long-distant contract unilaterally in following cases: case of services, when the trader started providing services, with positive consent of the consumer, before the deadline for unilateral termination of the contract expired; case of sale of goods or services, the price of which depends on changes on the financial market independent on the trader's influence, etc.¹

In countries with the system of consumer protection at an unsatisfactory level, including Serbia, different forms of unfair commercial practice towards the consumers become more and more present. In order to prevent the phenomenon, as well as in order to coordinate Serbian law with the law of European Union, that is, with the Directive of EU on unfair commercial practice from 2005 (further referred to as: Directive), unfair commercial practice of the traders towards the consumers, which was primarily positively forbidden by law, was regulated in detail by CPL. In case of legal regulation of unfair commercial practice in our law was accepted the so-called *three-stage approach*, modeled according to the law of EU. This means that it was primarily decided which general conditions must be fulfilled in order for the commercial practice of the trader to be considered unfair. Secondly, the most common forms of unfair commercial practice were regulated – misleading and aggressive commercial practice. Lastly, the so-called black list of misleading and aggressive commercial practice is stated, determining the forms of commercial practice which are considered to be unfair, regardless of the circumstances of a particular case. The importance of the so-called black list is mirrored in the fact that

¹ Article № 39 CPL.

it enables courts, administrative authorities, traders and consumers to easily determine which practice appears as unfair. In that manner, the so-called black list contributes to increasing the sense of legal safety.

Commercial practice is unfair in case when two cumulative conditions are fulfilled. The first condition is that the commercial practice of the trader is contrasted with requests of professional diligence. Difficulties may appear in determining standards of professional diligence. Each trader should coordinate his marketing business with this legal standard in order to protect the consumer. However, to make it so, it is necessary that the standard of professional diligence to be adequately determined, in order for enabling all traders, creating a very heterogenic group (some traders have smaller and some larger business volume, some of them own larger, while others own smaller property, etc.) to adapt to it. Professional diligence is defined in Serbian law as standard of special skill and care which a trader may reasonably be expected to exercise towards consumers, commensurate with honest market practice and/or the general principle of good faith in the traders field of activity. The second condition is that the commercial practice of the trader materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers. The trader significantly undermines economic behavior of the consumer if his commercial practice significantly decreases ability of the consumer to make a reasonable decision.

Institute of average consumer was created by European Court of Justice (further referred to as: ECJ). ECJ considered that: «in order to determine whether a trademark or statement is misleading, it is necessary to take into account supposed expectations of an average consumer, who is *well informed, reasonable and cautious*».¹ Likewise, it is necessary to bear in mind social, cultural and linguistic facts, because the same term or behavior may have a different meaning for consumers from different countries. The term «average consumer» has not been explicitly determined, so it can be interpreted differently depending on the social environment. Courts are to determine which consumer is to be treated as average one, and while making a decision they will consider the practice of the ECJ, so that they can determine a typical behavior of the consumer in the particular case. While determining this notion, the courts should take into account two opposing sides: the interests of the consumers and the interests of free circulation of goods and services. In other words, the principle of proportionality should be taken into consideration. That is why a person believing that goods marked as «dermatologically tested» have healing effect, which they don't, will not be referred to as an average consumer. Too broad understanding of the term average consumer would significantly slow down legal transactions.

Forms of commercial practice which are considered particularly unfair are misleading and aggressive commercial practice, and injury of duty of information. Commercial practice is considered to be misleading when it causes or is likely to

¹ Case C-210/96 Gut Springenheide and Tusky [1998] ECR I-4657, para 31.

cause the average consumer to make an economic decision that he otherwise would not make. This is also the common feature of all forms of misleading commercial practices, which differ in the way of misleading the consumer.¹ Forms of misleading commercial practice are: misleading actions and misleading omissions. Misleading action exists in four cases: (1) when a trader gives incorrect notice or in other way deceives or is likely to deceive an average consumer in terms of facts determined by the law (the existence or nature of the product, the main characteristics of the product etc.); (2) when a trader creates an overall impression which causes or is likely to cause an average consumer to make an economic decision he otherwise would not make, even if the information is factually correct; (3) when a trader, taking into account all the circumstances of the case, causes or is likely to cause the average consumer to make an economic decision that he otherwise would not make, and it involves: any marketing of a product, including comparative advertising, which creates confusion with any products, trademarks, trade names or other distinguishing marks of a competitor; (4) non-compliance by the trader with commitments contained in codes of conduct by which the trader has undertaken to be bound.

Common characteristic of all forms of misleading omissions is that it causes or is likely to cause an average consumer to make an economic decision that he otherwise would not make. At the same time, in estimating whether the trader's omission is considered to be misleading, all circumstances and the limitations of the communication medium should be taken into account. Law provides three forms of misleading omissions: (1) when a trader refuses to provide the consumers with important information which an average consumer needs for making a reasonable decision; (2) when the trader is concealing an important information or untimely, vaguely, indistinctly or ambiguously provides the consumer with the information; (3) when a trader fails to highlight the commercial intent of the commercial practice.

Serbian CPL provides the so called black list of misleading actions and omissions, modeled on the list of unfair commercial practices, provided by Annex I of Directive, which are considered misleading, regardless of the circumstances of individual cases. CPL provides those 24 forms of unfair commercial practices (claiming to be a signatory to a code of conduct when the trader is not; displaying a trust mark, quality mark or equivalent without having obtained the necessary authorisation, etc.).

A commercial practice shall be regarded as aggressive if, in its factual context, taking account of all its features and circumstances, by harassment, coercion, including the use of physical force, or undue influence, it significantly impairs or is likely to significantly impair the average consumer's freedom of choice or conduct with regard to the product and thereby causes him or is likely to cause him to take a economic decision that he would not have taken otherwise. As with misleading commercial practice, Annex I of Directive provides the so called black list of unfair commercial practice. This list is taken over by Serbian CPL. The Serbian CPL pro-

¹ Dragan Vujisić – Siniša Varga, op.cit, page 725.

vides eight forms of commercial practices which are considered aggressive, regardless of the circumstances of individual cases (creating the impression that the consumer cannot leave the premises until a contract is formed; conducting personal visits to the consumer's home ignoring the consumer's request to leave or not to return except in circumstances and to the extent justified, under national law, to enforce a contractual obligation, etc.)

ПРИЗНАНИЕ РЕШЕНИЯ ОБЩЕГО СОБРАНИЯ СОБСТВЕННИКОВ ПОМЕЩЕНИЙ НЕДЕЙСТВИТЕЛЬНЫМ

*Строилова Е. С.,
студентка юридического факультета НФИ КемГУ*

Общее собрание собственников помещений в многоквартирном доме является главным органом управления многоквартирного дома. Именно к компетенции общего собрания собственников помещений относятся такие важные вопросы как выбор или изменение способа управления многоквартирным домом, определение размера платы на содержание и ремонт общего имущества, направлений и пределов использования земельного участка, на котором расположен дом. Анализ судебной практики последнего времени свидетельствует о существенном возрастании числа дел, в которых ставится вопрос о признании недействительными решений общих собраний собственников. Особенно часто такие решения касаются выбора управляющих организаций.

Целью настоящего доклада является выявление оснований и особенностей признания решений общих собраний собственников в многоквартирных домах недействительными, постановка и разрешение некоторых проблем, возникающих при рассмотрении дел данной категории.

Анализ действующего законодательства позволяет выделить следующие условия, обязательные для подтверждения правомочности и законности общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме:

1. Инициатор собрания – собственник помещения в многоквартирном доме.
2. Вопросы, включенные в повестку дня, относятся к компетенции общего собрания собственников помещений в многоквартирном доме.
3. Письменное уведомление собственников о проведении общего собрания.
4. Сообщение о проведении собрания должно содержать: сведения о инициаторе, форма проведения собрания, дата, время, место проведения собрания, повестка данного собрания, порядок ознакомления с информацией и материалами, которые будут представлены на собрании.
5. Наличие кворума. Общее собрание имеет кворум в том случае, если в нем приняли участие собственники помещений в данном доме или их представители, обладающие более чем 50% голосов от общего числа голосов. При этом

количество голосов, которым обладает каждый собственник на общем собрании пропорционально его доле в праве общей собственности на общее имущество.

6. Участие собственников помещений в голосовании на общем собрании как лично, так и через представителей. При этом в настоящее время ограничена в применении заочная форма проведения общего собрания собственников: проведение заочного собрания возможно лишь в случае, если очное собрание не имело кворума.

7. Доведение до сведения собственников итогов голосования путем размещения соответствующего сообщения в помещении данного дома в помещении данного дома не позднее чем через 10 дней со дня принятия решения.

В настоящее время значительное число общих собраний проходят с нарушением вышеперечисленных правил. Можно сформулировать следующие особенности признания решения общего собрания собственников недействительным:

1. судебный порядок признания решения общего собрания признан недействительным.
2. соблюдение следующих условий:
 - а) решение принято с нарушением требований ЖК РФ;
 - б) собственник не принимал участия в общем собрании или голосовал против принятого решения;
 - в) решением общего собрания нарушены права и законные интересы собственника.

Отсутствие хотя бы одного из перечисленных условий исключает признание судом решения общего собрания собственников помещения в многоквартирном доме недействительным.

3. Заявление об оспаривании решения общего собрания может быть подано в суд в течение шести месяцев со дня, когда такой собственник узнал или должен был узнать о принятом решении.

В соответствии с ЖК РФ суд вправе оставить в силу обжалуемое решение, если голосование указанного собственника не могло повлиять на результаты голосования, допущенные нарушения не являются существенными, и принятое решение не повлекло за собой причинение убытков указанному собственнику. При этом ЖК РФ не содержит даже приблизительных критериев, позволяющих квалифицировать то или иное нарушение в качестве существенного или, наоборот, малозначительного. Тем самым законодатель оставил определение существенности нарушения на усмотрение суда. Полагаем, что деление нарушений императивных норм ЖК РФ на существенные и несущественные недопустимо. Любые нарушения, в том числе процедурного характера (как то: несвоевременное извещение или неизвещение собственника, отсутствие кворума, выход за пределы повестки дня, неправильный подсчет голосов и др.)

Спорным представляется и условие, согласно которому обжалуемое решение может быть оставлено в силе, если голосование собственника не могло повлиять на результаты голосования. В большинстве многоквартирных домов доля в праве на общее имущество отдельно взятого собственника малозначи-

тельна. Получается, что голосование одного или нескольких собственников не влияет на результат голосования.

Еще одним условием отмены решения общего собрания является причинение таким решением убытков собственнику, инициировавшему рассмотрение дела. Собственник должен доказать, что из-за принятого общим собранием решения он произвел непредвиденные расходы или не получил доход, что бывает весьма непросто, поскольку отрицательные последствия такого решения могут носить отдаленный характер.

В связи с этим для полноценной реализации права на судебную защиту, представляется необходимым внести изменения в жилищное законодательство, предусмотрев, что для признания решения общего собрания недействительным суду достаточно установить факт нарушения требований закона при проведении общего собрания.

В случаях оспаривания решений общих собраний в судах возникает неясность, кто является надлежащим ответчиком по делу. Одни считают, что это само общее собрание, другие – все участники собрания, третьи – председатель собрания, четвертые – участники собрания, голосовавшие за или против принимаемого решения, пятые – инициаторы созыва собрания, и, наконец, достаточно распространенным на практике стало указывать в качестве ответчиков по названной категории споров управляющие организации.

Общее собрание собственников не является субъектом, наделенным правом выступать истцом и ответчиком в суде от своего имени, поскольку закон не предполагает его регистрации в качестве юридического лица.

Отношения между управляющей организацией и собственниками помещений в многоквартирном доме строятся на основании договора. Не являясь собственником помещения в доме управляющая организация не может выступать инициатором проведения общего собрания и влиять на принятие решений на нем. Следовательно, она не может выступать ответчиком по спорам, о признании решения общего собрания недействительным.

Представляется, что надлежащим ответчиком по данному виду споров будет являться инициатор созыва и проведения общего собрания собственников, поскольку именно он несет ответственность за правильность и законность проведения общего собрания и его документального оформления.

ПРОБЛЕМЫ НАЛИЧИЯ ИЛИ ОТСУТСТВИЯ ВОЛИ СОБСТВЕННИКА НА ОТЧУЖДЕНИЕ ИМУЩЕСТВА ПРИМЕНИТЕЛЬНО К СДЕЛКАМ С ПОРОКАМИ ВОЛИ

*Лебедева Е. К.,
студентка юридического факультета СпбГУ*

Современное российское гражданское законодательство предусматривает различные способы защиты вещных прав, в числе которых ст. ст. 301, 302

предусмотрена возможность предъявления иска об истребовании имущества из чужого незаконного владения.

От способа попадания вещи в незаконное владение зависит и способ защиты права собственности, в том числе возможность предъявления виндикационного иска. Наряду с отсутствием договорных отношений между истцом и ответчиком по поводу истребуемой вещи, наличием и тождеством индивидуально-определенной вещи (ее сохранением в натуре), безвозмездностью приобретения вещи добросовестным приобретателем, отсутствием права на отчуждение у лица, совершившего таковое, а также добросовестностью или ее отсутствием у приобретателя вещи, необходимо учитывать наличие воли собственника на выбытие вещи из владения.

Утрата владения собственником помимо его воли может происходить двумя способами: 1) в результате сделки с пороком воли по передаче владения; 2) путем хищения или потери. Законодатель делает акцент на вторую ситуацию, мы же на данном этапе обратимся к первой. Здесь следует обратить внимание на то, что в Совместном постановлении пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.04.2010 N 10/22 указано следующее: «недействительность сделки, во исполнение которой передано имущество, не свидетельствует сама по себе о его выбытии из владения передавшего это имущество лица помимо его воли».¹

Для отождествления порока воли в недействительных сделках по передаче вещи с отсутствием воли на отчуждение как условием удовлетворения виндикационного иска, необходимо определить, какой смысл законодатель вкладывает в понятие «воля» в ст. ст. 177, 178, 179 и ст. 302.

В порочных сделках отсутствие или искажение воли зависит от определенных факторов. Предполагается, что воля лица на совершение тех или иных действий всегда присутствует, но в силу неких обстоятельств не является волей в юридическом смысле как элементом сделки. Напротив, по ст. 302 фактически воля может как присутствовать, так и нет (хищение и утеря). Кроме того, установление наличия воли приводит к возложению на собственника своеобразной карательной санкции за неосмотрительность в выборе контрагента. Отсутствие воли в смысле ст. 302 охватывает собой и отсутствие таковой по ст. ст. 177, 178, 179.

Необходимо отметить, что неправомерные действия также являются волевыми актами, но в этом случае воля не направлена на достижение определенных, желательных для действующего лица юридических последствий.² Воле должно соответствовать волеизъявление. Воля, не объективированная вовне, не имеет значения для права.³ Воля и волеизъявление являются, соответственно, субъективным и объективным элементами сделки и представляют собой единство. Помимо совпадения их направленности, необходимо, чтобы волеизъявле-

¹ Совместное постановление пленумов Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.04.2010 № 10/22 «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав».

² Новицкий И. Б. Сделки, исковая давность. М., 1954. С. 11.

³ Там же. С. 19.

ние осуществлялось в надлежащей форме, подходящим способом и управомоченным на то субъектом (например, соответствующим органом юридического лица).

Недействительность сделок с пороками воли может быть обусловлена: 1) дефектами воли; 2) дефектами волеизъявления; 3) несоответствием между волей и волеизъявлением; 4) отсутствием требуемого по закону согласия на сделку со стороны третьих лиц.¹

Сделки с пороками воли условно можно разделить на две группы. В первой группе причины отсутствия или пороков формирования внутренней воли связаны с самим лицом, совершившим сделку:

1. Воля в сделках, совершенных гражданином, не способным осознавать значение своих действий или руководить ими (ст. 177 ГК РФ). Отсутствие такой способности не связано с дееспособностью, оно является временным и наступает по зависящим или независящим от лица причинам. Так, речь об отсутствии воли или ее несоответствии той воле, которая была бы у этого же лица, находившегося в обычном состоянии. Например, некая ценная вещь выбыла из владения собственника в результате заключения договора дарения, но было установлено, что в момент заключения договора дарения владелец вещи находился в болезненном состоянии и в связи с состоянием здоровья не мог понимать значение своих действий. Применительно к данным видам сделок важно соотношение момента заключения сделки с моментом наличия состояния, не позволяющего понимать значение своих действий или руководить ими. Так, договор считается заключенным в момент получения акцепта offerentом, но если отчуждающая сторона-акцептант в этот момент не могла осознавать значение своих действий по причине временного умственного расстройства, а в момент направления акцепта это состояние еще не наступило, то можно ли сказать, что присутствует порок воли? Наиболее приемлемой представляется та точка зрения, что порок воли может возникать в момент волеизъявления, но не после него. Так, при заключении сделки владельцем вещи, направленной на ее отчуждение при наличии указанного порока существуют следующие варианты: 1) воля владельца на отчуждение вещи присутствует, но она искажена; 2) воля владельца отсутствует; 3) волеизъявление не соответствует внутренней воле.

2. Воля в сделках, совершенных под влиянием заблуждения (ст. 178 ГК РФ). Заблуждение – это неправильное представление о каких-либо условиях сделки. Здесь воля отчуждающего владельца направлена на заключение сделки на тех условиях, которые ему представляются действительными, таким образом, воля на отчуждение вещи в соответствии с условиями, скрывающимися за заблуждением, отсутствует. Воля соответствует волеизъявлению отчуждателя, здесь имеет место «порок образования определенной воли».²

Так, собственник картины продает ее по обычной цене для подобных вещей, не подозревая о том, что это произведение кисти известного художника. Имела ли место воля на отчуждение данной вещи? Полагаем, что нет, так как,

¹ Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия. Л., 1960. С. 8.

² Новицкий И. Б. Сделки, исковая давность. М., 1954. С. 23.

отчуждая конкретную вещь, собственник полагал, что отчуждает совершенно иную вещь, соответственно воли на продажу не было.

Во второй группе сделок отсутствие внутренней воли или пороки ее формирования были вызваны внешним воздействием:¹

1. Воля в сделках, совершенных под влиянием обмана (ст. 179 ГК РФ). В данном случае отсутствие внутренней воли или пороки ее формирования при отчуждении вещи вызваны внешним воздействием на ее владельца.² Возникает ситуация, когда воля на совершение сделки соответствует волеизъявлению, но формирование такой воли происходит под влиянием обмана, совершенного контрагентом по данной сделке. Так, при передаче товара во исполнение договора мены сторона скрыла существенные недостатки товара. Если бы добросовестная сторона знала о недостатках товара, ее воля не была бы направлена на заключение такого договора, соответственно сделка по передаче этого товара бы не состоялась, а значит, не было бы сделки по отчуждению имущества добросовестного собственника. Речь вновь идет не о пороке содержания воли, а о возникновении порока на этапе формирования воли, соответственно внутренняя воля на отчуждение вещи отсутствует.

2. Воля в сделках, совершенных под влиянием насилия и угрозы (ст. 179 ГК РФ). Чезаре Санфилиппо, например, полагает, что «лицо, подвергающееся давлению, под страхом большего зла избирает меньшее и идет на сделку, которую ему навязывают, а значит, проявляет волю, которая действительно существует, но которая не возникла бы у него, будь она свободна».³ Напротив, по мнению О.С. Иоффе, воля на совершение конкретной сделки полностью отсутствует, а есть только волеизъявление, не выражающее волю.⁴ В качестве примера возьмем собственника нежилого помещения, которого под влиянием насилия или угроз понудили заключить договор купли продажи указанного помещения. Внутренняя воля отчуждателя может совпадать с волеизъявлением, но ее формирование все равно происходит несвободно, мотивом принятия решения является страх.

3. Воля в сделках, заключенных под влиянием злонамеренного соглашения представителя одной стороны с другой стороной (ст. 179 ГК РФ). В такой ситуации воля представляемого должна выражаться через представителя, который обладает своей волей, отличной от воли представляемого. Изъявляя свою волю, он заключает соглашение с другой стороной, что приводит к неблагоприятным последствиям в отношении представляемого. Так, воля представляемого направлена на иной результат, соответственно в заключенной сделке воли представляемого нет.

4. Воля в кабальных сделках. При заключении таких сделок воля и волеизъявление лица явно направлены на заключение сделки, так как оно заинтересовано в наступлении последствий, следующих за изменением, прекращением

¹ Гутников О. В. Недействительные сделки в гражданском праве: теория и практика оспаривания. М. 2003. С.290.

² Там же. С.318.

³ Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права. М., 2000. С. 86.

⁴ Иоффе О. С. Советское гражданское право. М., 1967. С. 282.

или возникновением прав сторон. То, что лицо вынуждено заключать сделку на невыгодных условиях, не влияет на его волю. Например, собственник автомобиля продает его за низкую цену в связи со сложившимися тяжелыми жизненными обстоятельствами. Для него не имеет значения, какую сумму он получит, так как он находится в бедственном финансовом положении и нуждается в деньгах. Его воля сформирована без какого-либо влияния, без принуждения, поэтому воля на отчуждение вещи в данном случае присутствует в полном объеме.

Так, воля собственника на совершение сделки по отчуждению имущества является фактором, определяющим возможность виндикации. При отсутствии воли на отчуждение независимо от возмездности или безвозмездности последующей передачи добросовестному приобретателю, вещь может быть истребована из незаконного владения. Сделка по первоначальной передаче вещи в таком случае признается недействительной (ст. 177, 178, 179 ГК РФ).

Возможность виндикации вещи, перешедшей к третьему лицу после отчуждения ее по недействительной сделке была рассмотрена Конституционным Судом РФ как специальное последствие недействительности сделки. «Поскольку добросовестное приобретение в смысле статьи 302 ГК Российской Федерации возможно только тогда, когда имущество приобретается не непосредственно у собственника, а у лица, которое не имело права отчуждать это имущество, последствием сделки, совершенной с таким нарушением, является не двусторонняя реституция, а возврат имущества из незаконного владения (виндикация)».¹ В случае, если вещь выбыла из владения собственника по его воле, но впоследствии была передана лицом, не имеющим право ее отчуждать третьему лицу, собственник вправе предъявить виндикационный иск к лицу, получившему вещь безвозмездно.

О НЕКОТОРЫХ ВОПРОСАХ ИСПОЛНЕНИЯ ДОГОВОРОВ ПЕРЕВОЗКИ ПАССАЖИРОВ НА ЖЕЛЕЗНОДОРОЖНОМ ТРАНСПОРТЕ

*Огородников Д. Р.,
Студент юридического факультета НФИ КемГУ*

Особенности договора перевозки пассажира предусмотрены ст. 786 ГК РФ и применительно к железнодорожным пассажирским перевозкам конкретизированы в Федеральном законе от 10.01.2003 № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации» (УЖТ РФ). Одной из особенностей такого договора является его публичность. Публичный характер договора подтверждается ст. 83 УЖТ РФ, а также п. 2 ст. 789 ГК РФ, поскольку перевозка

¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 21.04.2003 г. № 6-П «по делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 2 статьи 167 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан О. М. Мариничевой, А. В. Немировской, З. А. Скляновой, Р. М. Скляновой и В. М. Ширяева». СЗ РФ. 2003. № 17. Ст. 1657.

пассажиров по железной дороге осуществляется транспортом общего пользования.

Согласно п.2 ст. 426 ГК РФ условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей, за исключением случаев предоставления льгот. Следовательно, условия исполнения договора должны быть одинаковыми для всех лиц, заключивших данный договор. При исполнении перевозчиком договора, возможны неравные условия оказания услуги по перевозке пассажирам, заключившим равноценный договор.

При оплате услуг проезда в вагонах и поездах равной категории, условия проезда могут существенно отличаться. Исходя из обращений пассажиров, следует, что отличия в предоставлении услуги связаны:

- с техническим состоянием вагона;
- с годом постройки вагона;
- с оснащённостью вагона современным оборудованием, обеспечивающим комфортность поездки (установка кондиционирования воздуха, современное освещение, электронное информационное табло, биотуалеты и т. д.);
- с отсутствием градации стоимости проезда в зависимости от занимаемого места (верхнее, нижнее и т. д.).

В настоящее время акты Правительства РФ, а также нормативная база ОАО «РЖД» и ОАО «ФПК» предусматривает обязательные условия технического состояния вагонов только для фирменных поездов, поездов класса «Премиум», а также для вагонов повышенной комфортности. В других поездах услуга по перевозке пассажира может осуществляться в вагонах равной категории, но с различным техническим состоянием. В результате, при равной оплате стоимости проезда, возможны случаи, когда один пассажир будет осуществлять проезд в вагоне старой постройки, а другой в вагоне нового типа, оснащённого современным оборудованием.

Градация стоимости проезда в зависимости от занимаемого места и вовсе отсутствует.

Поскольку, оплачивая равную стоимость за проезд, пассажир попадает в отличные условия при оказании услуги, то имеет место преимущество одного лица над другим, что противоречит требованиям публичности договора согласно п.2 ст. 426 ГК РФ.

Согласно Распоряжению Правительства РФ от 17.06.2008 г. № 877-р «О Стратегии развития железнодорожного транспорта в Российской Федерации до 2030 года» и разработкам ОАО «Всероссийский научно-исследовательский институт железнодорожного транспорта» (ВНИИЖТ) в целях установления дифференцированного уровня цен и ликвидации преимущества одних пассажиров над другими при исполнении перевозчиком своих обязательств, предлагается внести изменения в существующую автоматизированную систему управления пассажирскими перевозками (АСУ «Экспресс»). Данные изменения позволят устанавливать стоимость проезда в зависимости от следующих факторов:

- техническое состояние вагона;
- год постройки;

- оснащенность вагона современным оборудованием;
- тип занимаемого пассажиром места: верхнее, нижнее, боковое, удаленность от мест общего пользования.

Распоряжение Правительства РФ от 17.06.2008 № 877-р и разработки ОАО «ВНИИЖТ» носят рекомендательный характер и необязательны к исполнению. Следовательно, для обеспечения соблюдения правил публичности при исполнении договора перевозчиком, необходимо закрепить предлагаемые изменения в нормативно-правовых актах – Федеральный закон от 10.01.2003 № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации» и Постановление Правительства № 111 от 02.03.2005 г. «Об утверждении правил оказания услуг по перевозкам на железнодорожном транспорте пассажиров, а также грузов, багажа и грузобагажа для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности».

На наш взгляд, введение и закрепление в нормативно-правовых актах дифференцированного уровня стоимости проезда, позволит исключить нарушение перевозчиком правил публичности.

Таким образом, возможно несоответствие договора перевозки пассажира на железнодорожном транспорте правилам публичности при его исполнении. Учет данных особенностей позволит исключить возможные преимущества субъектов по равноценному публичному договору.

ОБОСНОВАНИЕ ЗАЩИТЫ ВЛАДЕНИЯ

*Засухин В. О.,
студент юридического факультета КемГУ*

Всякое субъективное право должно подкрепляться защитой, в противном случае – без механизма устрашения – оно утратило бы характер права и превратилось бы в простое пожелание.

У историков римского права не вызывает сомнения, что владельческая защита в римском государстве имела *публично-правовую природу*. Римские юристы полагали неизблемым «Любой владелец уже тем, что он является владельцем, имеет больше прав, чем тот, кто не владеет»; всякое произвольное нарушение этого правила рассматривалось как угроза существовавшему *публичному строю*.

Идее сохранения гражданского мира и порядка вполне соответствовало общее предназначение интердиктов претора – пресечение самоуправства (даже исходившего от лиц, имеющих право на вещь) вмешательством публичной власти в сферу частноправовых отношений. Административно-правовой характер интердиктов, т. е. приказов, предписаний претора об устранении конкретных нарушений правопорядка, также свидетельствует о публично-правовой сущности защиты владения в римском праве.

В настоящее время в науке гражданского права сохранились взгляды на защиту владения как на реализацию идеи гражданского мира и общественного

порядка. С точки зрения Виндшейда, «самозащита противоречит сущности государственного порядка; она подвергает слабейшего действию заблуждения и злой воли сильнейшего».

Сохранение посессорной защиты владения в условиях усложнения и интенсификации экономического оборота потребовало поиска дополнительных обоснований для неё (в особенности с учетом традиционного понимания владения как фактического отношения, а предоставление юридической защиты простому факту требовало гораздо более глубокого теоретического осмысления). В философии права и цивилистической доктрине нового времени эти дополнительные обоснования были найдены в области духовных интересов человеческой личности.

Философские предпосылки для признания *интересов личности человека* основаниями защиты владения содержатся, в частности, в трудах Иеремии Бентама. Он писал: «Каждая часть моей собственности, кроме присущей ей внутренней ценности, может иметь для меня еще особую ценность, придаваемую ей моими чувствами к ней... Таким образом, наша собственность может сделаться и на самом деле делается частью нас самих, и поэтому отнятие ее причиняет нам страшное страдание». По отношению к собственности безопасность состоит в том, чтобы возбужденные законом ожидания пользоваться известной частью благ не подвергались никаким нарушениям, никакому посягательству.

Савиньи для обоснования защиты владения выработал «деликтную» теорию, где нарушение владения рассматривалось как деликт, непосредственное насилие над владельцем. С точки зрения Савиньи, владельческая защита имеет корни в деликтном праве, поскольку пресекает вторжения в существующие фактические отношения.

Теория Иеринга предполагает защиту *владения как видимости, форпоста собственности*. Отмечая, что в огромном большинстве случаев владение и право собственности совпадают в одном лице хозяйствующего субъекта, Иеринг сделал вывод о возможности предполагать с большой долей вероятности во владении наличие правового титула собственника.

В то же время, с учетом интенсивности гражданского оборота, в условиях которого процесс доказывания правового титула весьма часто усложнен и носит громоздкий характер, собственники заинтересованы в упрощенной защите их правомочий, что и достигается посредством предоставления им посессорной защиты, когда доказывание юридического права собственности заменено доказыванием фактического ее бытия.

Те случаи, когда правопорядок предоставляет защиту владению, фактически не совпадающему с правом собственности и даже не имеющему правового титула вовсе (незаконному владению), Иеринг предлагал рассматривать как неизбежное зло, которое оправдывается несравненно более значимым положительным эффектом от облегченной защиты владения как внешней видимости права собственности (защита незаконного владения – не цель владельческого института, а его неизбежное следствие).

Таким образом, Иерингом впервые центр тяжести проблемы перенесен исключительно в частноправовую сферу, благодаря чему посессорная защита

владения получила возможность выступать как подлинно цивилистический институт.

Обширной критике взгляды Иеринга и его последователя в русской науке гражданского права С. А. Муромцева подверг, в частности, К. А. Митюков. С точки зрения К. А. Митюкова, обоснование защиты владения следует искать исключительно в нем самом, а не праве собственности. Однако данная концепция всё же относится к защите владения как защите гражданско-правовой ценности, также как и их оппонент Иеринг.

Посессорный процесс, зародившийся в Древнем Риме как строго публично-правовое средство пресечения самоуправства, в современном состоянии – в европейских законодательствах — приобретает характер частноправового способа защиты субъективного права и наделен всеми чертами искового производства. По мнению А. В. Коновалова, подобная метаморфоза объясняется тем, что каждый из вариантов посессорного процесса – публично-правовой (защита владения исключительно полицейскими мерами); смешанный (как административными, так и судебными органами); частноправовой (только судебными органами в рамках искового производства особого рода) – соответствует определенной стадии развития общества, его административной и судебной власти; смена вариантов от первого к последнему происходит по мере усовершенствования деятельности судебной системы и роста правовой культуры общества.

Тем не менее, нужно учитывать тройственную природу основания защиты владения, а также то, что весь институт посессорной защиты расположен на стыке публичного и частного права. Таким образом, на наш взгляд, сводить изменение средств к индикатору развития общества и бесповоротному процессу было бы неправильно, т. к. это, кроме теоретической неосновательности, нивелирует наработки прошлых этапов деятельности государств по защите владения.

Таким образом, философией права и цивилистической наукой разработаны три типа решения проблемы, которые можно определить как:

- публично-правовой (обоснование защиты владения интересами общественного мира и правопорядка);
- естественно-правовой (признание владельческой защиты охраной проявляемых во владении сущностных свойств человеческой личности);
- частноправовой (установление взаимосвязи владения с правом собственности и иными видами законного владения в целях облегчения их правовой охраны и усовершенствования гражданского оборота).

Считаю, что обоснованным и выверенным может быть только комплексный подход, ставящий в основу института владельческой защиты всех три начала – публично-правовое, естественно-правовое, и частноправовое, т. к. только в сумме они могут выявить причину важности владения (часть личности), причину необходимости защиты владения (форпост права собственности, самостоятельная экономическая ценность) и причину необходимости государственной реакции на нарушение (гражданский мир и стабильность в обществе и экономическом обороте).

Признание приоритета какой-либо из основ в ущерб остальным явилось бы обеднением и односторонним рассмотрением института. Таким образом, обоснование защиты владения имеет комплексную, триединую, природу.

Данную точку зрения поддерживает А. В. Коновалов и добавляет, что позитивное право лишь тогда представляет собой эффективно функционирующую систему, когда оно зиждется на фундаменте из основополагающих норм, являющихся «выжимкой» из таких нравственных законов и получивших квалифицированную юридико-техническую обработку с учетом велений времени. То есть – только отвечающий требованиям разумности, сочетания трёх начал-оснований и требований времени закон может по-настоящему выступать в качестве эффективного регулятора общественных отношений.

Именно сейчас, после того, как Россия пережила жесточайший нравственный и идеологический кризис, идеи естественного права, как мы полагаем, должны упрочить свое определяющее влияние и стать отправной точкой, основой для возрождения российской государственности.

ОСНОВАНИЯ И УСЛОВИЯ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ВРЕД, ПРИЧИНЕННЫЙ НЕЗАКОННЫМИ ДЕЙСТВИЯМИ ОРГАНОВ ДОЗНАНИЯ, ПРЕДВАРИТЕЛЬНОГО СЛЕДСТВИЯ, ПРОКУРАТУРЫ ИЛИ СУДА

*Бершов И. О.,
студент ЮФ Сумского государственного университета (Украина)*

Основаниями ответственности за вред, причиненный незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры или суда, является нанесенный ущерб, незаконные действия, причинная связь между незаконными действиями и ущербом.

В процессе формирования правового государства на первый план выступает необходимость строгого соблюдения конституционных прав граждан. В этой связи особое значение приобретает вопрос статуса личности в правовой системе. Процесс правоприменения затрагивает интересы многих лиц, вовлекаемых в сферу уголовно-процессуальных отношений, но чаще всего участников, подвергаемых уголовному преследованию. В тех же случаях, когда они признаются невиновными в совершении преступлений и реабилитированы, возникает необходимость в восстановлении нарушенных прав, а в случае причинения ущерба – в его возмещении (компенсации).

К изучению данной тематики ранее обращались такие ученые как Л. В. Бойцова, М. Й. Пастухова, Л. А. Прокудина, М. С. Строгович, Т. Т. Таджиева, Н. Я Шило и другие специалисты, однако в условиях сегодняшнего дня этот вопрос не теряет актуальности и требует дальнейшего исследования.

Обязательным основанием для возмещения причиненного вреда является наличие взаимосвязи между противоправным поведением того, кто причинил вред, и вредом. Для установления такой взаимосвязи необходимо доказать, что:

1) противоправное поведение лица предшествовало наступлению вредных последствий; 2) последствия в виде вреда являются результатом противоправного поведения.

Статья 1064 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее ГК РФ) регламентирует общие основания ответственности за причинение вреда: «Вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред. Законом обязанность возмещения вреда может быть возложена на лицо, не являющееся причинителем вреда. Законом или договором может быть установлена обязанность причинителя вреда выплатить потерпевшим компенсацию сверх возмещения вреда. Лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине. Законом может быть предусмотрено возмещение вреда и при отсутствии вины причинителя вреда. Вред, причиненный правомерными действиями, подлежит возмещению в случаях, предусмотренных законом.

В возмещении вреда может быть отказано, если вред причинен по просьбе или с согласия потерпевшего, а действия причинителя вреда не нарушают нравственные принципы общества».¹

В ст. 1070 ГК РФ предусмотрена ответственность за вред, причиненный незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда, которая состоит в том, что вред, причиненный гражданину в результате незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде, незаконного привлечения к административной ответственности в виде административного ареста, а также вред, причиненный юридическому лицу в результате незаконного привлечения к административной ответственности в виде административного приостановления деятельности, возмещается за счет казны РФ, а в случаях, предусмотренных законом, за счет казны субъекта РФ или казны муниципального образования в полном объеме независимо от вины должностных лиц органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда в порядке, установленном законом.

«Вред, причиненный гражданину или юридическому лицу в результате незаконной деятельности органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры, не повлекший последствий, предусмотренных пунктом 1 статьи 1070 ГК РФ, возмещается по основаниям и в порядке, которые предусмотрены статьей 1069 ГК РФ. Вред, причиненный при осуществлении правосудия, возмещается в случае, если вина судьи установлена приговором суда, вступившим в законную силу».²

Возложение обязанности возместить причиненный вред может иметь место лишь при том непереносимом условии, если вред вызван противоправным поведением. «Противоправность поведения – это невыполнение юридической

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации: принят 30.11.1994 № 51-ФЗ (действующая редакция): URL: <http://base.garant.ru/10164072/>.

² Там же.

обязанности, установленной нормой права. Согласно классификации юридических обязанностей противоправность выступает в форме действия или бездействия».¹

Гражданский кодекс Украины значительно расширил перечень незаконных действий должностных лиц правоохранительных органов, которые являются элементом специального деликта. К ним относятся: незаконное задержание и незаконное применение подписки о невыезде.

Обратим особое внимание на случаи, при которых деятельность правоохранительных и судебных органов признается незаконной и, соответственно, является основанием для возмещения причиненного ущерба.

К основаниям для возмещения вреда относятся:

1) установление в приговоре суда или ином решении суда (кроме определения или постановления суда о возвращении дела на дополнительное расследование или новое судебное рассмотрение) факта незаконного привлечения в качестве обвиняемого, незаконного взятия и содержания под стражей, незаконного проведения в ходе расследования или судебного рассмотрения уголовного дела обыска, выемки, незаконного наложения ареста на имущество, незаконного отстранения от работы (должности) и иных процессуальных действий, ограничивающих или нарушающих права и свободы граждан, незаконного проведения оперативно-розыскных мероприятий;

3) отказ в возбуждении уголовного дела, прекращении уголовного дела по отсутствию события преступления, отсутствию в деянии состава преступления или недоказанностью участия обвиняемого в совершении преступления;

4) прекращение дела об административном правонарушении. Кроме того, право на возмещение причиненного вреда возникает в случаях причинения вреда оперативно-розыскными мероприятиями. Если такое право возникает в случаях установления в обвинительном приговоре суда или ином решении суда факта незаконного привлечения в качестве обвиняемого, незаконного взятия и содержания под стражей, незаконного проведения в ходе расследования или судебного рассмотрения уголовного дела обыска, выемки, незаконного наложения ареста на имущество и т. д., или при условии, что в течение шести месяцев после проведения таких мер не было принято решение о возбуждении по результатам этих мероприятий уголовного дела либо такое решение было отменено.²

Кроме того, согласно нормам украинского гражданского законодательства, государство должно возместить вред, причиненный физическому или юридическому лицу в результате вынесения судом незаконного решения по гражданскому делу. Для наступления ответственности по данной норме необходимо установить наличие в действиях судьи (судей), которые повлияли на постановление незаконного решения, состава преступления по обвинительному приговору суда. Необходимо учитывать, что право на возмещение вреда, причиненного незаконными действиями судебных и правоохранительных органов,

³ Там же.

¹ Назарчук А. прокурорский надзор за соблюдением требований закона о возмещении вреда, причиненного преступлением. Вестник прокуратуры. 2010. № 3 (105). С.19-26.

возникает лишь при наличии перечисленных выше обстоятельств. В других случаях причиненный ущерб возмещается по основаниям, прямо определенным законодательством. Условия возникновения права на возмещение вреда – это обстоятельства, при наличии которых начинают действовать основания, процессуальные акты, содержащие в себе решение соответствующего органа или должностного лица о невиновности привлеченного к ответственности.

Таковыми условиями являются: вынесение судом оправдательного приговора, отмена незаконного приговора суда, прекращение уголовного дела органом предварительного (досудебного) следствия, прекращение производства по делу об административном правонарушении. То есть право на возмещение возникает только в случае полной реабилитации лица, о чем указано в п. 3 Положения о применении Закона о возмещении ущерба от 4 марта 1996 г.¹

Термин «реабилитация» в юридической литературе означает вынесение процессуального решения о невиновности гражданина и одновременно принятие мер по восстановлению имущественных и иных прав реабилитированного гражданина.¹

Таким образом, мы выяснили, что общими условиями наступления ответственности за вред, причиненный незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры или суда являются: противоправное поведение, наличие вреда у потерпевшего, наличие причинной связи между противоправным поведением причинителя вреда и вредными последствиями, которые наступили, а также наличие вины причинителя вреда, которая может проявляться как в противоправных действиях, так и в противоправном бездействии.

Проблема ответственности за причиненный вред в гражданских правоотношениях не теряет своей актуальности на всем протяжении развития права, а возникающие все новые противоречия между субъектами гражданских правоотношений требуют совершенствования средств правовой защиты, реализации юридической ответственности и эффективности применения правовых санкций.

ТРАНСГРАНИЧНОЕ СТРАХОВАНИЕ: ПОНЯТИЕ И КОЛЛИЗИОННЫЕ ВОПРОСЫ

*Таманцева А. В.,
студентка юридического факультета КемГУ*

В настоящее время заключаются не только договоры страхования, призванные компенсировать страхователям потери при наступлении страховых случаев, регулируемые гражданским правом Российской Федерации, но и договоры трансграничного страхования. Трансграничное страхование представляет

¹ «О порядке возмещения вреда, причиненного гражданину незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда»: положение о применении Закона Украины утв. Минюст. Ген. прокуратура. Минфин: Приказ от 04.03.1996р. № 6/5, 3, 41 // Бюллетень законодательства и юридической практики Украины. 1997. № 9-10.

собой договор, по которому страховщик (юридическое лицо) и страхователь (физическое или юридическое лицо) являются по отношению друг к другу иностранными лицами, и/или объект этого договора находится за границей.

Как и договор страхования по российскому гражданскому праву, трансграничное страхование также разделяется на имущественное и личное страхование. Но существуют некоторые отличия от страхования внутри страны, поскольку процесс страхования регулируется не местными страховыми компаниями, а международными страховыми институтами. Если говорить применительно к такому виду страхования, как ОСАГО, то в России оно осуществляется российскими страховыми компаниями в соответствии с законом об обязательном страховании автогражданской ответственности владельцев транспортных средств, а в международной страховой практике существует система «Зеленой карты», которая гарантирует свободное перемещение транспортных средств в пределах границ 32 государств. Также Европейское бюро «Зеленой карты» разрабатывает и контролирует правила страхования гражданской ответственности автовладельцев.

Трансграничное страхование осуществляется путем проведения различных международных страховых операций: международных договорных операций, прямого страхования, посреднического страхования, операций международного перестрахования.

Международные договорные операции означают, что страхователь одной страны заключает договор страхования со страховщиком другой страны. Данные операции заключаются как непосредственно главной конторой иностранного страховщика, так и через страховых брокеров.

При прямом страховании договоры страхования заключаются через агентские организации страховщика за границей. Эти операции осуществляются, когда отсутствует национальный страховой рынок, имеются конкретные финансово-коммерческие преимущества (более низкие тарифы, большой объем страхового покрытия, валютные факторы и т. п.) или факты юридического (фактического) принуждения (например, в соответствии с внешнеторговым контрактом на условиях CIF), когда экспортер принимает обязательства застраховать товар у иностранного страховщика, назначенного импортером.

Посреднические страхования означают, что договоры страхования заключаются юридическими самостоятельными страховыми компаниями за границей, то есть дочерними страховыми компаниями.

Перестрахование является системой экономических отношений, в соответствии с которой страховщик, принимая на страхование риски, часть ответственности по ним передает на согласованных условиях другим страховщикам с целью создания сбалансированного портфеля страховых операций, обеспечения финансовой устойчивости страховых операций. Оно представляет собой страхование одним страховщиком (перестрахователем) на определенных договором условиях риска исполнения всех или части своих обязательств перед страхователем у другого страховщика (перестраховщика). Также возможна ретроцессия – решение перестрахователя в свою очередь передать часть уже принятых на себя рисков другим перестрахователям. Но часто в договоры страхования вно-

сится оговорка «Без права ретроцессии», что означает запрет «перестрахования перестрахования».

На международном страховом рынке с целью передачи рисков полностью другим страховым или перестраховочным компаниям часто применяют фронтинг. Он представляет собой операцию, в процессе которой компания оформляет страховой полис, но риск (часть или весь) передает другому страховщику, который не фигурирует в договоре и чаще всего остается неизвестным для страхователя. Осуществляется в случае, когда страховщик желает попасть на рынок, куда он сам или его полисы не допускаются. Тогда страховщик обращается к местной страховой компании с предложением оформить за вознаграждение страховой полис, а затем переводит на себя риск и страховые взносы¹.

При исполнении договора страхования как международного контракта могут возникнуть различного рода коллизии. В таких случаях возникает вопрос, какое право будет применимым: право страховщика или страхователя, места нахождения страхового риска или наступления страхового случая. Если это не указано в договоре, то подлежат применению коллизионные нормы.

Для современного международного частного права в области обязательств характерно использование в качестве общего принципа применения права страны, с которым договор наиболее тесно связан. Этот принцип был закреплен в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г. Он нашел отражение в законодательстве всех стран ЕС как результат их участия в Римской конвенции.

Действующее российское законодательство также исходит из принципа наиболее тесной связи договора с правом определенной страны. Статья 1211 в пункте 3 ГК РФ закрепляет перечень сторон договора, имеющих решающее значение для содержания договора. В частности, для договора страхования такой стороной является страховщик. Но данный перечень играет вспомогательную роль, поскольку основное значение должен иметь принцип применения права страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Практика Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ придерживается такого же подхода, когда при определении применимого права учитывается совокупность обстоятельств дела, а не генеральная презумпция осуществления исполнения, имеющего решающее значение для содержания договора.

Чтобы разобраться в том, какое право применять, необходимо анализировать отдельные источники международного частного права. Так, подробные правила о применении права к договорам страхования содержатся в одном из современных европейских законов о международном частном праве, а именно в Эстонском законе 2002 г. В этом законе имеется специальный раздел о договорах страхования. Им предусмотрено, что если стороны не пришли к соглашению относительно применимого к договору страхования права, а местожительство или руководящий орган страхователя, а также страховой риск находятся на

¹ Балабанов А. И., Балабанов И. Т., Внешнеэкономические связи, Финансы и статистика// Режим доступа: <http://www.bibliotekar.ru/vneshneekonomicheskie-svyazi/123.htm>.

территории одного и того же государства, то применяется право этого государства.

Если же они находятся на территориях разных государств, тогда к договору применяется право того государства, с которым договор наиболее тесно связан. Применительно к имущественному страхованию предполагается, что договор имеет наиболее тесную связь с тем государством, в котором находится страховой риск. К договору страхования жизни применяется право того государства, в котором находится страховой риск на момент заключения договора¹.

В отношении договоров трансграничного страхования выделяются два конкурирующих субсидиарных статута:

- право страны, где находится основное место деятельности страховщика (*place of business*). Это право, с которым трансграничное страховое правоотношение наиболее тесно связано и обеспечивает единообразие экономических, технических, правовых условий всех договоров страхования, заключаемых одним страховщиком;
- личный закон страхователя (*lex personalis* для физических лиц и *lex societatis* для юридических лиц), который обеспечивает защиту интересов страхователя.

Конкуренция закона основного места деятельности страховщика и личного закона страхователя при определении обязательственного статута договора трансграничного страхования решается дифференцировано, исходя из размера и вида рисков, передаваемых в страхование. Для договоров страхования крупных рисков, предполагающих равное положение сторон, предпочтение отдается праву страны страховщика. А для договоров страхования массовых рисков, в которых страхователь является слабой стороной по сравнению со страховщиком, предпочтение должно отдаваться праву страны страхователя, нуждающегося в защите со стороны отечественного правопорядка.

Также хочется отметить, что согласно проекту изменений Гражданский кодекс РФ, раздел VI «Международное частное право» будет дополнен пунктом 5: «Если из закона, условий или существа договора или совокупности обстоятельств дела явно вытекает, что договор более тесно связан с правом иной страны, чем та, которая указана в пунктах 2-4 настоящей статьи (то есть право стороны договора, имеющего решающее значение для содержания договора), то подлежит применению право такой иной страны». В связи с этим, необходимо учитывать все обстоятельства договора: страховой риск, страховой случай и другие обстоятельства конкретного договора страхования, а не только местонахождение страховщика в связи с тем, что он имеет решающее значение для содержания договора.

Таким образом, можно сделать ряд выводов. Договор трансграничного страхования является сложной гражданско-правовой сделкой. В отличие от российского договора страхования, который заключается путем составления единого документа либо обмена документами, для трансграничного страхования характерно также проведение различных международных страховых опе-

¹ Богуславский М. М. Международное частное право// СПС «КонсультантПлюс».

раций, поскольку исполнение договора связано с правом разных государств. Если стороны договора – страховщик и страхователь – не пришли к соглашению относительно применимого к договору права, то выбирать применимую норму необходимо, руководствуясь принципом наиболее тесной связи договора с правом определенной страны. К каждому договору страхованию подход должен быть дифференцированным, в зависимости от обстоятельств конкретного договора страхования.

КВАЛИФИКАЦИЯ СОВМЕСТНОГО ПОРУЧИТЕЛЬСТВА В ОТЕЧЕСТВЕННОЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ

*Трезубов Е. С.,
ассистент кафедры трудового, экологического права
и гражданского процесса КемГУ*

В силу п. 1 ст. 361 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее, ГК РФ) по договору поручительства поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в части. Как известно, в договоре поручительства на стороне поручителя может быть одно или несколько лиц. В последнем случае возникает пассивная множественность лиц-сопоручителей (совместных поручителей)¹. В силу п. 3 ст. 363 ГК РФ лица, совместно давшие поручительство, отвечают перед кредитором солидарно, если иное не предусмотрено договором поручительства.

При этом вопрос квалификации отношений поручительства нескольких лиц в рамках сопоручительства или в рамках самостоятельных обязательств имеет существенное практическое значение, т.к. в зависимости от разрешения данного вопроса будет определяться порядок реализации ответственности поручителей за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств должником.

В практике арбитражных судов и судов общей юрисдикции сложилась следующая позиция по рассматриваемому вопросу. Сопоручителей, то есть субъектов, одновременно и совместно давших поручительство и отвечающих перед кредитором как солидарные должники, необходимо отличать от лиц, независимо друг от друга поручившихся за одного и того же должника по разным договорам поручительства. Такие поручители несут ответственность перед кредитором отдельно друг от друга, но каждый из них несет с должником солидарную (по общему правилу) ответственность перед кредитором по обеспеченному обязательству. В случае если поручители заключили с кредитором отдельные договоры поручительства и обязались отвечать за должника солидар-

¹ Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. II: Обязательственное право / отв ред. Е. А. Суханова. 2-е изд., стереотип. Москва, 2011. С. 96.

но, такие поручители не являются совместными, в связи с чем между ними отсутствует солидарная ответственность.¹

В ряде случаев суды, обосновывая свою позицию по рассматриваемому вопросу, раскрывали содержание правового положения сопоручителя как лица, заключившего договор поручительства с кем-то другим сообща или присоединившегося к поручительству впоследствии.²

В правоприменительной практике сформировался подход, с учетом которого, при отсутствии волеизъявления поручителей, направленного именно на совместное обеспечение обязательства, есть основания считать такое поручительство совместным в порядке, предусмотренном п. 3 ст. 363 ГК РФ, отсутствуют.³ Формально, суд исходит из двух моментов: заключения кредитором отдельных договоров поручительства (в рамках которых каждый из поручителей обязался отвечать солидарно с должником по основному обязательству), а также из свободы воли сторон при заключении данных договоров⁴. Таким образом, основополагающим сегодня является критерий волеизъявления поручителя и кредитора по основному обязательству.

В контексте указанных положений, позиция арбитражных судов по данному вопросу была сформирована в п. 27 Постановления Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 г. № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»⁵, согласно которому поручительство нескольких лиц может быть квалифицировано как совместное, только если будет установлено наличие соответствующего волеизъявления указанных лиц, направленного именно на совместное обеспечение обязательства.

Как известно, при исполнении обязательства перед одним из лиц, совместно давших поручительство, к нему переходит требование к должнику. Сопоручитель, исполнивший обязательство по договору поручительства, может предъявить к должнику требование об исполнении обязательства, права по которому перешли к сопоручителю в соответствии с абзацем 4 ст. 387 ГК РФ. До исполнения должником обязательства сопоручитель, исполнивший договор поручительства, вправе предъявить регрессные требования к каждому из других совместных поручителей в сумме, соответствующей их доле в обеспечении обязательства. Названные доли предполагаются равными (пп. 1 п. 2 ст. 325 ГК РФ), иное может быть предусмотрено договором о выдаче поручительства или соглашением сопоручителей. При этом доля поручителя, признанного банкротом, распределяется на остальных сопоручителей (ст. 325 ГК РФ). К сопоручи-

¹ Подобная позиция отражена, например: Постановления ФАС Уральского округа от 30.04.2010 года № Ф09-2777/10-С5 по делу № А07-14132/2009, Седьмого арбитражного апелляционного суда от 30.01.2012 года № 07АП-223/12 по делу № А03-9174/2011; Определения Санкт-Петербургского городского суда от 20.06.2011 года № 33-9242/2011, Самарского областного суда от 02.07.2012 года № 33-6029, Апелляционное определение Хабаровского краевого суда от 01.06.2012 года по делу № 33-3511/2012.

² Постановления ФАС Уральского округа от 10.05.2011 № Ф09-1134/11-С5 по делу № А60-15100/2010-С2, Второго арбитражного апелляционного суда от 18.11.2011 по делу № А29-1618/2011 (Т-32215/2011).

³ Постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 09.04.2011 № 07АП-1528/12 по делу № А67-6170/2011.

⁴ Определение Санкт-Петербургского городского суда от 19.10.2010 № 14298.

⁵ Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 года № 42 «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством» // <http://arbitr.ru>.

телям, уплатившим свои доли полностью или в части, переходит требование к должнику в соответствующей части.

Уплата должником всей суммы долга сопоручителю, полностью исполнившему договор поручительства, по смыслу ст. 329 ГК РФ прекращает его регрессные требования к другим совместным поручителям. Фактически, поручитель, исполнивший за должника обеспеченное обязательство перед кредитором, становится своего рода его правопреемником в рассматриваемых отношениях, при дальнейшем развитии сложившихся отношений он подменяет кредитора в той части, в которой совершил исполнение обеспеченного обязательства, на что также указано в Постановлении Президиума ВАС РФ от 03.07.2012 года № 1964/12.¹

Однако описанный подход судебных инстанций при разрешении вопросов о квалификации сопоручительства, разделении между собой отношений совместных поручителей и лиц, самостоятельно давших обеспечение, представляется нецелесообразным. По сути, сам факт существования конструкции отношений нескольких самостоятельных поручительств, где поручители отвечают солидарно или субсидиарно не по отношению друг к другу, а по отношению лишь к должнику по основному обязательству, приведет к ситуации, когда кредитор, при условии неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства должником, будет предъявлять свои требования лишь к одному из «независимых» поручителей, остальные лица не могут нести ответственности наравне с другими поручителями. Таким образом, толкование конструкции п. 3 ст. 363 ГК РФ, указанное выше, неизбежно приводит к ограничению правовой значимости обеспечения обязательств в целом, ставит искусственные барьеры для защиты нарушенных прав кредиторов.

На проблему неурегулированности отношений лиц, поручившихся за исполнение одного и того же обязательства в разное время и по разным договорам, обращали внимание ученые и практики. Так, Т. В. Богачева пишет: «лица же, независимо друг от друга поручившиеся за одного должника (т.е. поручившиеся по различным договорам), не относятся к лицам, совместно давшим поручительство, и не становятся солидарными должниками. Следует заметить, что, к сожалению, законодательство не регламентирует условия и размер ответственности лиц, поручившихся по разным договорам поручительства, хотя и не препятствует подобному поручительству... В подобных случаях вероятнее всего возникновение поручительства за исполнение должником обязательства в части, а не полностью».²

Между тем, не представляется возможным согласиться с данной точкой зрения в силу самой природы обеспечительного обязательства, коим и является поручительство. К. Н. Анненков писал: «под обеспечением следует понимать средства или способы, направленные на укрепление обязательства, т.е. на при-

¹ Постановление Президиума ВАС РФ от 03.07.2012 г. № 1964/12 по делу № А40-134929/10-97-1126 //http://arbitr.ru.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Под ред. С. П. Гришаева, А. М. Эрделевского // СПС "КонсультантПлюс" (подготовлен для публикации в системах КонсультантПлюс, 2006).

дание им большей верности в отношении»¹. Д. И. Мейер указывал в отношении способов обеспечения, что юридический быт создает искусственные приемы для доставления обязательственному праву той твердости, которой недостает ему по существу по сравнению с вещным правом.

Само поручительство имеет своей целью защиту прав и законных интересов кредитора, но при этом, в силу закона предполагает возмещение понесенных поручителем убытков.

Подобная приведенной выше трактовка положений ГК РФ о совместном поручительстве не способствует защите прав и законных интересов ни кредитора обеспеченного обязательства, ни поручителя, исполнившего такое обязательство, т.к. в первом случае будет отсутствовать возможность одновременного взыскания в солидарном порядке с поручителей, давших свое обеспечение независимо друг от друга, а во втором случае исполнивший обязательство индивидуальный поручитель остается «один на один» с должником, который уже подтвердил свою несостоятельность, следовательно, поручителю не приходится рассчитывать на реализацию механизма возмещения понесенных расходов в долевом соотношении за счет всех лиц, давших акцессорное обеспечение.

Правильным представляется в рассматриваемой ситуации предание любой совокупности обязательств поручителей природы совместного поручительства, вне зависимости от четкой положительной направленности волеизъявления или от осведомленности того или иного лица обо всем объеме данного обеспечения. Говоря о применении положений ст. 367 ГК РФ, предусматривающей возможность досрочного прекращения поручительства в связи с изменением обеспеченного обязательства, мы указывали на целесообразность принятия во внимание изменения в рамках исполнения обязательства общего объема обеспечения, что в ряде случаев может свидетельствовать о неблагоприятном изменении обязательства, обеспеченного поручителем². Аналогичная ситуация имеет место при столь узком понимании совместного обеспечения. Представляется верным, во избежание злоупотребления правом со стороны сторон обеспеченного и обеспечивательного обязательства все же регламентировать механизмы предупреждения общего объема обеспечения, но, между тем, разделять по порядку ответственности поручителей в зависимости от их волеизъявления является неправильным, не соответствующим самой цели обеспечения обязательств. В контексте развития гражданского законодательства представляется целесообразным также включить в качестве существенных условий договору поручительства изначальное определение пределов ответственности поручителя в виде фиксированной суммы, в рамках которой в дальнейшем при неспособности должника по основному обязательству будет определяться объем ответственности каждого конкретного поручителя из всей их совокупности.

¹ Анненков К. Н. Система русского гражданского права. Т. 3: Права обязательственные. СПб., 1901. С. 231.

² Подробнее об этом см.: Трезубов Е. С. Прекращение поручительства при неблагоприятном изменении обеспеченного обязательства // Государственная власть и местное самоуправление. 2012. № 11. С. 34–36.

ГРАЖДАНСКОЕ И АРБИТРАЖНОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО, ТРУДОВОЕ ПРАВО

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДЕЛ О ПРИСУЖДЕНИИ КОМПЕНСАЦИИ ЗА НАРУШЕНИЕ ПРАВА НА СУДОПРОИЗВОДСТВО В РАЗУМНЫЙ СРОК ИЛИ ПРАВА НА ИСПОЛНЕНИЕ СУДЕБНОГО АКТА В РАЗУМНЫЙ СРОК

*Латыпов Т. М.,
студент юридического факультета КемГУ*

Традиционно в цивилистическом процессе выделяют исковое, приказное, особое производство и производство по делам, вытекающим из публичных правоотношений. Такое деление обуславливается спецификой подлежащих судебной защите спорных правоотношений, а также детализирует процессуальные алгоритмы деятельности суда, т. е. способствует выполнению основных задач гражданского судопроизводства, а именно правильно и своевременно рассматривать и разрешать гражданские дела по существу.

Сегодня нет единого мнения о количестве видов современного гражданского судопроизводства, целесообразности процессуального обособления некоторых из них (например, приказного, исполнительного производства), или унификации существующих производств в одно общее – исковое производство. Ученые это связывают с неверным выбором оснований для классификации видов. Так, Е. И. Носырева считает, что нельзя классифицировать виды гражданского судопроизводства лишь по одному критерию – наличию спора о праве (исковое и неисковые производства), а необходимо исследовать специфику каждой группы дел в отдельности, принимая во внимание возможность появления в будущем новых процессуальных категорий.¹

Глава 22.1 ГПК РФ посвящена производству по делам о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок и права на исполнение судебного постановления в разумный срок. Расположение данной главы в подразделе II «Исковое производство» не совсем корректно, так как в анализируемых нормах много специфических, характерных исключительно для данного вида производства элементов, что не дает полностью его отнести к общему порядку искового производства. Назвать производство по делам о присуждении компенсации самостоятельной категорией гражданских дел, разрешаемых в исковом порядке, невозможно, поскольку:

1. В законе имеется специальное указание на особый порядок судебного урегулирования конфликта. В соответствии с ч. 1 ст. 244.8 ГПК РФ, суд рас-

¹ Носырева Е. И. Виды современного гражданского судопроизводства и их классификация // Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / Под ред. М. К. Треушниковой. М., 2004. С. 91, 96-97.

считает заявление в порядке искового производства с особенностями, установленными главой 22.1 ГПК РФ, и в соответствии с Федеральным законом от 30.04.2010 года № 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок». Так, применительно к стадии возбуждения дела одной из особенностей является содержание заявления (ст. 244.3 ГПК, ст. 222.3 АПК). В нем заявитель обязан указать факты в обоснование заявления, которые характерны именно для данной категории дел, например, общую продолжительность судопроизводства по делу, по которому нарушен разумный срок; сослаться на обстоятельства, повлиявшие на длительность судопроизводства; указать на негативные для истца последствия, наступившие по причине нарушения разумного срока и др. (ст. 244.3 ГПК, ст. 222.3 АПК). К числу особенностей можно отнести и нормы о предметной подсудности дел рассматриваемой категории. В порядке гражданского судопроизводства право рассматривать дела о нарушении разумных сроков предоставлено судам субъектов РФ (п. 6 ч. 1 ст. 26 ГПК) и Верховному Суду РФ (п. 8 ч. 1 ст. 27 ГПК). В арбитражном процессе такие дела вправе рассматривать только Федеральные арбитражные суды округов (ч. 3 ст. 34 АПК). К особенностям возбуждения дела необходимо отнести шестимесячный срок давности, в течение которого должно быть подано заявление (ч. 4 ст. 244.1 ГПК, ч. 2 ст. 222.1 АПК). Этот срок исчисляется со дня вступления в законную силу последнего судебного постановления, принятого по делу, по которому был нарушен разумный срок.¹

2. «Сторонами» по делам о судебной волоките являются не истец и ответчик как в исковом производстве, а заявитель и заинтересованное лицо. Министерство финансов РФ и иные финансовые органы, привлекаемые в процесс в качестве заинтересованных лиц, представляют объяснения, возражения и доводы относительно предъявленных требований. Но их процессуальное положение соответствует третьим лицам, не заявляющим самостоятельных требований относительно предмета спора. Невозможность участия в изучаемых правоотношениях третьих лиц, заявляющих самостоятельные требования относительно предмета спора, подчеркивает их специфический характер. Судьи, допустившие затягивание судопроизводства по гражданскому делу, не называются в числе предположительных ответчиков по регрессному иску, что объясняется наличием судейского иммунитета.²

3. Законом предъявляются специальные требования к форме обращения в суд по данной категории споров – это заявление, а не исковое заявление.

4. Законом предусматривается конкретный круг обстоятельств, подлежащих доказыванию, что не характерно для других категорий гражданских дел (ч. 2 ст. 244.8 ГПК РФ). На заявителе лежит обязанность по доказыванию трех групп фактов: а) соблюдение им срока обращения в суд с заявлением о присуждении

¹ Поляков И. Н. Законодательство о разумных сроках судопроизводства – попытка борьбы с судебной волокитой // Компьютерная справочная правовая система «Консультант Плюс». Комментарии законодательства.

² Решетникова И. В. Компенсация за нарушение права на судопроизводство и права на исполнение судебного акта в разумный срок применительно к арбитражным судам // Вестник ВАС РФ. 2010. № 7. С. 10

компенсации (ч. 2 ст. 244.1 ГПК РФ); б) обстоятельства, повлиявшие на длительность судопроизводства по делу или на длительность исполнения судебных постановлений, не связанные с негативными действиями сторон производства (п. 5 ст. 244.3 ГПК РФ); в) последствия нарушения права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного постановления в разумный срок и их значимость для заявителя (п. 7 ст. 244.3 ГПК РФ).

5. Пределы возможных действий суда по исследованию обстоятельств дела не исчерпываются представленными сторонами доказательствами. В соответствии с ч. 4 ст. 244.8 ГПК РФ лица, привлеченные к участию в деле, обязаны представить объяснения, возражения и (или) доводы относительно заявления в срок, установленный судом.

6. В случае удовлетворения требований о взыскании денежной компенсации решение подлежит немедленному исполнению (ч. 3 ст. 244.9 ГПК, ч. 4 ст. 222.9 АПК) при сохранении права заинтересованных лиц на его обжалование в кассационном порядке. В то же самое время, при рассмотрении в арбитражном процессе дел данной категории особенностью является возможность заявления самостоятельного требования о присуждении компенсации за нарушение разумных сроков судопроизводства в надзорной жалобе (ч. 2 ст. 292, ч. 5 ст. 293, ч. ч. 1, 3, 4, 6 ст. 299, п. п. 6 и 7 ст. 300 АПК), при этом Президиум ВАС РФ или коллегия судей ВАС РФ обязана рассмотреть указанное требование по существу.

Таким образом, вышеперечисленное позволяет говорить об ограниченном действии принципов диспозитивности и состязательности в рассматриваемом производстве, что сближает его характеристики с производством по делам, возникающим из публичных правоотношений.

В пояснении к проекту Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводства в разумный срок и права на исполнение судебного постановления в разумный срок»¹ определяется публично-правовая природа этих категорий дел. Но с другой стороны целью производства о присуждении компенсации выступает и признание незаконными действий (бездействия) судьи или иного субъекта власти, и получение компенсации за вред, причиненный осуществлением правосудия. Также необходимо учесть, что в данном производстве субъекты власти – предполагаемые нарушители права – прямо не участвуют, а вместо них принимают участие финансовые органы, представляющие государственные интересы.

Соответственно, из-за наличия существенных видообразующих особенностей, связанных с применением специфического процессуального режима производство о присуждении компенсации нельзя отнести ни к исковому, ни к публично-правовому видам гражданского судопроизводства.

В законе предусматривается обязательное проведение специальной предварительной процедуры, которая является условием подачи заявления о присуждении компенсации – обращение заинтересованного лица с заявлением об

¹ Пояснительная записка к проекту Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок» //Компьютерная справочная правовая система «Консультант Плюс». Законопроекты.

ускорении рассмотрения дела (абз. 2 ч. 2 ст. 244.1 ГПК РФ), которое рассматривается председателем этого суда (ч. 7 ст. 6.1 ГПК РФ).

Вышесказанное позволяет назвать производство по делам о присуждении компенсации за судебную волокиту самостоятельным видом гражданского судопроизводства, определяющим специфический порядок рассмотрения и разрешения судом первой инстанции гражданских дел по спорам, связанным с нарушением права на судопроизводство в разумный срок и исполнение судебного акта в разумный срок. Целями данного судопроизводства являются с одной стороны – признание нарушенным по вине государства права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок, и с другой стороны – присуждение денежной компенсации нарушенного права. Необходимо особо отметить, что АПК РФ также обособляет его от других категорий гражданских дел. Соответствующая глава 27.1 размещена в разделе IV «Особенности производства в арбитражном суде по отдельным категориям дел» - тем самым подчеркивается особый порядок рассмотрения этих дел.

Таким образом, если в исковом производстве судебная деятельность направлена на разрешение спора о праве материальном, то в производстве о судебной волоките – на установление факта нарушения конвенционного права на судопроизводство и исполнение судебного акта в разумный срок.

ПРОЦЕДУРА МЕДИАЦИИ В РОССИИ: ТЕНДЕНЦИИ РЕФОРМИРОВАНИЯ

*Антропова А. О.,
студентка юридического факультета КемГУ*

Федеральный закон РФ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)»¹ (далее – Закон о медиации, Закон), основанный на опыте ряда европейских государств, а также США, формально позволяет разрешать многие споры и конфликты во внесудебном порядке. Под процедурой медиации понимается «способ урегулирования споров при содействии медиатора на основе добровольного согласия сторон в целях достижения ими взаимоприемлемого решения» (п. 2 ст. 2). Медиатор определяется законом как независимое физическое лицо, привлекаемое сторонами в качестве посредника в урегулировании спора для содействия в выработке сторонами решения по существу спора (п. 3 ст.2). Итогом данной процедуры является достижение медиативного соглашения (п. 7 ст. 2). При этом законодатель и сложившаяся немногочисленная практика применения Закона о медиации, исходят из того, что при внесудебном урегулировании спора с участием посредника, стороны достигают соглашения в рамках гражданско-правового договора,

¹ Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации): федеральный закон от 27.07.2010 г. № 193-ФЗ // СЗ РФ. 2010. № 31. Ст. 4162.

а в случае передачи спора для его урегулирования после возбуждения дела в суде, итогом видится утверждение соглашения в качестве особого рода процессуальной сделки – по типу мирового соглашения.

Сама идея, положенная в основу Закона о медиации, явно прогрессивна: процедура призвана совершенствовать партнерские отношения, формировать деловой оборот, оптимизировать нагрузку деятельности судов, способствовать процессуальной экономии участников процесса. Процедура медиации основывается на принципах добровольности и сотрудничестве, то есть стороны совместно решают обратиться за помощью к медиатору для урегулирования разногласий. Немаловажным является то, что медиация, согласно ст. 5, проходит конфиденциально. Такие принципы, как равноправие сторон, беспристрастность и независимость медиатора, указанные в ст. 3, дают гарантии обоюдого окончания процедуры примирения. Однако без малого полуторагодичная практика применения Закона констатирует его неэффективность.

Ст. 15 Закона о медиации определяет, что деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной, так и на непрофессиональной основе. Христоф Бесемер отмечает, что «медиация – это технология решения конфликта с участием нейтральной третьей стороны. Эта третья сторона имеет кардинально иную задачу, нежели, скажем, в суде. Судья выслушивает стороны и, основываясь на соответствующих статьях закона, выносит решение. Задача медиатора гораздо сложнее: он должен помочь конфликтующим сторонам самим найти решение спорного вопроса. Таким образом, медиатор должен обладать совершенно конкретными знаниями, как организовать процесс решения конфликта так, чтобы конфликтующие стороны были вовлечены в процесс абсолютно добровольного творческого поиска такого решения их спора, которое удовлетворило бы обе стороны и открыло новые возможности их дальнейшего сосуществования».¹

С учетом отсутствия минимальных требований к квалификации непрофессионального посредника, вызывает сомнение эффективность такой процедуры. П. 2 ч. 6 ст. 15 Закона установлено, что медиатор не вправе оказывать какой-либо стороне юридическую, консультационную или иную помощь. При таких условиях, с учетом основной задачи медиатора, заключающейся в содействии в заключении юридически действительного договора, сама идея «психологического» посредничества видится аморфной, изначально нежизнеспособной и неприменимой в российской правовой действительности. Вопреки здравому смыслу, в доктрине и на практике медиатор воспринимается скорее как психолог, а не юрист. И если профессионал-медиатор должен пройти, по крайней мере, программу обучения по курсу, утвержденному Правительством РФ, состоять в саморегулируемой организации, нести профессиональную ответственность, то непрофессиональный медиатор вправе осуществлять свою деятельность при соответствии всего двум критериям – наличию полной дееспособности и отсутствию судимости.

¹ Христоф Бесемер. Медиация. Посредничество в конфликтах./Перевод с нем. Н.В.Маловой. Калуга, Духовное познание, 2004.

В связи с указанным, полагаем, из Закона следует исключить саму возможность применения непрофессиональной медиации, не обеспечивающей гарантии возмещения потенциальных убытков, причиненных оказанием неквалифицированных услуг.

Согласно ч. 2 ст. 1 Закона процедура медиации применяется к спорам, возникающим из гражданских правоотношений, в том числе в связи с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, а также к спорам, возникающим из трудовых и семейных правоотношений; в то же время ч. 5 ст. 1 Закона запрещает применение этой процедуры в случае, если такие споры затрагивают или могут затронуть права и законные интересы третьих лиц, не участвующих в процедуре медиации, или публичные интересы.

При проведении процедуры медиации после возбуждения судебного разбирательства или третейского разбирательства, участники процесса сталкиваются с несением двойных издержек, т. е. лицо не только оплачивает услуги представителя, но и несет расходы по проведению процедуры медиации: неблагоприятные последствия в данном случае налицо.

С точки зрения практического применения целесообразно выглядит лишь досудебная профессиональная медиация, и только в том случае, когда стороны в силу закона будут обязаны прибегать к данной процедуре. Хотя вопрос об ограничении конституционного принципа доступности судебной защиты прав граждан, в контексте предлагаемых изменений, остается открытым и требует детального анализа.

Соглашаясь с доминирующим мнением, сложившимся в теории и практике медиации, Пленум ВАС РФ «в целях более широкого внедрения в сферу осуществления правосудия способов урегулирования споров посредством использования примирительных процедур, в том числе примирения, осуществляемого при содействии суда»¹ представил проект² изменений законодательных актов, регулирующих рассматриваемую процедуру (далее, Законопроект).

Основная идея планируемых изменений сводится к введению судебного примирения, проходящего с участием судебного примирителя. Последним, согласно вносимым изменениям, может быть судья в отставке, помощник судьи, работник аппарата суда, имеющий высшее юридическое образование. Так же предлагается возможность «аккредитации» Пленумом ВАС РФ в качестве судебных примирителей иных лиц.

Кроме того, законопроектом предлагается существенное расширение категорий дел, в которых допускается судебное примирение: ст. 138⁴ АПК РФ в предлагаемой редакции содержит указание, что процедура судебного примирения может быть использована по любому делу на любой стадии арбитражного процесса. Отдельного внимания заслуживает предлагаемое расширение сферы

¹ Пояснительная записка к проекту федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур» [Электронный ресурс] // Документ опубликован не был. Режим доступа: <http://arbitr.ru> (дата обращения 10.09.2012).

² О внесении в Государственную Думу Федерального Собрания Российской Федерации проекта федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием примирительных процедур»: Постановление Пленума ВАС РФ от 12.07.2012 № 45 [Электронный ресурс] // Документ опубликован не был. Режим доступа: <http://arbitr.ru> (дата обращения 10.09.2012).

применения медиации не только в рамках искового производства, но и в ряде дел, возникающих из административных и иных правоотношений.

Законопроект предусматривает и материальные стимулы участников процедуры судебного примирения, связанные с возвратом оплаченной госпошлины. Так, при достижении сторонами мирового соглашения (в любых формах), истцу возвращается часть госпошлины: если урегулирование спора состоялось на этапе рассмотрения дела в первой инстанции, то возврату подлежит 70 % госпошлины, на этапе апелляции – 50 %, кассации и надзора – 30 %.

Идея внедрения судебного примирения не нова, однако в контексте архаичности примирительных процедур видится в некотором роде революционной. Полагаем, судебное примирение при должной поддержке этого института арбитражными судами, может иметь положительный результат, и, в порядке юридического эксперимента, будет способствовать развитию примирительных процедур в целом. В то же время, для оптимизации всей совокупности процедур добровольного разрешения спора, целесообразным видится применение профессиональной медиации лишь до возбуждения производства в суде по делу, а на стадии производства допустимым представляется судебное примирение, а не процедура медиации.

Подобное реформирование цивилистического процесса будет способствовать развитию примирительных процедур в целом, стабилизации гражданского оборота и исключению возможности злоупотребления участниками процесса, связанного с затягиванием производства по делу для проведения малоэффективных процедур.

К ВОПРОСУ О СООТНОШЕНИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ СТАНДАРТОВ ПРАВОВОЙ ОПРЕДЕЛЕННОСТИ И ДЕЙСТВУЮЩЕГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*Щеглова Н. С.,
студентка юридического факультета КемГУ*

Принципы (с латинского, «начало», «происхождение») права представляют собой основополагающие начала, отражающие сущность той или иной отрасли. Именно принципы предопределяют развитие права, обеспечивают реализацию задач и целей, стоящих перед определенной отраслью.¹

Принципы современного отечественного гражданского процесса закреплены не только в Конституции РФ и Гражданском процессуальном кодексе, но и в ряде международных правовых актов, в частности, в Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция).² Главенствующим для всей правовой системы и первостепенным для осуществления правосудия является «принцип верховенства права».

¹ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. М., 2008. С. 85.

² Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Заключена в г. Риме 04.11.1950) // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

Ратифицировав 27 февраля 1996 г. названную Конвенцию¹, Россия признала юрисдикцию Европейского Суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) по вопросам толкования и применения Конвенции и Протоколов к ней в случаях предполагаемого нарушения Российской Федерацией положений этих международных актов.

Преамбула Конвенции гласит, что принцип верховенства права является общим наследием Высоких Договаривающихся Сторон и в практике ЕСПЧ данный принцип определяется как «...общий естественно-правовой принцип предсказуемости, справедливости и устойчивости писаных правовых установлений, включающих в себя не только законодательные акты, но и судебные решения».² Главная черта принципа верховенства права в понимании ЕСПЧ заключается в предсказуемости правовых предписаний.³

Принцип верховенства права своими элементами имеет: 1) правовую определенность; 2) правовую эффективность; 3) баланс частных и публичных интересов (пропорциональность).⁴ В современной правовой доктрине каждый из вышеназванных элементов выделяется в самостоятельный принцип гражданского процессуального права.

Принцип правовой определенности заключается в ясности и четкости действующих правовых норм, благодаря чему обеспечивается обоснованность и, как следствие, устойчивость судебных актов, а также стабильность складывающихся на их основе правоотношений, чтобы заинтересованные лица с разумной степенью вероятности могли предвидеть последствия применения к ним судом действующих правовых предписаний, а также последствия выбора того или иного варианта своего поведения.⁵ Его реализация способствует поддержанию доверия граждан правосудию, обеспечивает единство толкования правовых норм, стабилизирует правовое регулирование.

В Конвенции отсутствует непосредственное упоминание о принципе правовой определенности, его содержание раскрывается в прецедентах, которые на протяжении десятилетий были выработаны ЕСПЧ и другими органами Совета Европы.

Так, согласно положениям ст. 4 Протокола № 7 к Конвенции, принцип правовой определенности гарантирует, что однажды вынесенное судебное решение не будет оспорено и рассмотрено повторно. Пояснительная записка к Протоколу № 7 Конвенции устанавливает, что «судебное решение является окончательным, если, по традиционному выражению, оно приобрело свойство правовой определенности. В этом случае оно становится окончательным, что

¹ О ратификации Конвенции о защите прав и основных свобод и Протоколов к ней: Федеральный закон от 30.03.1998г № 54-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 14. Ст.1514..

² Ефимов А. Е. Надзорное производство в арбитражном процессе. М., 2007. С. 42.

³ Масаладжиу Р. Принцип правовой определенности в науке, практике ЕСПЧ и его влияние на доступность правосудия на стадии надзорного производства в гражданском и арбитражном процессе [Электронный ресурс] // Документ опубликован не был. Доступ из компьютерной справочной правовой системы «Консультант Плюс» (дата обращения 02.10.2012 г.).

⁴ Нешатаева Т. Н. Суд и общепризнанные принципы и нормы международного права // Вестник ВАС РФ. 2004. № 3.

⁵ Масаладжиу Р. Указ. соч.

означает невозможность применения ординарных способов обжалования, если стороны уже воспользовались ими в течение установленного для этого срока».¹

На основании данных положений правовая определенность представляет собой принцип гражданского процессуального права, в соответствии с которым не допускается пересмотр вступивших в законную силу судебных постановлений исключительно в целях проведения повторного слушания и получения нового решения, а также без наличия на то особых оснований.

ЕСПЧ неоднократно отмечал, что принцип правовой определенности нарушается, в том числе при пересмотре судебных актов, вступивших в законную силу. Однако в настоящее время сохраняется неоднозначность толкования применения этого принципа как в доктрине, так и на практике.

Впервые Суд сформулировал свою правовую позицию по данной проблеме в деле «Брумареску против Румынии» (Постановление от 28 октября 1999 г.), где указал следующее: «Одним из основных аспектов верховенства права является принцип правовой определенности, который требует *inter alia*, чтобы при окончательном разрешении дела судами их постановления не вызывали сомнения». Помимо этого, ЕСПЧ отметил, что, отменяя судебное решение, вступившее в законную силу, «Верховный Суд полностью аннулировал судебный процесс, который окончился судебным решением, не подлежащим отмене *res judicata*, которое, более того, было исполнено», тем самым «Верховный Суд нарушил принцип юридической определенности и право заявителя на справедливое судебное разбирательство».²

В последующих своих решениях ЕСПЧ подтвердил вышеизложенную правовую позицию. Так, в Постановлении от 24 июля 2003 г. по делу «Рябых против России», указано, что «правовая определенность предполагает уважение принципа *res judicata*, то есть принципа недопустимости повторного рассмотрения однажды решенного дела. Принцип закрепляет, 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».³ Аналогичные выводы были сделаны Судом и в ряде других постановлений.⁴

Однако встречались и иные постановления, констатирующие об обеспечении защиты прав заявителя при пересмотре постановлений в порядке надзора. Примером тому служит решение по делу «Катаева и Катаев против России», в котором Европейский Суд посчитал надзор эффективным средством защиты в данном конкретном случае, когда Верховный Суд РФ отменил судебные постановления по делу заявителей и направил дело на новое рассмотрение в связи с

¹ Курпас М. В., Решения Европейского суда по правам человека о надзорном судопроизводстве в Российской Федерации // Международное публичное и частное право. 2011. № 4. С. 5.

² Eur. Court H. R. Brumarescu v. Romania, Judgment of 28 October 1999.

³ Eur. Court H. R. Ryabukh v. Russia. Judgment of 23 July 2004. Перевод на русский язык см.: Журнал российского права. 2004. № 5. С. 110 – 119.

⁴ См. например: Eur. Court H. R. Pravednaya v. Russia. Judgment of 18 November 2004. Перевод на русский язык см.: Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2005. № 5. С. 47, 76 – 83; Eur. Court H. R. Ryabukh v. Russia. Judgment of 23 July 2004. Перевод на русский язык см.: Журнал российского права. 2004. N 5. С. 110 – 119; Eur. Court H. R. Nelubin v. Russia. Judgment of 2 November 2006. Перевод на русский язык см.: Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2007. № 8. С. 47, 61 - 68.

тем, что последние не были надлежащим образом извещены о судебных заседаниях по их делу, что повлекло за собой их неявку в судебные заседания.

В данном случае Европейский Суд пришел к выводу, что такое решение, принятое в порядке надзора, в совокупности с последующими судебными разбирательствами может рассматриваться как достаточное устранение предполагаемых процессуальных нарушений принципа справедливости в ходе первоначального судебного разбирательства, и не установил нарушения ст. 6 Конвенции.¹ Аналогичная позиция была высказана по делу «Никитин против России».²

На основании данных противоречий, являющихся, на наш взгляд, оправданными, можем сделать вывод о том, что принцип правовой определенности в трактовке ЕСПЧ не запрещает пересмотр окончательных судебных актов, но требует, чтобы указанный пересмотр осуществлялся в целях исправления фундаментальных судебных ошибок.³

В литературе существует точка зрения, в соответствии с которой пересмотр окончательных решений может быть использован лишь для исправления существенных нарушений норм процессуального права, поскольку после вступления судебного акта в законную силу следует исходить из того, что в материально-правовом смысле судебный акт постановлен правильно.⁴ С указанным мнением невозможно согласиться, поскольку пересмотр окончательных судебных актов должен осуществляться в целях исправления судебных ошибок. Как известно, судебная ошибка – это необоснованное и (или) незаконное решение по конкретному делу, т. е. данный термин затрагивает как процессуальные, так и материальные основания.

Кроме того, исключая возможность пересмотра дела в связи с неправильным толкованием или применением норм материального права, исключается и соблюдение «принципа правовой определенности», поскольку отсутствует какая-либо правовая ценность в определенности, которая основана на неправильном толковании и применении норм права, а потому такая определенность не является правовой по определению, и тем более не соответствует «принципу верховенства права».⁵

При упомянутой выше трактовке принципа правовой определенности нарушается право граждан на судебную защиту, закрепленное в Конституции РФ. Как известно, международно-правовые акты имеют приоритет над положе-

¹ Eur. Court H. R. Kataeva and Katayev v. Russia. Judgment of 6 July 2004. Перевод на русский язык см.: Журнал российского права. 2004. N 9. С. 108-112.

² См.: Eur. Court H. R. Nikitin v. Russia. Judgment of 20 July 2004. Перевод на русский язык см.: Европейский суд по правам человека и Российская Федерация. Постановления и решения, вынесенные до 1 марта 2004 года. М.: Норма, 2005. С. 375-387.

³ Eur. Court H. R. Parolov v. Russia. Judgment of 14 June 2007. Перевод на русский язык см.: Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2008. N 6. С. 79 - 88.

⁴ Масаладжиу Р. Указ. соч.

⁵ Приходько И. А. Пересмотр неправомерного судебного акта в производстве по вновь открывшимся обстоятельствам // Закон. 2008. № 6. С. 122.

ниями федеральных законов РФ, но не над положениями Конституции Российской Федерации.¹

С 1 января 2012 г. существенным образом изменено гражданское судопроизводство в части определения процедур обжалования судебных актов, в том числе решений, вступивших в законную силу. Одной из предпосылок данных изменений являются рекомендации ЕСПЧ. Однако фактически изменены лишь названия институтов, и не учтены многократные замечания ЕСПЧ, вызванные нарушением рассматриваемого принципа – законодателю не удалось исключить возможность пересмотра вступивших в законную силу постановлений несколько раз. Не смотря на то, что в ст. 391⁹ ГПК РФ закреплены исключительные основания пересмотра дела в порядке надзора, а также произошло сокращение надзорных инстанций, о чем и упоминал ЕСПЧ, в отечественном гражданском процессе появилась возможность обжалования решения, вступившего в законную силу, в порядке кассации до трех раз по одним и тем же основаниям, а именно в целях проверки законности судебного акта. Данные положения, также как и им предшествующие, нарушают «принцип правовой определенности», создают препятствия стабилизации судебных актов, способствуют неустойчивому развитию гражданского оборота, фактически направлены на повторное рассмотрение дела. В связи с чем целесообразным видится упразднение громоздких конструкций кассационного пересмотра до одной инстанции, а также сохранение за судебным надзором исключительного статуса.

Кроме того, применение принципа правовой определенности видится не только при пересмотре судебных постановлений, но и при обеспечении неопровержимости вступившего в законную силу судебного акта, широкого преюдициального использования такого постановления.

Тем не менее, в судебной практике встречается и обратное отношение к обозначенной проблеме. В частности, в п. 7 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда № 42 от 12.07.2012 г. «О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством»² определено, что «обстоятельства, установленные в деле по спору между кредитором и поручителем, в котором не участвовал должник, учитываются судом при рассмотрении других споров с участием поручителя и должника, например при рассмотрении дела о взыскании поручителем денежных средств, уплаченных кредитору по договору поручительства, с должника. Если, рассматривая спор, суд придет к иным выводам, нежели содержащиеся в судебном акте по делу между кредитором и поручителем, он должен указать соответствующие мотивы». Поскольку недопустимо применение преюдициальности постановления в том случае, когда лицо не являлось участником производства по делу, не имело возможности возражать на заявленные требования, обозначить и доказывать свою позицию, представляет-

¹ Вопрос о верховенстве норм национальной Конституции над нормами международного права является дискуссионным, и заслуживающим особого внимания. В настоящей статье мы руководствуемся данным утверждением В. Д. Зорькина.

² О некоторых вопросах разрешения споров, связанных с поручительством: Постановление Пленума ВАС РФ от 12 июля 2012 года № 42 [Электронный ресурс] // Документ опубликован не был. Режим доступ: <http://arbitr.ru> (дата обращения 10.09.2012 г.).

ся правильным подход при котором лица, не привлеченные к участию в деле, но чьи права могут быть затронуты этим судебным решением обжалуют его в вышестоящий суд, а не возбуждают новое производство. Обратное понимание может повлечь принятие двух противоречащих судебных актов, что в контексте рассматриваемого принципа противоречит «духу закона».

Принцип правовой определенности выполняет стабилизирующую функцию в гражданском обороте, исключает «подвешенное» состояние сторон по делу, обеспечивает целостность правовой системы. Несоблюдение данного «начала» в российской судебной практике не только отражает качество правосудия в стране, но и в некоторой мере порождает правовой нигилизм в гражданах, которые порой в течение нескольких лет не могут защитить свои права окончательно, что само по себе противоречит стремлению к построению правового государства и гражданского общества.

Принцип правовой определенности сегодня должен восприниматься как доминирующее начало цивилистического процесса, при этом его содержание не может сводиться к узким основаниям отказа в пересмотре судебного акта, вступившего в законную силу. Законодатель должен обеспечить реализацию данного принципа так, чтобы исключить саму возможность оспаривания вступивших в законную силу судебных актов либо возможность пренебрежения установленными однажды судом обстоятельствами во всех случаях, кроме особых, заслуживающих пристального внимания со стороны государства.

ПРЕЦЕДЕНТНАЯ ПРАКТИКА ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА. ИСТОЧНИК ПРАВА ИЛИ ПРАВОВОЙ РЕГУЛЯТОР?

*Вацура П. Я., Зеленин К. Е.,
студенты юридического факультета КемГУ.*

Сегодняшняя реальность позволяет по-новому взглянуть на роль судов в создании прецедентов. Крайне актуальной представляется проблема обязательности учета позиции Европейского суда по правам человека в отечественной правоприменительной, в том числе юрисдикционной, практике. Речь идет не об исполнении решений Европейского суда, вынесенных в отношении России, — они и так должны исполняться, и здесь не может быть двух мнений. Более важен вопрос, почему органы власти в Российской Федерации должны применять иную практику работы Европейского суда по правам человека применительно ко всем видам споров.¹

При этом необходимо четко разделять судебный прецедент и судебную практику. Это не тождественные понятия: если судебный прецедент — это решение высшего судебного органа по конкретному делу, принимаемое за обра-

¹ Амбдрашитова В. З. Прецедентный характер решений европейского суда по правам человека // Журнал российского права. 2007. № 9 С. 125-131.

зец в последующих сходных случаях, то судебная практика – это результат единообразного применения закона.

Долгое время шел спор о применимости постановлений Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) в правоприменительной практике России. Можно было услышать, что в России нет прецедентного права, что обязательными являются только постановления, вынесенные ЕСПЧ против России.

Большую надежду на то, что в России не будут искажаться толкования положений Европейской конвенции «О защите прав человека и основных свобод» (далее – Конвенция) и что положения данной Конвенции будут применяться в соответствии с практикой ЕСПЧ, давала практика Конституционного Суда РФ. Данная надежда была порождена тем, что Конституционный Суд РФ при обосновании своих решений ссылался на практику ЕСПЧ, причем на решения ЕСПЧ, вынесенные не только по делам против России.

Поскольку практикой ЕСПЧ выработано большое количество толкований норм Конвенции, которые развивали право прав человека, заявители жалоб в Конституционный Суд РФ стали также приводить в качестве обоснования неконституционности тех или иных норм прецеденты ЕСПЧ. Тем более, что порой обращение в Конституционный Суд РФ было обусловлено неприменением судами постановлений ЕСПЧ.

Обратимся к статье Н. С. Бондаря «Конвенционная юрисдикция Европейского суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного Суда Российской Федерации», которая, на наш взгляд, может помочь лучше понять рассматриваемый вопрос. В данной статье Н. С. Бондарь указал на необходимость учета двойственности юридической природы судебных актов Европейского суда по правам человека:

- во-первых, как казуальных решений конкретных дел, находящихся в сфере юрисдикции европейского судебного органа;
- во-вторых, с точки зрения содержащегося в них официального толкования положений Конвенции, имеющих значение не только для разрешения данного конкретного спора, но и в силу сложившегося общеевропейского правового обыкновения – прецедентное значение для разрешения последующих аналогичных споров.¹

Отсюда вытекает, что обязывающее значение решений Европейского суда как бы раздваивается: по конкретным спорам оно распространяется по общему правилу на те государства – участники Конвенции, которые являлись стороной в споре; для иных государств, не участвовавших в деле, решения Европейского суда по правам человека обязательны лишь в части содержащегося в них официального (нормативного) толкования конвенционных положений, приобретающих значение правовых позиций Европейского суда.

Проблема восприятия российской правовой системой прецедентной практики Европейского суда связана с общим вопросом определения места судебного прецедента в этой системе и требует самостоятельного и всестороннего изу-

¹ Бондарь Н. С. Конвенционная юрисдикция Европейского суда по правам человека в соотношении с компетенцией Конституционного Суда Российской Федерации // Журнал российского права. 2006. № 6.

чения. Вместе с тем, какие бы основания для квалификации правила, содержащегося в судебном решении или обзорах высших судебных инстанций в качестве правовой нормы, ни представляла реально существующая практика, решающее слово в признании или непризнании прецедента источником права остается за законодателем. В соответствии со ст. 126-127 Конституции РФ Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ дают лишь «разъяснения», а не творят нормы права. Об обязательности постановлений Конституционного Суда РФ можно говорить применительно к решениям, вынесенным им по вопросам, относящимся к его компетенции. (ст. 125 Конституции РФ, ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ»).

Следовательно, ответ на вопрос, является ли судебный прецедент источником российского права, должен быть отрицательным, поскольку законодательство не устанавливает обратное. Судебный прецедент действует в правовой системе наряду с источниками права России. Не являясь источником права, он тем не менее оказывает влияние на законодательство РФ. Так, деятельность Европейского суда, с одной стороны, отражает определенную европейскую практику, а с другой – сама оказывает определенное влияние на законодательство государств-участников Конвенции, в том числе на формирование единых подходов к регулированию гражданских отношений.

Еще один аргумент в пользу непризнания прецедента Европейского суда источником российского права связан с конструкцией самой категории «источник права». С. Л. Зивс в этом понятии выделяет два элемента: «Во-первых, это внешняя форма... Во-вторых, это элемент конститутивный – сообщение, придание норме качества правовой нормы». Второй из элементов характеризует связь категории «источник права» с волей создавшего его государства. «Источником права суть внешняя форма установления правовой нормы государством (или по поручению государства, или с санкции, одобрения государства)» И далее: «Право возникает только как результат действий государственных органов. Следовательно, любой правовой нормативный акт исходит от государства или одобрен им, т. е. носит государственный характер». Утверждения автора не утратили своего значения, хотя с позиций сегодняшнего дня очевидно, что право не всегда является творением государства и заключается не только в нормативных актах, но и в других источниках права (например в обычаях делового оборота – ст. 5 ГК РФ).¹

Вывод, который логически вытекает из рассуждений ученого, состоит в том, что именно государство путем одностороннего волеизъявления определяет формы существования норм права. В этой связи категория «источник права» не может быть использована для объяснения действия на территории государства норм иных правовых систем. Международная норма не может рассматриваться в отрыве от своей формы, поскольку в этом случае она утрачивает качество правовой нормы. В признании качества за международными нормами государство участвовало совместно с другими государствами. Но они могут быть творением международного органа (в нашем случае – Европейского суда). Следо-

¹ Зивс С. Л. Источники права. М., Наука, 1981. С.9.

вательно, они не могут рассматриваться в качестве источников права данного государства и занимают обособленное положение в правовой системе страны.

Наряду с источниками (формами) права в науке принято выделять категорию «правовой регулятор». Она не заменяет категорию «источник права» и не тождественна ей. Ее существование обусловлено тем, что в правовой системе государства действуют и применяются не только его собственные правовые нормы, но также нормы других правовых систем: международные правовые нормы и нормы иностранного права. Категория «источник права» призвана конституировать правило поведения в качестве правовой нормы и, следовательно, имеет жесткую привязку к правовой системе конкретного государства либо к международной правовой системе. Категория «правовой регулятор» обозначает все объективное право, все действующие на территории государства правовые нормы (национальные, иностранные, международные), то есть уже конституированные в качестве таковых в рамках соответствующих правовых систем.

Таким образом, регулирующее действие международных норм, в том числе сформировавшихся в практике Европейского суда, на территории России позволяет характеризовать их в качестве правовых регуляторов, но не источников российского права. De facto судебные решения Европейского Суда по правам человека выступают источниками права, de jure не являясь источником права, но, тем не менее, оказывает влияние на законодательство РФ. Так, деятельность Европейского суда, с одной стороны, отражает определенную европейскую практику, а с другой – сама оказывает определенное влияние на законодательство государств – участников Конвенции, в том числе на формирование единых подходов к регулированию гражданских (гражданско-правовых) отношений.

Прецедентно-обязывающая сила таких решений Европейского суда вытекает из того обстоятельства, что толкование международного договора органом, юрисдикция которого признана государствами-участниками, является неотъемлемым элементом юридического содержания договорных норм, которые не могут применяться в отрыве, а тем более вопреки данному толкованию. Именно в таком двойственном качестве – как акты казуального решения споров о соответствии Конвенции действий российских национальных властей и как акты официального (нормативного) толкования конвенционных положений, решения Европейского суда по правам человека входят, в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации, в состав правовой системы Российской Федерации.

Судебная практика показывает, что нормы и некоторые решения ЕСПЧ рассылаются по судам РФ для ознакомления и соблюдения прав граждан, также существует механизм профилактики, чтобы не допустить таких ошибок.

Соответственно, доводы о возможной попытке ограничения учета решений ЕСПЧ законодателем и правоприменителями полагаем надуманными. Наоборот, Постановление Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П ориентирует и законодателя, и всех правоприменителей на применение в

своей практике решений ЕСПЧ, независимо от времени их принятия и независимо от того, в отношении какой страны-ответчицы вынесено решение ЕСПЧ.

В то же время мы считаем, что понимание правовых позиций Конституционного Суда РФ должно включать в себя то, что с обязанностью учета решений ЕСПЧ корреспондирует право заинтересованного лица ссылаться на решения ЕСПЧ с надеждой, что его доводы, основанные на решениях ЕСПЧ, не будут проигнорированы. Такой подход в полной мере соответствует европейским стандартам: «Тяжущийся имеет право ссылаться в судах на Европейскую конвенцию в том смысле, в каком она толкуется Страсбургским судом».¹

ЕСПЧ является производным органом от Конвенции, в которой его постановления по конкретным делам вторичны. Государство связано обязательством исполнять постановления ЕСПЧ, но меры по усовершенствованию своих законов, применение которых привело к нарушению, как и самой практики их применения, остаются в ведении государства. Исполнение постановления ЕСПЧ не равнозначно осуществлению приоритета применения международного договора.

Устанавливая рамки применения международных норм и основанных на них выводов ЕСПЧ и давая им собственную интерпретацию, КС выполняет защитную функцию по отношению ко все еще находящейся в состоянии становления правовой системе, чтобы она могла гармонично и без губительной деформации воспринимать новые веяния.

ТРАНСФОРМАЦИЯ СТАТУСА ИНДИВИДУАЛЬНОГО ПРЕДПРИНИМАТЕЛЯ В СОВРЕМЕННОМ РОССИЙСКОМ ТРУДОВОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

*Куртуков Р. С.,
студент юридического факультета НФИ КемГУ.*

Современное Российское законодательство, так или иначе затрагивающее вопросы трудовых правоотношений, регламентирует правовой статус целого массива участников отношений, связанных с трудом. Прежде всего, трудовое законодательство содержит в общих положениях юридическую конструкцию таких субъектов, как работник и работодатель. С этой точки зрения можно смело говорить о довольно консервативном законотворчестве, которое в целом сохраняет вектор развития трудовых отношений.

Однако действующим трудовым законодательством предусматривается возможность своими активными действиями реализовывать собственные интересы в рамках трудовых отношений не просто посредством собственного статуса, как гражданина, но и через новый для отечественной действительности, статус индивидуального предпринимателя.

¹ Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004.

Согласно ст. 20 ТК РФ, данная правовая конструкция определяется следующим образом: «физические лица, зарегистрированные в установленном порядке в качестве индивидуальных предпринимателей и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица».

Впервые эта норма была закреплена в связи с введением в действие Федерального Закона о внесении изменений в Трудовой Кодекс РФ 30 июня 2006 г.

До этого, норма статьи 20 ТК РФ обобщала статус работодателей до его дифференциации лишь на физических и юридических лиц, не конкретизируя их деление в зависимости от организационно-правовых форм деятельности. Это обуславливается спецификой генезиса общественных отношений, складывающихся на более ранних этапах развития трудового законодательства об индивидуальной трудовой деятельности.

Ранее действовавшая правовая система была явно ориентирована против всяческого проявления предпринимательской инициативы среди граждан. Так, к примеру, УК РСФСР 1960 г. закреплял норму, согласно которой наказывалось лишением свободы с конфискацией имущества, частнопредпринимательская деятельность с использованием государственных, кооперативных или иных общественных форм собственности. Такое положение обуславливалось доминированием экономических интересов государства и общества, борьба с частнособственническими владениями, реализацией построения административно-командных систем управления, а также идеологизацией труда в жизни человека.

Рассуждение о положительных или отрицательных сторонах данного явления не является предметом настоящей работы, в связи с чем уместно отметить лишь то, что существовавшая ранее система «подавления» частного предпринимательства не могла не сказаться на незрелости современных норм, касающихся данного института. Итак, рассмотрим наиболее актуальные из таких проблем.

Одним из важнейших вопросов, не урегулированных надлежащим образом, является установление возрастных критериев для получения статуса работодателя – индивидуального предпринимателя в рамках трудовых правоотношений.

Согласно общим положениям действующего Трудового кодекса, трудовая дееспособность работодателей наступает по достижении гражданином восемнадцатилетнего возраста, при условии наличия у них гражданской дееспособности в полном объёме, а для лиц, не достигших восемнадцати летнего возраста полная дееспособность в трудовых отношениях возникает со дня приобретения ими полной гражданской дееспособности в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

Таким образом, возникает определённый вопрос в применении данной нормы, поскольку нормой статьи 27 ГК РФ, предусмотрена возможность приобретения полной дееспособности посредством прохождения процедуры эмансипации.

Данное положение комментируется рядом исследователей. Например, М. И. Кучма считает, что физическое лицо вправе в качестве работодателя заключать трудовой договор для удовлетворения своих личных потребностей по достижении 18-летнего возраста, а если оно имеет заработок или иные источники дохода – то по достижении 14-летнего возраста. Что же касается трудовых договоров, направленных на извлечение прибыли, то право на их заключение должно быть предоставлено лишь индивидуальным предпринимателям, достигшим 18 лет (независимо от объявления их полностью дееспособными до достижения указанного возраста).

Такой вывод вытекает в целом из положений главы 42 Трудового кодекса, предусматривающей повышенную охрану труда работников в возрасте до 18 лет.

Второй важной проблемой правового закрепления статуса индивидуального предпринимателя является отсутствие должного законодательного определения видов осуществления данной трудовой деятельности.

Нормы трудового права фактически смешивают в одно целое физических лиц, являющихся зарегистрированными предпринимателями, нотариусов, адвокатов, а также иных лиц, находящихся под гнётом обязанностей государственного лицензирования. Это, на наш взгляд, является не совсем верной формой закрепления законодательной конструкции, поскольку закон ставит в один ряд формы деятельности, разнящиеся, прежде всего, по собственной цели (получение прибыли интегрируется с оказанием помощи населению).

С точки зрения правоприменительной практики, более верной была бы следующая классификация данной категории работодателей в рамках трудовых правоотношений:

1. Физические лица, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей и осуществляющие свою деятельность через: а) самого собственника имущества; б) субъекта, управляющего имуществом собственника на праве хозяйственного ведения;

2. Иные лица, не осуществляющие предпринимательскую деятельность, но наделённые правом заключать трудовые договоры с работниками, и осуществляющие деятельность на основе государственной лицензии (адвокаты, нотариусы и т. д.).

Ещё одна важная особенность действующего законодательства состоит в том, что никаких ограничений (по видам деятельности, объемам работы, численности наемных работников) в отношении индивидуальных предпринимателей не предусмотрено. Тогда как с точки зрения налогового и бухгалтерского учета такая форма деятельности является более простой и в отдельных случаях даже более экономной, чем создание юридического лица.

При этом, на практике может возникнуть ситуация, когда фактически осуществляющий свою деятельность индивидуальный предприниматель обладает ресурсным массивом, превышающим по своему объёму основополагающие показатели любой организационно-правовой формы юридического лица.

Подводя итог вышесказанному, следует отметить, что нормы трудового законодательства, регулирующие статус индивидуального предпринимателя в

трудовых отношениях находятся в переходном положении, вызванном коренными переменами в структурном секторе Российской экономики.

Законодатель, отходя от прежних административно-командных систем к свободным рыночным отношениям, делает определённые попытки создать наиболее эффективную систему управления массивом российского предпринимательства. Неразрешенными остаются многие теоретические вопросы, требующие взвешенного законотворчества, основанного на общемировом опыте.

К ВОПРОСУ О ДИСЦИПЛИНАРНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ОБУЧАЮЩИХСЯ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

*Пробейголова А. Н.,
УО «ВГУ им. П.М.Машерова»*

22 декабря 2010 г. Палатой Представителей и одобрен Советом Республики Национального Собрания Республики Беларусь был принят Кодекс Республики Беларусь об образовании, который вступил в силу 1 сентября 2011 г. Раздел V данного документа посвящен дисциплинарной ответственности обучающихся. Этот раздел освещает такие вопросы, как основания для привлечения обучающихся к дисциплинарной ответственности; возраст, по достижении которого наступает дисциплинарная ответственность; меры дисциплинарного взыскания, дисциплинарная ответственность обучающихся из числа военнослужащих, лиц начальствующего и рядового состава органов внутренних дел, органов финансовых расследований Комитета государственного контроля, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям Республики Беларусь; применение мер дисциплинарного взыскания; презумпция невиновности обучающегося, привлекаемого к дисциплинарной ответственности; права обучающегося, привлекаемого к дисциплинарной ответственности, законного представителя несовершеннолетнего обучающегося, привлекаемого к дисциплинарной ответственности; порядок применения мер дисциплинарного взыскания, сроки применения мер дисциплинарного взыскания, обжалование решения о применении меры дисциплинарного взыскания к обучающемуся, а также порядок снятия и погашения мер дисциплинарного взыскания.

Закон Республики Беларусь от 29 октября 1991 г. «Об образовании» не содержал в себе такого понятия, как дисциплинарная ответственность. Однако Закон Республики Беларусь о высшем образовании от 11 июля 2007 г. № 252-З и Закон Республики Беларусь о профессионально-техническом образовании от 29 июля 2003 года № 216-З в случаях неисполнения обязанностей, предусмотренных данными законами, предполагали применение следующих мер дисциплинарного воздействия:

- замечание;
- выговор;
- отчисление из высшего учебного заведения;

- отчисление из учреждения, обеспечивающего получение профессионально-технического образования.

Также, согласно вышеуказанным законам, меры дисциплинарного воздействия применяются в порядке, установленном Министерством образования Республики Беларусь, уставом и правилами внутреннего распорядка высшего учебного заведения, а также уставом и правилами внутреннего распорядка учреждения, обеспечивающего получение профессионально-технического образования, после получения от учащегося письменного объяснения. Применение мер дисциплинарного взыскания к студентам и учащимся запрещено во время каникул, академического отпуска и освобождения занятий по уважительным причинам.

Однако до настоящего времени в законодательстве отсутствовало такое понятие, как «дисциплинарный проступок обучающегося», равно как и не был установлен порядок применения дисциплинарного взыскания. Принятый же Кодекс Республики Беларусь об образовании восполняет данные упущения.

П. 1 ст. 126 Кодекса об образовании гласит, что дисциплинарный проступок – это противоправное, виновное (умышленное или по неосторожности) неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей, возложенных на него актами законодательства, учредительными документами и иными локальными нормативными правовыми актами учреждения образования (организации, реализующей образовательные программы послевузовского образования, иной организации, которой в соответствии с законодательством предоставлено право осуществлять образовательную деятельность).

Формулировка данного понятия является своеобразными «рамками» в деятельности руководителей учреждений образования, так как ранее вопросы отнесения деяния к разряду дисциплинарных проступков было в их ведении. Деяния, которые являются дисциплинарными проступками:

- опоздание или неявка без уважительных причин на учебные занятия (занятия);
- нарушение дисциплины в ходе образовательного процесса;
- несоблюдение в период прохождения практики (производственного обучения) режима рабочего времени, определенного правилами внутреннего трудового распорядка соответствующей организации;
- неисполнение без уважительной причины законного требования педагогического работника;
- оскорбление участников образовательного процесса;
- распространение информации, наносящей вред здоровью обучающихся;
- порча зданий, сооружений, оборудования или другого имущества учреждения образования;
- несоблюдение (нарушение) требований законодательства о здравоохранении, пожарной безопасности;
- распитие алкогольных напитков, слабоалкогольных напитков, пива, употребление наркотических средств, психотропных, токсических и других одурманивающих веществ в зданиях, общежитиях и на другой территории

учреждения образования (организации, которая реализует образовательные программы послевузовского образования, иной организации, которой предоставлено право осуществлять образовательную деятельность) либо появление в данных местах в состоянии алкогольного, наркотического или токсического опьянения;

- курение (потребление) табачных изделий в зданиях, общежитиях и на иной территории учреждения образования (организации, которая реализует образовательные программы послевузовского образования, иной организации, которой предоставлено право осуществлять образовательную деятельность);
- иные противоправные действия (бездействия).

То есть, конкретных рамок, которые ограничивали бы обучающихся в их действиях, нет, так как список с основаниями привлечения их к дисциплинарной ответственности является открытым. Таким образом, если руководитель образовательного учреждения посчитает какое-либо действие обучающегося, не указанное в законодательстве, противоправным, то за него последует дисциплинарное взыскание. Поэтому следует попытаться установить четкий, конкретный круг проступков, которые будут отнесены к дисциплинарным, тем самым предотвратить необоснованное применение дисциплинарной ответственности к обучающимся руководителями учреждений образования.

Возраст привлечения к дисциплинарной ответственности по Кодексу Республики Беларусь об образовании достигает 14 лет, а у лиц с особенностями психофизического развития – 17 лет. С обучающимися, не достигшими установленного возраста, и с обучающимися с тяжелыми и (или) множественными физическими и (или) психическими нарушениями могут проводиться беседы, обсуждения на педагогическом совете и иные меры педагогического воздействия, не противоречащие законодательству.

Представляется, что термин «меры педагогического воздействия» является довольно широким. Для устранения каких-либо споров по этому поводу, следует дать четкий перечень действий, которые будут относиться к рассматриваемым мерам.

Статья 128 Кодекса Республики Беларусь об образовании закрепляет следующие меры дисциплинарного воздействия:

- замечание;
- выговор;
- отчисление.

Полагаем, что данный перечень дисциплинарных взысканий можно расширить для облегчения квалификации содеянного. Так, например, включение в него таких мер, как устное предупреждение, строгий выговор, помогло бы в учебно-воспитательном процессе дать шанс «нерадивым» обучающимся встать на путь исправления. В качестве самой строгой меры дисциплинарного взыскания за наиболее серьезные проступки, их рецидив, системность можно применить отчисление из учреждения образования с невозможностью восстановления в данном учреждении образования.

Также следовало бы регламентировать конкретные основания применения конкретной меры дисциплинарного воздействия, так как в законодательстве закреплены основания лишь для применения отчисления как формы дисциплинарного взыскания. Это также гарантировало бы соразмерность ответственности совершенному противоправному деянию и уменьшило бы риск самоуправства со стороны руководителей учреждений образования, ведь именно они выбирают меру воздействия на виновного.

Однако законодательство указывает основания лишь для отчисления, как дисциплинарной ответственности. Это может быть длительное отсутствие (более тридцати дней) без уважительной причины на занятиях в течении одного учебного года, систематическое несоблюдение или ненадлежащее соблюдение обязанностей обучающимся, к которому ранее применялись меры дисциплинарного взыскания.

В обновленном законодательстве указан круг лиц, к которым не может быть применено отчисление, как мера дисциплинарного взыскания: обучающимся, которые не завершили освоение содержания программы образования, или к обучающимся, не достигшим 16 лет.

Установление возраста привлечения к дисциплинарной ответственности, невозможность отчисления обучающегося, не завершившего освоение содержания программы образования, и обучающегося, не достигшего 16 лет, служит гарантом прав и свобод несовершеннолетних, а также того, что указанные лица смогут получить базовое образование, независимо от их поведения во время образовательного процесса.

Выбор же меры дисциплинарной ответственности принадлежит руководителю образовательного учреждения, с учетом тяжести дисциплинарного проступка, причин и обстоятельств, при которых он был совершен, а также предшествующего поведения обучающегося.

Дисциплинарная ответственность обучающихся из числа военнослужащих, лиц начальствующего и рядового состава органов внутренних дел Республики Беларусь, органов финансовых расследований Комитета государственного контроля Республики Беларусь, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям Республики Беларусь устанавливается законодательством о прохождении соответствующей службы.

Глава 15 «Применение дисциплинарных взысканий к обучающимся» включила в себя нормы, способные обеспечить оперативное и полное установление обстоятельств совершения дисциплинарных проступков в сфере образования, применение справедливого дисциплинарного взыскания.

Огромным шагом в сфере развития дисциплинарной ответственности обучающихся является закрепление презумпции невиновности лица, привлекаемого к ответственности. Во-первых, это ставит дисциплинарную ответственность обучающихся на один и тот же уровень, например, с уголовной ответственностью (в уголовном праве презумпция невиновности была закреплена изначально); это доказывает актуальность регулирования данного института. Во-вторых, посредством установления презумпции невиновности обучающихся, привлекаемых к дисциплинарной ответственности, утверждается гарантиро-

ванность их прав и законных интересов, то есть данное достижение позволяет не опорочить честь и достоинство обучающегося, пока не будет доказана его виновность. Также обучающемуся не нужно доказывать свою невиновность, так как все сомнения по поводу его виновности толкуются в его пользу.

Законодательством также закреплены права обучающегося, привлекаемого к дисциплинарной ответственности, и его законных представителей. Они имеют право знакомиться со всеми материалами, подтверждающими вину обучающегося, снимать с них копии, давать объяснения или отказаться от дачи объяснений, участвовать в разбирательствах, затрагивающих их интересы, получать юридическую помощь по действующему законодательству, ознакомиться с приказом о наложении дисциплинарной ответственности, получить его копию, а также обжаловать указанный приказ.

Также детально регламентирован порядок привлечения обучающихся к дисциплинарной ответственности, что создает действенные дополнительные гарантии защиты их чести и достоинства, их конституционного права на образование.

Так, поводом для привлечения обучающегося к дисциплинарной ответственности могут послужить сообщения местных исполнительных и распорядительных органов, других государственных органов и организаций, докладные записки педагогических работников учреждения образования, а также лиц, которые осуществляют охрану помещений данного учреждения. Плюс данного нововведения заключается в том, что оно позволяет предотвратить совершение новых более серьезных правонарушений. Так как лицо, совершившее дисциплинарный проступок, осознает всю реальность контроля со стороны лиц, окружающих его. Однако для проверки достоверности указанных сообщений либо докладных записок (во избежание клеветы, предотвращения предвзятости к обучающимся со стороны вышеуказанных лиц) требуется создать специальный орган, либо комиссию. Приступать же к рассмотрению дисциплинарного проступка следует только после письменного разрешения такой комиссии.

До того как наложить на несовершеннолетнего обучающегося меры дисциплинарного воздействия, руководитель образовательного учреждения обязан сообщить одному из его законных представителей о возможности привлечения этого несовершеннолетнего обучающегося к дисциплинарной ответственности. Также следует запросить объяснения с обучающегося, которое тот имеет право предъявить в течение пяти календарных дней. Данное объяснение позволяет ему осознать причину совершения данного проступка. При отказе от дачи объяснения тремя лицами из числа работников учреждения образования или обучающихся, возраст которых достиг 18 лет, составляется акт. Данный отказ не является препятствием для наложения дисциплинарного взыскания.

За один дисциплинарный проступок следует только одно дисциплинарное взыскание.

Применение мер дисциплинарной ответственности происходит на основании материалов, которые должны содержать фактические доказательства совершения дисциплинарного проступка.

Следует отметить такую особенность: отчисление несовершеннолетнего обучающегося из учреждения образования возможно лишь после уведомления комиссии по делам несовершеннолетних соответствующего местного исполнительного и распорядительного органа. Это позволяет как можно быстрее устроить лицо в другое учреждение образования, дать ему возможность до конца воспользоваться своим конституционным правом на образование. Что касается же сроков наложения дисциплинарного взыскания, то обучающийся может быть подвергнут ему не позднее одного месяца со дня обнаружения дисциплинарного проступка, не считая времени его болезни, каникул, отпуска. Однако привлечение к дисциплинарной ответственности не может быть совершено позднее шести месяцев со дня совершения дисциплинарного проступка.

Применение же дисциплинарного взыскания к несовершеннолетнему обучающемуся может быть применено не ранее семи календарных дней после направления уведомления одному из его законных представителей.

Решение о наложении мер дисциплинарной ответственности принимается руководителем учреждения образования в виде приказа, который содержит в себе сведения об обучающемся, привлекаемом к дисциплинарной ответственности, форме вины (умысел или неосторожность), о совершенном дисциплинарном проступке, доказательстве вины и указание меры дисциплинарного воздействия. Обучающийся знакомится с указанным приказом под роспись в течение трех календарных дней (время болезни, каникул, отпуска не учитывается), но если он не ознакомлен с приказом, то считается, что он не подвергался мерам дисциплинарной ответственности.

Отказ же от ознакомления с приказом оформляется актом, который подписывается тремя работниками из учреждения образования или обучающимися, достигшими 18 лет. Данный факт следует расценивать как косвенное доказательство вины лица в данном проступке, а также стоит зафиксировать это в личном деле обучающегося и в вышеуказанном приказе.

При привлечении несовершеннолетнего обучающегося к дисциплинарной ответственности в пятидневный срок об этом уведомляется в письменной форме один из его законных представителей.

Следует отметить, что сведения о применении меры дисциплинарного воздействия вносятся в личное дело обучающегося.

Обучающийся, законный представитель несовершеннолетнего обучающегося или отчисленного лица, а также отчисленное лицо имеют право на обжалование ранее указанного решения в вышестоящую организацию или суд в течение одного месяца. Это также является одной из гарантий права на образование. Однако следует предусмотреть возможность обучающегося продолжать в это время участвовать в образовательном процессе. Дабы в случае положительного исхода обжалования, лицо могло далее свободно продолжать свое обучение.

Также обучающийся считается не привлекавшимся к дисциплинарной ответственности, если в течение одного года со дня применения к нему мер дисциплинарного воздействия он не был повторно привлечен к дисциплинарной ответственности (дисциплинарное взыскание погашается автоматически без из-

дания приказа). Но руководитель учреждения образования, который применял меры дисциплинарного взыскания к обучающемуся, имеет право снять их досрочно по собственной инициативе либо просьбе обучающегося, что оформляется приказом.

Таким образом, процесс привлечения обучающегося к дисциплинарной ответственности довольно сложен и позволяет детально разобраться в факте совершения дисциплинарного проступка. Однако данная область общественных отношений урегулирована не окончательно, подлежит дальнейшей разработке и регламентации.

Как было сказано выше, дисциплинарная ответственность является составной и главное самостоятельной частью дисциплинарного принуждения. Это особый вид социальной связи элементов общества, а также важнейший институт организации общественной жизни. Дисциплинарная ответственность обучающихся, как один из специальных видов юридической ответственности применяется за нарушение дисциплины в сфере образования. Это достаточно новый институт в сфере правового регулирования образования, поэтому, по моему мнению, есть некоторые недоработки в рассматриваемой области.

В целях разрешения ряда проблем в процессе применения мер дисциплинарного воздействия к обучающимся необходимо внести следующие поправки в указанную сферу:

- установить четкий, конкретный круг проступков, которые будут отнесены к дисциплинарным – данный перечень сделать закрытым;
- следует дать четкий перечень действий, которые будут относиться к «мерам педагогического воздействия», в целях предотвращения возникновения споров по данному вопросу;
- расширить перечень дисциплинарных взысканий для облегчения квалификации содеянного. Включить в него такие меры, как устное предупреждение, строгий выговор, отчисление из учреждения образования с невозможностью восстановления в данном учреждении образования;
- регламентировать конкретные основания для применения конкретной меры дисциплинарного воздействия, так как в законодательстве закреплены основания лишь для применения отчисления;
- для проверки достоверности сообщений местных исполнительных и распорядительных органов, других государственных органов и организаций либо докладных записок педагогических работников учреждения образования, а также лиц, которые осуществляют охрану помещений учреждения образования, о совершении дисциплинарного проступка требуется создать специальный орган, либо комиссию. Приступать же к рассмотрению дисциплинарного проступка следует только после письменного разрешения такой комиссии;
- факт отказа обучающегося, обвиняемого в совершении дисциплинарного проступка от объяснений, следует расценивать как косвенное доказательство его вины, а также следует фиксировать это в личном деле обучающегося и в приказе о наложении дисциплинарного взыскания;

- предусмотреть возможность обучающегося продолжать во время обжалования решения о наложении дисциплинарного взыскания участвовать в образовательном процессе.

В итоге можно сформулировать главный вывод: дисциплинарная ответственность обучающихся – новый, окончательно неурегулированный институт в Республике Беларусь, требующий своего дальнейшего рассмотрения и разработки.

THE PROHIBITION OF AGE DISCRIMINATION IN LABOUR RELATIONS: INTERNATIONAL AND LEGAL FRAMEWORK IN USA, EU AND PORTUGAL

*Carvalho A. S.,
Licentiate in Law, Invited Assistant, Teacher/Researcher
at Faculdade de Direito da Universidade do Porto
Centro de Investigação Jurídico-Económica (FDUP/CIJE)*

This work intends to legally discuss the issue of discrimination based on age in labour relations. A first analysis will look at international conventions that prohibit discrimination, particularly discrimination based on age. Secondly, we will analyze rules that prohibit such discrimination in the legal systems of the United States of America (USA), European Union (EU) and Portugal, as a member state of the latter organization. Finally, we will present some brief conclusions.

There are several international conventions that protect persons from discrimination like Universal Declaration of Human Rights; United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women; United Nations' Conventions on Civil and Political Rights, as well as regional conventions like European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. These documents do not explicitly refer to age as a prohibited ground for differentiation, but they «allow for the inclusion of it by implication as they create an open-ended list of grounds by referring to any «other status» to be protected from discrimination»¹. After this brief appointment on international conventions, we'll see the rules that are established since 1967 in USA related to these problem.

In the USA.

From 1967, USA has a Age Discrimination in Employment Act (ADEA) of 1967, that was amended in 1978, 1986, 1990 and 1996 and is now codified in Chapter 14 of Title 29 of U. S. Code.

The ADEA prohibits employment discrimination nationwide based on age with respect to employees 40 years of age or older (cf. Section 631).

The ADEA also addresses arbitrary age limits and the difficulty older workers face in obtaining new employment after being displaced from their jobs.

¹ Schlachter Monika (ed.), *The Prohibition of Age Discrimination in Labour Relations* (2011), p. 13.

In Section 623 (prohibition of age discrimination) US Code refers to unlawful employers practices like for example to fail or refuse to hire or to discharge any individual because of such individual's age or deprive any individual of employment opportunities because of such individual's age. But, under the same section, an age limit may be legally specified in the circumstance where age has been shown to be a «bona fide occupational qualification» reasonably necessary to the normal operation of the particular business (examples: hiring a young actor to play a young character in a movie or age limits for pilots and bus drivers).

Since 1978 ADEA has prohibited mandatory retirement in most sectors, with phased elimination of mandatory retirement for tenured workers, such as college professors, in 1993. Mandatory retirement based on age is permitted for executives over age 65 in high policy-making positions that are entitled to a pension over a minimum yearly amount (\$44,000).

Relating to charges of Age Discrimination¹: there are age discrimination-specific regulations entitled «Procedures – Age Discrimination in Employment» (Part 1626 of the Code of Federal Regulations). They refer to the administrative phase before the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC).

Lawsuits (civil actions) are also possible after filing a charge with the EEOC (Section 626, Subsection d).

The available remedies when an age discrimination violation has been found are: a) Damages (liquidated damages); b) Hiring; c) Pay, both back pay and front pay; d) Promotion; E) Reinstatement; F) Other remedies that would make the charging party «whole».

In the European Union.

The European Union Charter of Fundamental Rights specifically refers to age as a prohibited ground of discrimination in article 21, paragraph 1. In relation to the labour market, it was approved the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation.

The purpose of this Directive was to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment (cf. article 1).

Article 2, paragraph 1 of this Directive clarifies that the «principle of equal treatment» shall mean that there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1.

Yet, in what concerns age, the Directive provides for justifications of differences of treatment on grounds of age in article 6, for example in its paragraph 1 we can read: «Notwithstanding Article 2(2), Member States may provide that differences of treatment on grounds of age shall not constitute discrimination, if, within the context of national law, they are objectively and reasonably justified by a legitimate aim,

¹ For further developments see Schlachter, Monika (ed.), *The Prohibition of Age Discrimination in Labour Relations* (2011), p. 577-580.

including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary.

Such differences of treatment may include, among others:

(a) the setting of special conditions on access to employment and vocational training, employment and occupation, including dismissal and remuneration conditions, for young people, older workers and persons with caring responsibilities in order to promote their vocational integration or ensure their protection; (...))»

Doctrinal analysis of this article (in relation with the rest of the Directive – other possible grounds of discrimination) concludes that «The last level of anti-discrimination protection is reserved for age: on one side, as in the case of disability, it may be exempted as a cause of discrimination prohibited in the military, on the other hand, article 6 of the Directive 2000/78 establishes a very broad framework of possible exceptions considerably limiting its effectiveness, at least in comparison with the other prohibited grounds of discrimination.»¹

In what concerns to remedies and enforcement, the Directive provides that Member States shall ensure that judicial and/or administrative procedures, including where they deem it appropriate conciliation procedures, for the enforcement of obligations are available to all persons who consider themselves wronged by failure to apply the principle of equal treatment to them, even after the relationship in which the discrimination is alleged to have occurred has ended (article 9, paragraph 1).

Also, Member States shall lay down the rules on sanctions applicable to infringements of the national provisions adopted pursuant to the Directive and shall take all measures necessary to ensure that they are applied. The sanctions, which may comprise the payment of compensation to the victim, must be effective, proportionate and dissuasive (article 17).

In Portugal.

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation was implemented in Portugal by the articles 23 to 28 of Labour Code.

The employee or job applicant is entitled to equal opportunities and equal treatment as regards access to employment, vocational training and promotion or career professionals and working conditions may not be privileged or favored, prejudiced, deprived of any right or exempted from any duty due, inter alia, ancestry, age, gender, (...), the State must promote equal access to those rights (see article 23, paragraph 1 of Portuguese Labour Code). The employer can not practice any discrimination, direct or indirect, in particular because of factors listed.

In what concerns retirement, in the private sector it is not compulsory for it needs to be requested by the employee, but in public administration there is a mandatory retirement age (70 years).

Conclusions.

1) There are international and regional binding documents that do not explicitly refer to age as a prohibited ground for differentiation, but that allow for its inclusion

¹ Ballester Pastor, María Amparo, La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español (2010), p. 34.

as they have an open-ended list of grounds by referring to any “other status” to be protected from discrimination.

2) Since 1967, USA has a developed legislation that prohibits Age Discrimination in Employment (ADEA).

3) The European Union Charter of Fundamental Rights specifically refers to age as a prohibited ground of discrimination in article 21, paragraph 1. The Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 established a general framework for equal treatment in employment and occupation that prohibits besides other factors the age discrimination. It has been implemented by member states like Portugal in their Labour Code.

4) In spite of all these advances, age discrimination in labour relations is a reality and the European regime permits several exceptions (see article 6 of the Directive 2000/78/EC) that limit age anti-discrimination protection effectiveness, at least in comparison with the other prohibited grounds of discrimination.

5) It is important to rethink these regimes as population in Europe is getting older and so are we.

УГОЛОВНОЕ, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ

К ВОПРОСУ О ВКЛЮЧЕНИИ ЗАКОННЫХ ИНТЕРЕСОВ В СТРУКТУРУ ПРАВОВОГО СТАТУСА ОСУЖДЕННОГО

*Автухов К. А.,
ассистент кафедры криминологии и уголовно-исполнительного права
Национального университета «Юридическая академия Украины
имени Ярослава Мудрого».*

Изучению правового статуса человека уделяется значительное внимание как в науке теории государства и права, так и в других отраслевых науках. Не является исключением и уголовно-исполнительное право. Отметим, что в последнем содержание и значение института правового статуса личности несколько трансформируется. Это обусловлено тем, что правовой статус лица, попадая в сферу действия уголовно-исполнительного права, существенно видоизменяется в связи с воздействием на него предусмотренных законодательством правоограничений. Кроме того, специфическое положение осужденного, как одного из основных субъектов уголовно-исполнительного права, усиливает интерес к изучению его правового статуса.

В теории права традиционно элементами такого правового института как «правовой статус», называют права и обязанности. Однако некоторые ученые дополнительно в содержание указанного института включают также свободы, законные интересы, юридические гарантии, правосубъектность и др.

Мы полностью разделяем высказанную в научной литературе точку зрения о том, что конструирование понятия «правовой статус личности» за счет включения в него множества различных по природе элементов приводит к его, так сказать, перегрузке, и препятствует его изучению¹. И поэтому в рамках данной статьи хотелось бы рассмотреть вопрос включения в содержание правового статуса осужденных одного из вышеперечисленных дополнительных элементов, а именно такой категории, как «законный интерес», выяснить существуют ли для этого основания и необходимость. Ведь если выделение прав и обязанностей, как элементов правового статуса осужденных, в науке поддерживается практически всеми исследователями, то вопрос отнесения указанной категории остается дискуссионным.

Мы солидарны с мнением юристов, которые указывают, что включение законных интересов в структуру правового статуса осужденных в значительной мере обусловлено монографическим исследованием В. И. Селиверстова «Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание», в ко-

¹ Шамба Т. М. Советская демократия и правопорядок. М.: Мысль, 1985. С. 111.

тором он последовательно отстаивает эту идею. Следует отметить, что законный интерес как элемент правового статуса на общетеоретическом уровне рассматривался и до указанной работы, но именно В. И. Селиверстов одним из первых стал настаивать на включении категории «законный интерес» в понятие «правовой статус осужденных»¹.

Однако проведенное в указанной работе теоретическое исследование изучаемой категории вызывает определенные нарекания, ведь необходимость ее отнесения к элементам правового статуса осужденных автор аргументирует существующими противоречиями в сфере дозволенного поведения осужденных, нечеткой трактовкой их субъективных прав² [5, с. 87]. Под такими противоречиями исследователь понимает дискуссию, которая ведется в теории уголовного и исправительно-трудового (уголовно-исполнительного) права о юридической природе правовых явлений, на основании которых изменяется правовое положение осужденных по решению администрации учреждений исполнения наказания или суда во время отбывания им наказания. Суть этого спора заключается в том, что одни ученые относят эти правовые явления к субъективным правам осужденных, но оговаривая их рядом условий, которые исключают возможность осужденных воспользоваться данными «субъективными правами», другие же считают их правами администрации или суда, чем полностью игнорируют интерес осужденного по изменению своего правового положения.

В. И. Селиверстов отмечает, что указанные противоречия в теории предопределили существование недостатков в правовом регулировании порядка и условий отбывания наказания в виде конкуренции институтов досрочного освобождения от отбывания наказания или замены наказания более мягким, противоречивости оснований и порядка изменения правового положения осужденных, несовершенства закрепления в законе гарантий прав и законных интересов осужденных³ [5, с. 88]. Мы поддерживаем указанную точку зрения о том, что эта дискуссия объясняется: а) «несовершенством правового регулирования», б) «противоречивостью оснований и порядка изменения правового положения осужденных», в) «несовершенством закрепления в законе гарантий». Однако возникает вопрос: не правильнее ли было бы для решения этой дискуссии предложить пути приведения в порядок правового регулирования этого вопроса; разрешения противоречия оснований и порядка изменения правового положения; закрепления гарантий и т. д., а не вводить такой новый элемент в содержание правового статуса, как «законный интерес», чтобы, так сказать, залатать существующие дыры. Притом, что сам же В. И. Селиверстов далее по тексту указывает, что введение этого элемента поставленные задачи до конца не решает.

Кроме того, спорным следует признать вывод ученого, что выделение в правовом статусе осужденных такого элемента, как законные интересы, сможет

¹ Наряду с В. И. Селиверстовым о законных интересах осужденных в то время так же писали А. Е. Наташев, А. С. Михлин, Н. А. Стручков, И. В. Шмаров.

² Селиверстов В. И. Теоретические проблемы правового положения лиц, отбывающих наказание : монография. М.: Акад. МВД РФ, 1992. С. 87.

³ Там же. С. 88.

устранить существующие противоречия в теории и практике исполнения наказания¹. Не совсем понятно, как именно наличие в доктринальном определении правового статуса осужденных понятия «законный интерес» может, по его мнению, способствовать устранению указанных противоречий.

Не добавляет ясности и проведенное указанным автором исследование сущности законного интереса. Как утверждает В. И. Селиверстов, сущность последнего заключается в возможностях, носящих характер стремления к обладанию благом, к автономии, самостоятельности, к свободе личного усмотрения (выбора). Стремление признается ученым и центральным элементом в содержании категории «законный интерес»².

Использование термина «стремление» в юридической конструкции, на наш взгляд, несколько некорректно. Толковые словари его трактуют как настойчивое желание, влечение к осуществлению чего-либо, устремленность к чему-либо. В связи с тем, что выделение законного интереса как отдельного элемента правового статуса, по мнению упомянутого ученого, имеет главную цель улучшения уровня регламентации и урегулированности в законе этого правового явления, возникает закономерный вопрос: а вообще возможно ли с помощью нормативных предписаний регулировать желания человека? Учитывая то, что элементам правового статуса должно быть характерно такое свойство, как их отраженность в нормах объективного права, спорным представляется возможность закрепления в правовых нормах «стремлений», «желаний», «устремленности» осужденных.

Интересным остается вопрос определения правовой категории, которая корреспондирует законным интересам осужденных. Г. Л. Минаков по этому поводу отмечал, что законным интересам противостоит так называемое должностное усмотрение. В юридической литературе уже высказывалась критика этой точки зрения, ведь в таком случае в правовой статус должностных лиц наряду с их правами и обязанностями необходимо было бы включить самостоятельным элементом и должностное усмотрение. Еще более сомнительной выглядит эта идея, если учитывать, что усмотрение чиновника охватывается, прежде всего, таким элементом правового статуса, как право. Именно автономность, самостоятельность, свобода выбора составляют сущность субъективного права независимо от того, кому оно принадлежит. Учитывая эти соображения, В. И. Селиверстов предлагает корреспондирующим законному интересу элементом считать субъективные права должностных лиц³. Однако дальше он сам же указывает на то, что законные интересы тоже реализуются на уровне субъективных прав⁴. По такой схеме при рассмотрении индивидуального правового статуса осужденного его законным интересам, которые реализуются как субъективные права, противостоят опять же права должностных лиц учреждений исполнения наказания. Таким образом, правам противостоят права! По нашему

¹ Там же. С. 89.

² Там же. С. 93.

³ Там же. С. 95.

⁴ Там же. С. 96.

убеждению, такую конструкцию трудно признать совершенной, учитывая общепринятые положения теории права, о том, что правам должны корреспондировать обязанности и наоборот.

Между тем, еще Н. М. Коркунов писал, что право индивида непременно предполагает соответствующую обязанность. Если нет обязанности, будет простое дозволение. Предоставляя субъективное право, юридическая норма придает лицу новую силу, увеличивает его могущество в осуществлении своих интересов. Такое прямое и положительное влияние юридических норм, выражающееся в расширении фактической возможности осуществления, обусловленном установлением соответствующей обязанности, мы и называем субъективным правом (правомочием). Или, короче, правомочие есть возможность осуществления интереса, обусловленная соответствующей юридической обязанностью. Обусловленностью соответствующей обязанностью правомочие, прежде всего, отличается от простой дозволенности. Конечно, все, на что лицо имеет право, дозволено; но не на все дозволенное оно имеет право, а лишь на то, возможность чего обеспечена установлением соответствующей обязанности... Дозволить одному – не значит обязать другого¹.

В качестве аргумента против отдельного выделения в правовом статусе осужденных такого элемента, как законные интересы, можно привести высказывание самого В. И. Селиверстова о том, что формальная сторона законных интересов характеризуется обязательным закреплением их в нормативных актах в виде конкретной юридической формулы, как правило, они закрепляются в виде права или обязанности администрации учреждений исполнения наказания, или других органов². В таком случае, зачем вводить какие-то дополнительные теоретические категории, если их формальное закрепление все равно происходит в виде такого общепризнанного элемента правового статуса (в данном случае администрации или его должностного лица), как права или обязанности? Вышеуказанное лишь подтверждает нашу точку зрения, что целесообразнее все же не вводить новые элементы правового статуса осужденных, а привести в соответствие правовую регламентацию и механизм реализации уже предусмотренных законодательством прав и обязанностей участников уголовно-исполнительных правоотношений.

По нашему убеждению, нельзя согласиться и с мнением В. И. Селиверстова о том, что некоторые из закрепленных субъективных прав осужденных воплощаются в жизнь на уровне законных интересов в связи с их «низкой гарантированностью»³. Действительно, определенное расхождение между юридическим и фактическим статусом осужденных существует, но его не следует принимать как должное и для оправдания вводить специальный элемент содержания правового статуса, который хотя бы каким-то образом закреплял бы «слабо гарантированные» права. Ситуацию, когда определенные права осуж-

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Изд. 5-е. СПб.: Изд. юрид. кн. маг. Мартынова Н. К., 1898. С. 124, 125.

² Селиверстов В. И. Указ. соч. С. 96.

³ Селиверстов В. И. Указ. соч. С. 96, 97, 103.

денных недостаточно гарантированы государством, надо воспринимать не как факт, с которым надо мириться, а как постановку проблемы, призыв к поискам. Выходом из этого положения должно быть улучшение гарантированности прав осужденных, а не превращение их в законные интересы, которые с самого начала определяются как слабо обеспеченные.

Подводя итоги анализу монографической работы В. И. Селиверстова, которая, по сути, остается наиболее основательным исследованием в этой сфере, можно сделать вывод, что в теоретическом обосновании введения категории «законный интерес» в содержание правового статуса осужденных существуют значительные пробелы.

Неоднозначно отношение к законным интересам в конституционном праве и в теории государства и права. Так, некоторые теоретики и конституционалисты вообще не относят интересы лица к юридическим категориям и отмечают, что интерес предшествует правам и обязанностям независимо от того, находят ли они прямое закрепление в законодательстве или просто подлежат правовой защите со стороны государства¹. О. Ф. Скакун к этому добавляет: «Как категория внеправовая или «доправовая», интерес закрепляется не только в конкретных правовых предписаниях, но и в принципах права. Он способствует формированию правовой установки личности. Возможно выделять законные интересы как элементы структуры социального, а не правового статуса»². С. С. Алексеев считает, что интерес находится в неразрывном единстве с субъективным правом и тождественен субъективной потребности³. В. В. Субочев тоже отмечает субъективный характер законного интереса и указывает, что он не может быть абстрактным и всегда принадлежит определенному лицу, поскольку заключается в стремлении пользоваться определенным благом, достичь какого-либо результата⁴.

Также следует согласиться с учеными, которые указывают, что законным интересам присущи такие признаки, как субъективность, индивидуальность и зависимость от конкретной жизненной ситуации. Фактически их можно рассматривать как побудительные мотивы реализации прав и исполнения обязанностей. Указанные авторы отмечают, что «законный интерес» и аналогичные ему понятия качественно неоднородны правовому статусу лица как статичному образованию. Включение столь динамичной и массовой категории приведет к разрушению правового статуса, размыванию его границ и утрате нормативности, а потому признание законных интересов одним из элементов правового статуса личности представляется неубедительным⁵.

¹ Чепурнов А. А. Правовой статус личности в Российской Федерации: конституционные основы гарантирования: монография. Ростов н/Д.: Изд-во ДЮИ, 2006. С. 19.

² Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник. Х.: Консум, 2001. С. 379.

³ Алексеев С. С. Общая теория права: курс лекций: в 2 т. М.: Юрид. лит., 1982. Т. 2. С. 115, 157.

⁴ Субочев В. В. Законные интересы как элемент правового статуса // Юрид. мысль. 2003. № 3. С. 28.

⁵ Чучаев А. И., Фирсова А. П. Уголовно-правовое воздействие: понятие, объект, механизм, классификация: монография; Моск. гос. юрид. акад. М.: Проспект, 2010. С. 152, 153.

Интересна позиция Н. И. Матузова и А. В. Малько относительно источников закрепления исследуемой категории: большинство законных интересов формально в законодательстве не закреплены, они могут выводиться из общих принципов и духа права¹.

Теоретиками не выведено и четкого определения понятия «законный интерес». Под ним различные правоведы понимают а) «допустимые законом стремления субъекта по достижению определенных благ», б) «предусмотренные юридически стремления к получению тех благ, обладание которыми разрешено законодательством», в) «отраженные в законе интересы»; г) «интересы, которые не нашли прямого выражения в юридических правах и обязанностях, но подлежат правовой защите со стороны государства» д) законность интереса как его «правомерность с точки зрения духа, а не буквы закона».

«Законные интересы... вряд ли целесообразно выделять как самостоятельный элемент правового статуса личности. Интерес предшествует правам и обязанностям независимо от того, получает ли он прямое закрепление в законодательстве или просто подлежит правовой защите со стороны государства»². Схожую позицию занимает и О. Н. Ярошенко, который отмечает, что общественно значимый интерес является именно предпосылкой, притом необходимой предпосылкой права³.

Итак, рассматривая институт правового статуса осужденных, мы считаем, что элементами его содержания следует признавать права и обязанности, обходя при этом включение в содержание категории «законный интерес». Но нельзя исключать, что со временем, когда появятся более обстоятельные исследования сущности законного интереса и его места среди других элементов содержания правового статуса осужденных, ситуация может измениться. Нетрудно предположить, что против такого утверждения исследователи будут приводить нам аргумент, что в самом Уголовно-исполнительном кодексе содержатся упоминания о «законных интересах осужденных», а потому отрицание их существования противоречит букве закона. Однако по этому поводу следует еще раз подчеркнуть, что мы не отрицаем возможности существования такого правового явления, как законный интерес. Но, к сожалению, Кодекс не дает четкого представления о том, что именно следует понимать под законными интересами, и не указывает, что эти интересы являются элементами содержания правового статуса осужденных. Мы лишь отмечаем, что на уровне научного исследования нет достаточных оснований выделять законный интерес как отдельный элемент содержания правового статуса осужденных.

¹ Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права: учебник. 3-е изд. М.: Дело АНХ, 2009. С. 403.

² Князев В. Поняття та елементи конституційного статусу людини і громадянина в Україні // Право України. 1998. № 12. С. 30.

³ Ярошенко О. М. Правовий статус сторін трудових правовідносин: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Х., 1999. С. 20.

ПОНЯТИЕ И ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ НАКАЗАНИЯ В ВИДЕ ТЮРЕМНОГО ЗАКЛЮЧЕНИЯ, ПРИМЕНЯЕМОГО К НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИМ, В РЕСПУБЛИКЕ СЕРБСКОЙ

*Грбич-Павлович Николина,
мастер права, ассистент кафедры права Высшей школы внутренних дел
(г. Баня-Лука, Республика Сербская).*

В сербском языке наказание в виде тюремного заключения обозначается термином *затвор*, подразумевающим в самом широком смысле определённое закрытое пространство¹, которым может быть ограничено свободное передвижение человека. С помещением человека в такое пространство последнее становится *затвором*. В узком, более современном смысле *затвор* означает публичное учреждение, устроенное по определённой системе и служащее инструментом государственной власти, с помощью которого к индивиду применяется принуждение в целях поддержания общественного порядка².

Хотя к несовершеннолетним, учинившим уголовные деяния, чаще всего применяются воспитательные меры, довольно распространены случаи, когда с помощью воспитательных мер невозможно достичь ни общих целей уголовных санкций, ни целей воспитательных мер ввиду исключительной педагогической запущенности указанных несовершеннолетних и такой степени тяжести совершённого деяния, которая требует применения к данному несовершеннолетнему более строгих санкций. В таких случаях применяется санкция, имеющая наряду с воспитательными элементами признаки наказания, и такой санкцией является назначаемое несовершеннолетним тюремное заключение (*малолетнички затвор*)³. Тюремное заключение является в Республике Сербской (как и в целом в Боснии и Герцеговине) единственным наказанием в системе применяемых к несовершеннолетним уголовных санкций. Это особый вид наказания, состоящий в отнятии свободы передвижения у учинившего тяжкое уголовное деяние несовершеннолетнего, достигшего 16-летнего возраста, на срок, установленный приговором суда. По своим целям данное наказание весьма близко воспитательным мерам, однако по содержанию, включающему в себя существенные ограничения свободы передвижения как средство удержания от преступления, оно приближается к наказанию в виде тюремного заключения, применяемого к совершеннолетним лицам.

Историческое развитие применяемого к несовершеннолетним наказания в виде лишения свободы. Применяемое к несовершеннолетним тюремное заключение представляет собой гибридную уголовную санкцию, которая по форме является мерой наказания с выраженными элементами репрессии, а по своей сущности – мерой, направленной на воспитание и перевоспитание, правильное

¹ В качестве затвора может использоваться как специально созданное для этих целей помещение, так и любые иные огороженные и закрытые пространства, как-то: дома, крепостные стены, рвы, ямы, башни и др.

² Умићевић Д. Систем извршавања казни лишења слободe. Сарајево: Властита наклада, 1938. С. 7.

³ Чејовић Б. Кривично право, општи и посебни део. Београд: Досије, 2006. С. 433; Јовашевић Д. Кривично право, општи део. Београд: Номос, 2006. С. 322.

развитие несовершеннолетнего и, в конечном счёте, санкцией, обеспечивающей эффективную защиту общества от преступности. Повышенная доза репрессивности в данном случае вполне оправданна ввиду наличия необходимости выражения правонарушителю более строгого осуждения и обеспечения более строгих условий его содержания.

Многие современные уголовные законодательства предусматривают применение наказания к несовершеннолетним. В этом отношении возможно два варианта решения¹.

Первый из них подразумевает применение к несовершеннолетним того же наказания в виде лишения свободы, что и к взрослым лицам, но в смягчённом виде. Стало быть, такие законодательства предусматривают единое наказание в виде тюремного заключения для всех категорий учинителей уголовных деяний, но с различными условиями его отбывания². Например, во Франции особого наказания в виде тюремного заключения для несовершеннолетних не существует, однако общие наказания применяются по-разному в зависимости от того, достиг ли несовершеннолетний 16-летнего возраста или нет. При применении наказания несовершеннолетие учитывается в качестве смягчающего обстоятельства. Особенности лишения свободы несовершеннолетних относятся к стадии исполнения наказания³.

Второй вариант предполагает назначение несовершеннолетним учинителям уголовных деяний особого наказания в виде лишения свободы, отдельно предусмотренного в законодательстве.

Югославянское право прошло в этом отношении два совершенно различных периода. На протяжении первого периода, продолжавшегося вплоть до 1959 г., наше законодательство не знало какого-либо особого наказания в виде лишения свободы, рассчитанного на несовершеннолетних. К ним при определённых условиях применялось общее наказание в виде лишения свободы⁴. В ходе всеобъемлющей реформы уголовного права, закончившейся принятием Новелл уголовного закона 1959 г., в нашей стране появилось особое наказание в виде лишения свободы как специфическая санкция, применяемая к несовершеннолетним. Эта реформа произвела качественные изменения в уголовно-правовом положении несовершеннолетних⁵, состоящие во введении не только ранее не существовавшего вида наказания, но и новых воспитательных мер. Таким образом, была прекращена выраженно репрессивная уголовная политика в отношении несовершеннолетних, допуская применение к данной категории виновных столь же строгого наказания в виде лишения свободы, что и к совершеннолетним лицам⁶.

¹ Лазаревић Љ. Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица / Љ. Лазаревић, М. Грубач. Београд: Јустинијан, 2005. С. 74.

² Кнежевић, С. Малолетничко кривично право, материјално, процесно и извршно. Ниш: Правни факултет у Нишу, 2010. С. 81.

³ Перић, О. Кривичноправни положај малолетника, са посебним освртом на југословенско и француско право. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 1975. С. 212-213.

⁴ Перић, О. Малолетнички затвор. Београд: Привредна штампа, 1979. С. 19.

⁵ Там же, стр. 21.

⁶ Радуловић Љ. Малолетничко кривично право. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2010. С. 149.

Применяемое к несовершеннолетним наказание в виде тюремного заключения в Республике Сербской. В отличие от законодательства многих стран, предусматривающего широкие возможности для наказания несовершеннолетних, начиная от денежного штрафа и заканчивая лишением свободы, в системе санкций, применяемых к несовершеннолетним в Республике Сербской, тюремное заключение является единственным наказанием¹. Это есть особый вид наказания, состоящий в отнятии свободы передвижения у учинившего тяжкое преступление несовершеннолетнего, достигшего 16-летнего возраста, на срок, установленный приговором суда². Применяемое к несовершеннолетним тюремное заключение представляет собой особый вид наказания в виде лишения свободы, аналогичный тюремному заключению, применяемому к совершеннолетним³. Тюремное заключение является самой строгой санкцией, применяемой к несовершеннолетним, и основная цель её состоит в обеспечении правильного развития несовершеннолетнего с помощью мер надзора, предоставления защиты и помощи, специальной подготовки и развития чувства личной ответственности. Установление в законе условий для назначения данного вида наказания подчёркивает стремление законодателя максимально ограничить его применение, а декларируемые цели этой санкции и порядок её исполнения указывают на близость к воспитательным мерам. В этом смысле наше законодательство приведено в соответствие с международными рекомендациями избегать, насколько это возможно, применения к несовершеннолетним лишения свободы и других форм изоляции⁴.

Применяемое к несовершеннолетним наказание в виде тюремного заключения как особый вид наказания, связанного с лишением свободы, имеет и некоторые специфические черты, отличающие его от тюремного заключения взрослых лиц. По мнению Л. Лазаревича и М. Грубача, эти специфические черты могут быть сведены к следующему⁵:

а) применение к несовершеннолетнему тюремного заключения преследует цели специальной и общей превенции, т. е. на несовершеннолетнего осуждённого оказывается усиленное воздействие, призванное не допустить, чтобы он вновь совершил уголовное деяние, а кроме того, аналогичное воздействие оказывается и на других несовершеннолетних⁶. Однако специальная превенция достигается здесь иначе, нежели при применении других видов наказания;

¹ Аналогичное наказание известно уголовным законодательствам Республики Сербии, Республики Македонии, Российской Федерации, Республики Словении, Черногории, Республики Хорватии, Республики Болгарии и ряда других современных государств.

² Коментар Закона о заштити и поступању са дјецом и малолетницима у кривичном поступку Републике Српске / М. Симовић, Д. Јовашевић, Љ. Митровић, М.М. Симовић-Нишевић. Бања Лука: Међународно удружење научних радника - АИС, 2010.

³ Митровић Љ. Малолетници у казном законодавству Републике Српске и Босне и Херцеговине. Малолетничке кривичне и прекршајне санкције / Љ. Митровић, Н. Грбић // Правна ријеч. 2008. Број 15. С. 537.

⁴ См. правило 11.2 Гаванских правил. Аналогичные рекомендации содержатся и в других документах по вопросу обращения с несовершеннолетними правонарушителями.

⁵ Лазаревич Љ. Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица / Љ. Лазаревич, М. Грубач. Београд: Јустинијан, 2005. С. 74-75. См. также: Jovašević D. New juvenile criminal law in the Republic of Serbia // Free Law Journal. Budapest, 2006. Vol. 2. No. 3. P. 181-198.

⁶ См. подробнее: Јовашевић, Д. Оп. cit.

б) виновно учинённое уголовное деяние является предпосылкой назначения несовершеннолетнему тюремного заключения, однако значение указанного обстоятельства оценивается в данном случае несколько иначе, нежели при назначении остальных наказаний. При определении несовершеннолетнему срока тюремного заключения особое внимание обращается на обстоятельства, связанные с его личностью, включая степень его психического развития и время, необходимое для воспитания и специальной подготовки;

в) срок тюремного заключения определён для несовершеннолетних таким образом, чтобы ни при каких условиях данное наказание не оказалось кратковременным, что также представляет его специфику;

г) тюремное заключение назначается малолетним по особым правилам, установленным в Законе. При этом не применяются общие правила назначения наказания, в том числе о смягчении наказания и об освобождении от него;

д) в случае совокупности уголовных деяний, за которые несовершеннолетнему может быть назначено наказание в виде тюремного заключения, данное наказание назначается по особым правилам, существенно отличающимся от применяемых к другим видам наказания;

е) осуждение несовершеннолетнего к тюремному заключению не влечёт всех тех правовых последствий, которые наступают в случае осуждения к тюремному заключению взрослого;

ж) несовершеннолетние, осуждённые к тюремному заключению, отбывают наказание в специальных воспитательно-исправительных учреждениях, условия содержания в которых существенно отличаются от условий содержания в карательно-исправительных учреждений для взрослых;

з) наконец, особым образом регулируются вопросы условного освобождения из воспитательно-исправительных учреждений.

Цель применяемого к несовершеннолетним наказания в виде тюремного заключения. Особый подход нашего уголовного законодательства к несовершеннолетним находит своё выражение и в определении целей применяемых к данной категории делинквентов воспитательных мер и тюремного заключения. Хотя речь идёт о двух различных видах санкций (воспитательные меры и наказание), Закон Республики Сербской «О защите детей и несовершеннолетних и обращении с ними в уголовном процессе»¹ в рамках одной статьи (ст. 31) определяет общую цель обоих этих видов санкций и специальную (дополнительную) цель тюремного заключения несовершеннолетних. Такое двоякое определение целей призвано подчеркнуть тесную функциональную взаимосвязь уголовных санкций, применяемых к несовершеннолетним².

Согласно ч. 1 указанной статьи, общей целью применяемых к несовершеннолетним уголовных санкций является противодействие всем формам и видам преступности. В рамках этой общей для всех (в том числе и применяемых к несовершеннолетним) уголовных санкций цели предполагается обеспечение правильного развития несовершеннолетних и укрепление в них чувства личной

¹ Службени гласник Републике Српске, бр. 13/10.

² Лазаревић Љ. Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица / Љ. Лазаревић, М. Грубач. Београд: Јустинијан, 2005. С. 34-35.

ответственности, иными словами, такое воспитательное воздействие на их личность, которое бы обеспечило возвращение несовершеннолетнего в общество¹.

При определении целей применяемых к несовершеннолетним уголовных санкций Закон использует понятия *воспитание, правильное развитие и укрепление чувства личной ответственности*, а также *возвращение в общество*². Воспитание, понимаемое здесь в узком смысле, охватывает многочисленные меры и мероприятия, направленные на формирование личности. Эти меры и мероприятия могут предприниматься как в семье, так и в школе, вне школы, а равно в специально созданных для этого учреждениях. Воспитание, таким образом, может осуществляться и посредством применения воспитательных мер³.

Под обеспечением правильного развития несовершеннолетнего следует понимать создание таких условий жизни, которые бы способствовали формированию и развитию несовершеннолетнего в духе уважения принятых в обществе правил поведения. С правильным развитием несовершеннолетнего тесно связано и укрепление в нём чувства личной ответственности, предполагающего наличие определённых представлений как о природе своего поведения, так и о его последствиях. Это чувство формируется через образ жизни несовершеннолетнего, а также посредством направленного воздействия медицины, школы, окружения несовершеннолетнего в условиях влияния на него определённых социальных факторов, в том числе средств массовой информации.

С этой целью тесно связана и функция возвращения в общество. В самом широком смысле под возвращением в общество понимается необходимость сформировать у несовершеннолетнего осознание его принадлежности к обществу и обязанностей перед этим обществом, включая требование придерживаться принятых в обществе правил поведения.

Для достижения предусмотренных законом целей воспитательных мер необходимо обращаться с несовершеннолетним с учётом его возраста, особенностей личности, а также характера и тяжести учинённого деяния. Такое обращение основывается на современных принципах педагогики, психологии, андрагогики и других наук. При осуществлении различных мероприятий необходимо поощрять активное участие несовершеннолетнего в собственном воспитании, изменении своих взглядов, отказе от дурных привычек и развитии чувства ответственности за собственные поступки⁴.

Цель тюремного заключения несовершеннолетних главным образом совпадает с целью воспитательных мер, однако имеет и некоторую специфику. В частности, посредством применения к несовершеннолетнему тюремного заключения предполагается обеспечить усиленное антикриминальное воздействие как на него, так и на других несовершеннолетних. Таким образом, цель применения к несовершеннолетним тюремного заключения включает в себя как

¹ См. подробнее: Милошевић, Н. Малолетнички затвор (законодавство и пракса) // Билтен судске праксе Врховног суда Србије. 2001. Број 1. С. 7-19.

² Лазаревић Љ. Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица / Љ. Лазаревић, М. Грубач. Београд: Јустинијан, 2005. С. 35.

³ Перић, О. Оп. cit., стр. 33 (сноска 6).

⁴ Врањ В. Васпитне мјере према малолетницима и њихово извршење у Босни и Херцеговини // Годишњак Правног факултета у Сарајеву. 2004. Број 47. С. 402.

специальную, так и общую превенцию¹, что не характерно для воспитательных мер. Вот почему говорится о сочетании в применяемом к несовершеннолетним тюремном заключении элементов воспитания и кары².

Закон определяет не только цели воспитательных мер и тюремного заключения, но и средства достижения этих целей, включающие в себя: 1) надзор, 2) предоставление защиты, ухода и помощи и 3) обеспечение общей и специальной подготовки³.

Надзор за несовершеннолетним означает наблюдение за его жизнью и деятельностью и непосредственное реагирование на его отклоняющееся поведение. Этот надзор всегда имеет общественный характер и может осуществляться различными способами, например, посредством контроля родителей, усыновителей, попечителей или специального органа за деятельностью несовершеннолетнего с целью обнаружения и возможного предотвращения отрицательного влияния и проявлений неприемлемого поведения.

Предоставление защиты, ухода и помощи может выражаться в изъятии несовершеннолетнего из социальной среды или семьи, оказывающей отрицательное влияние на его воспитание и развитие; запрете посещать определённые места; руководстве и помощи в обучении или применении определённых медицинских мер.

Обеспечение общей и специальной подготовки несовершеннолетнего предполагает приобретение им в ходе образовательного процесса (будь то общее или профессиональное образование) определённых общественно полезных знаний и умений, а также развитие у него чувства личной ответственности посредством поставления перед ним определённых задач и наложения на него определённых обязанностей, за надлежащее и своевременное выполнение которых несовершеннолетний отвечает лично.

Несмотря на то, что применяемые к несовершеннолетним санкции носят преимущественно специально-предупредительный характер, они в то же время не лишены определённых элементов принуждения и даже возмездия, поскольку их применение не зависит от воли несовершеннолетнего учинителя деяния. Все эти санкции по своему содержанию заключаются в установлении для несовершеннолетнего ограничений, запретов, условий и предъявлении к его поведению определённых требований.

Условия применения к несовершеннолетнему наказания в виде тюремного заключения. Как мы уже отмечали, применение к несовершеннолетнему наказания в большинстве стран, в том числе и у нас, представляет собой исключительную меру, к которой прибегают сравнительно редко⁴. Наказание в виде тю-

¹ Коментар Закона о заштити и поступању са дјецом и малолетницима у кривичном поступку Републике Српске / М. Симовић, Д. Јовашевић, Љ. Митровић, М.М. Симовић-Нишевић. Бања Лука: Међународно удружење научних радника - АИС, 2010. Стр. 106.

² Перић, О. Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. 2. доп. изд. Београд: Службени гласник, 2007. С. 31-32.

³ Коментар Закона о заштити и поступању са дјецом и малолетницима у кривичном поступку Републике Српске, с. 105.

⁴ Перић О. Коментар кривичноправних прописа о малолетницима // Прописи СР Југославије, Републике Србије и Републике Црне Горе. 2. изм. и доп. изд. Београд: Службени гласник, 1995. С. 41.

ремного заключения состоит в отнятии свободы передвижения у достигшего 16-летнего возраста несовершеннолетнего, учинившего уголовное деяние, за которое законом предусмотрено наказание свыше пяти лет тюремного заключения, и применяется в тех случаях, когда ввиду высокой степени вины, а также природы и тяжести содеянного применять воспитательную меру нецелесообразно.

Таким образом, несовершеннолетнему может быть назначено наказание в виде тюремного заключения лишь при одновременном наличии в данном конкретном случае следующих условий:

- учинитель уголовного деяния является несовершеннолетним старшей возрастной группы, т. е. на момент учинения деяния ему исполнилось 16, но не исполнилось 18 лет;
- несовершеннолетний учинил уголовное деяние, за которое предусмотрено наказание свыше пяти лет тюремного заключения (объективное условие);
- наличествует вина несовершеннолетнего, т. е. действие по осуществлению состава уголовного деяния предпринято в состоянии вменяемости и, как правило, умышленно (в крайне редких случаях – по неосторожности), причём степень этой вины должна быть высокой (субъективное условие)¹.

Кроме этих обязательных условий, в конкретном случае, как отмечает З. Стоянович, должны приниматься во внимание ещё два обстоятельства:

- суд должен быть убеждён в нецелесообразности назначать несовершеннолетнему воспитательную меру ввиду тяжких последствий деяния; и
- высокая степень вины несовершеннолетнего также не оправдывает назначение воспитательной меры².

Хотя эти обстоятельства тоже можно считать условиями, обычно их рассматривают именно как обстоятельства, принимаемые судом во внимание после констатации наличия трёх обязательных условий для принятия решения о том, оправданно ли в данном случае применение к несовершеннолетнему наказания в виде тюремного заключения. Именно эти два обстоятельства, как правило, приводятся судом в обоснование применения к несовершеннолетнему тюремного заключения³.

Общая тенденция роста преступности несовершеннолетних в конце XX в. и вызывающее особое беспокойство увеличение числа совершаемых ими уголовных деяний с элементами насилия заставили во многом пересмотреть существующие модели реакции общества на данное явление и по-новому подойти к вопросам эффективности системы правосудия в отношении несовершеннолетних. Важнейшей формой такой реакции является применение к несовершеннолетним, учинившим уголовные деяния, уголовных санкций, самая строгая из которых, имеющая исключительный характер, – тюремное заключение, являющееся в Боснии и Герцеговине (в том числе и в Республике Сербской) единственным видом наказания, применяемым к несовершеннолетним. Поскольку

¹ Грбић-Павловић Н. Казненоправни аспекти малолетничке делинквенције у Републици Српској. Бања Лука: Дефендологија центар за безбједносна, социолошка и криминолошка истраживања, 2010. С. 88.

² Стојановић З. Кривично право: општи део. б. изм. и доп. изд. Београд: Службени гласник, 2002. С. 387.

³ Стојановић З. Кривично право: општи део. б. изм. и доп. изд. Београд: Службени гласник, 2002. С. 387.

данное наказание состоит в ограничении свободы передвижения и имеет большой репрессивный потенциал, применять его следует в исключительных случаях, как *ultima ratio*, когда воздействие на виновного воспитательными мерами невозможно. Именно такое исключительно ограниченное применение данного наказания к несовершеннолетним заложено в существующие международные стандарты Организации Объединённых Наций и Совета Европы.

АНАЛИЗ ДИФФЕРЕНЦИАЦИИ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА КРАЖУ ПО УГОЛОВНОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ФРАНЦИИ

*Лабор А. С.,
Ляховичский РОВД (г. Ляховичи, Республика Беларусь).*

Действующая редакция Уголовного кодекса Франции была принята 22 июля 1992 г. и вступила в силу с 1 марта 1994 г. Особенностью Уголовного кодекса Франции является то, что он не знает понятий «грабеж» и «разбой». Регламентирование ответственности базируется на понятии «кража».

Под кражей понимается обманное изъятие вещи или электроэнергии, принадлежащей другому лицу и совершенное в ущерб ему. Таким образом, кражей является и открытое хищение имущества¹.

Простая кража, по праву Франции, – это обманное изъятие вещи, принадлежащей другому лицу, которое наказывается лишением свободы сроком до 3-х лет либо штрафом.

Своеобразным нововведением является кража электроэнергии. Она определяется и наказывается так же.

Отягчающими обстоятельствами по УК Франции при краже выступают:

- совершение кражи несколькими лицами;
- совершение кражи публичным должностным лицом или лицом, выступающим от его имени;
- совершение кражи с применением насилия, не повлекшего утраты трудоспособности;
- кража у особо беспомощных лиц;
- совершение кражи из жилого помещения либо места, используемого для хранения товаров и ценностей;
- совершение кражи в транспорте и ряд других².

Наличие одного обстоятельства из выше перечисленных карается лишением свободы на срок более 5 лет и штрафом 5 тыс. франков.

Наличие двух вышеназванных обстоятельств карается лишением свободы на срок более 7 лет + штраф 700 тыс. франков.

¹ Бойко А. И. Международное и российское уголовное право: Моногр. / А. И. Бойко. Ростов н/Д: Изд-во СКАГС, 2004. С. 220.

² Жданов Ю. Н. Европейское уголовное право: Перспективы развития / Ю. Н. Жданов, Е. С. Лаговская. — М.: Международные отношения, 2001. С. 113.

Три обстоятельства приводят к лишению свободы на срок более 10 лет + штраф 1 млн. франков.

Таким образом, дифференциация уголовной ответственности за кражу проводится, не исходя из тяжести квалифицирующих признаков, а исходя из общего их количества.

Следует также подчеркнуть, что по уголовному законодательству Франции не привлекается к ответственности супруг, похитивший что-либо у своего супруга.

Наиболее суровым во Франции является наказание за кражу, совершенную с применением оружия либо иного насилия.¹

Так, если в результате насилия произошла полная утрата трудоспособности до 8 дней, то преступление карается лишением свободы сроком до 7 лет и штрафом до 700 тыс. франков. Если трудоспособность не восстанавливалась более 8 дней – тюремное заключение до 10 лет и штраф до 1 млн фр. Если в результате насилия произошло причинение увечья или наступление хронического заболевания – до 15 лет и штраф до 1 млн фр.² Если насилие повлекло смерть, либо применялись пытки или акты жестокости, то – пожизненное лишение свободы и штраф до 1 млн франков. Если кража была совершена с применением оружия или угрозой его применения без законного на то разрешения, то такое деяние карается лишением свободы сроком до 20 лет и штрафом до 1 млн фр. Если такое действие было совершено бандой, то оно карается лишением свободы до 30 лет и штрафом до 1 млн фр. В том случае, если банда действовала без применения насилия, то это наказывается лишением свободы до 15 лет и штрафом. Если же с насилием, но без оружия – до 20 лет + штраф 1 млн фр.³

Кроме того, особенностью является то, что субъектом кражи может быть помимо физического еще и юридическое лицо, для которого предусмотрена ответственность в виде штрафа. Так, юридические лица за совершение кражи по законодательству Франции караются штрафом до 5 млн. франков, а в случае рецидива – до 10 млн. франков.

Таким образом, проанализировав УК Франции, можно отметить следующее:

- французский законодатель, дифференцируя ответственность за кражи, разграничил их на проступки и преступления;
- кража квалифицируется как оконченное преступление с момента изъятия вещи;
- к уголовной ответственности могут быть привлечены физические и юридические лица;
- кроме таких наказаний, как штраф и лишение свободы, могут быть назначены дополнительные наказания в виде поражения в политических, гражданских, семейных, трудовых правах;

¹ Марусин И. С. Международное право об отмене смертной казни. Международное право. Европейское право / И. С. Марусин А. Б. Мезяев. Казань: Афина, 2001. С. 227.

² Ушаков Н. А. Международное уголовное право: учеб. / Н. А. Ушаков. М. : Юрист, 2000. С. 178.

³ Кибальник А. Г. Введение в международное уголовное право / А. Г. Кибальник. Ставрополь: Ставропольсервисшкола, 2001. С. 103.

- УК Франции не делает разграничений на формы хищений – все виды обманного изъятия вещи другого лица, независимо от способа совершения преступления, являются кражами, отдельно ответственности за грабеж и разбой не предусмотрено;
- максимальное наказание за особо квалифицированные виды кражи в виде лишения свободы составляет тридцать лет либо пожизненное заключение.¹

Следует отметить, что определение и понятие о краже в разных странах различное, что может объясняться различными обстоятельствами, например, такими, как социальное развитие страны, уровень демократизации, исторические тенденции, современная политика и так далее. Опыт зарубежных стран в вопросах дифференциации уголовной ответственности за кражу может быть использован в целях оптимизации применения отечественных мер уголовной ответственности.

ИСТОРИЯ НАКАЗАНИЯ В ВИДЕ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ У СЕРБОВ

*Савич Саня,
мастер права, старший преподаватель
юридического факультета Восточно-Сараевского университета
Республика Сербская, Босния и Герцеговина)*

Впервые в истории сербского права наказание в виде лишения свободы упоминается в хрисовуле Св. Стефана (1313 – 1318)². В данном документе сказано следующее: *«Владалца бивше б оваца, и боица да се врже в темницу и да се не пусти прежде 3 месеца; кто ли га ће прежде пустити, да јест проклет»*³. Интересно заметить, что приведённое законоположение чётко устанавливало срок, который осуждённый должен был провести в темнице (3 месяца), что для той эпохи представляет собой скорее исключение, нежели общее правило⁴.

В Законнике Стефана Душана, важнейшем памятнике средневекового сербского права, наказание в виде лишения свободы упоминается всего несколько раз⁵:

¹ Костенко Н. И. Международное уголовное право: Современные теоретические проблемы / Н. И. Костенко. М.: Юрлитинформ, 2004. С. 305.

² Јевтић Д. Правна историја југословенских народа / Д. Јевтић, Д. Поповић. Београд, 1994. С. 75; Јантолек С. Историја државе и права народа ФНРЈ. II део: феудални период. Београд, 1951. С. 81.

³ Цит. по: Тарановски Т. Историја српског права у немањој држави. Београд, 2002. С. 317.

⁴ Там же.

⁵ Анализ статей Законника Стефана Душана, Закона протоиерея Матеи Ненадовича, Закона Карагеоргия и Уголовного кодекса 1860 г. проведён на основе текстов, опубликованных в издании: Кркљуш, Љ. Одабрани извори из правне историје српског народа. Нови Сад, 2003. С. 31-48, 53-58, 97-126.

Т. Тарановски (указ. соч., с. 318) указывает, что ст. 3 Софийского списка предусматривает заключение в темницу за невенчаный брак. Однако в доступном нам Призренском списке указанный фрагмент гласит: «И ни једна свадба да се не учини без венчанија; ако ли се учини без благословенија и упрошенија цркве, такви да се разлуче».

ст. 19: «И калуђер који сврже расе, да се држе у тамници докле се обрати опет у послушаније, и да се педепса»;

ст. 32: «Људије црковни, који држе црковна села и земљи црковне, а прогнали сут меропхе црковне или влахе, он – зи који – но су разгнали људи, да се свежу и да им се узме земља и људије, и да их држи црква до-где скупе људи које су разгнали»;

ст. 145: «Повелева царство ми. По свих земљах, и по градовех, и по жунах, и по краиштех, гусара и тата да нест ни у чијем пределу. И сим – зи образом да се украси татба и гусарство. У којем се селе нађе тат или гусар, то – зи село да се распе, а гусар да се обеси стрмоглав, а тат да се ослепи, а господар села того да се доведе свезан ка царству ми и да плаћа все што је чинил гусар и тат от испрва, и паки да се каже како тат и гусар»;

ст. 166: «Пијаница откуда греде и зарве кога, или посече, или окрвави а не досмрти, таковому пијаници да му се око изме и рука отсече. Аште ли пијан задере, или капуч скине, или ину срамоту учини, а не окрвави, да га бију 100 стапи и да се врже у тамницу, и по том да се изведе из тамнице и да се бије стапи»;

ст. 198: «Доходак царски, соће и намет и харач, да дава всак човек – кабал жита, половина чиста а половина препроста, воља перпер динарми, а рок тому жити да се усипа, на Митров дан, а други рок на Рождество Христово. Ако ли соћа властелин не да на те рокове, властелин та да се свеже на царском двору и да се држи док не плати двојином».

Внимательно проанализировав каждую из вышеприведённых статей, можно прийти к выводу, что лишь в двух случаях (ст.ст. 19 и 166) лишение свободы выступает в качестве санкции за учинённое деяние. В первом случае наказанию подлежит монах, причём не на определённый срок, а «пока не обратится вновь к послушанию». Таким образом, от самого осуждённого зависело, как долго он будет находиться в темнице. Кроме указания на заключение в темницу, названная статья использует выражение *педепсати*, что значит «наказывать», «казнить»¹. Это позволяет нам предположить, что помимо лишения свободы за данное преступление предусматривалось и другое наказание, хотя и не сказано, какое. Вероятно, этот вопрос был урегулирован обычаем, поэтому законодатель и не посчитал нужным особо его оговаривать.

Второй случай (ст. 166) касается наказания пьяниц. Из приведённой цитаты ясно видно, что кроме темницы, за пьянство предусмотрено и телесное наказание («да га бију 100 стапи»). Причём, в отличие от размера телесного наказания, срок заключения в темницу не установлен. Причины, по-видимому, те же – обычное право. Можно предположить, что после телесного наказания пьяница помещался в темницу до тех пор, пока не протрезвеет, а после этого его вновь ожидало телесное наказание.

Что касается ст.ст. 32, 145 и 198, то в них предусмотрен арест (*везивање*). Однако речь здесь идёт, по-видимому, не о лишении свободы как об уголовной

¹ Кркљуш Љ. Ор. cit., с. 33 (сноска 1); Соловјев, А. Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка. Скопље, 1928. С. 159.

санкции, а о мере, призванной обеспечить исполнение другой санкции или обязанности. Так, ст. 32 предусматривает арест того, кто разгонит людей из церковных имений. Основным наказанием в данном случае была конфискация имущества, а арест должен был лишь обеспечить исполнение этого наказания: *«и да их држи црква до-где скупе људи које су разгнали»*.

То же самое касается и ст. 145, по которой арест должен был лишь обеспечить доставление к царю господаря того села, в котором будет найден тать или разбойник (*гусар*). Наказание же было предусмотрено совсем другое – во-первых, возмещение ущерба, причинённого разбойником или татем, а во-вторых, то же наказание, что и для самого преступника, т. е. повешение головой вниз (за разбой) или ослепление (за татьбу).

Властелин, не уплативший своевременно налог (*соће*), удерживался на царском дворе до тех пор, пока не уплатит недоимку в двойном размере (*«и да се држи док не плати двојином»* – ст. 198). Как видим, и здесь лишение свободы выступает в качестве обеспечительной меры, а не в качестве наказания.

Говоря о способе исполнения рассматриваемого нами наказания, Законник упоминает темницу, причём эти упоминания встречаются не только в вышеуказанных случаях (ст. 19 и 166), но и ещё в целом ряде статей:

ст. 112: *«Који човек утече из тамнице, са чим приде на двор царства ми, или јест човек царства ми, или црковни, или властелски – са тем – зи да јест свободан. Аште јест утекал, у тога-зи човека што буде оставил, та-зи да има кому буде утекал»*;

ст. 113: *«Који се сужањ држи у двору царства ми, тере утече на двор патријари, да јест свободан. И такожде – на двор царев, да јест свобод»*;

ст. 184: *«Властеле и ћефалије царства ми који држе градове и тргове, никто от њих да не приме чијега човека у тамницу без књиге царства ми. Аште ли кто кога приме през заповед царства ми, да плати царству ми 500 перпер»*;

ст. 185: *«Тем-жде образом кто држе тамнице царства ми, да никога не приме ничијега човека без књиге повеленија царства ми»*.

Характерно, что ни в одном из этих случаев не говорится о причинах, по которым содержащиеся в темницах были лишены свободы, однако вышеприведённые положения Законника позволяют, по мнению Т. Тарановского, предположить, что существовало несколько видов темниц: государственные, церковные и принадлежащие местным феодалам¹.

На основании всего вышеизложенного можно прийти к следующим выводам. Лишение свободы, будучи предусмотрено всего лишь в нескольких случаях, не занимало по средневековому сербскому праву значительного места в системе наказаний, существенно уступая по распространённости смертной казни и различным телесным наказаниям. С учётом того, что, по словам А. Соловьева, смертная казнь, телесные наказания и лишение свободы преоб-

¹ Тарановски Т. Оп. cit., с. 319.

ладали в византийском праве, можно с уверенностью сказать, что влияние византийского права в данной сфере было незначительно¹.

Лишение свободы в Сербии эпохи восстания. За время Первого сербского восстания в Сербии было принято два правовых акта, которые в историографии известны как Закон протоиерея Матеи Ненадовича и Закон Карагеоргия. Считается, что Закон протоиерея Матеи Ненадовича принят в самом начале восстания, в мае 1804 г.² Точная дата издания Закона Карагеоргия неизвестна. Предполагают, что это может быть 1807 или 1810 гг.³

Анализируя содержание этих документов, мы нашли лишь одно упоминание лишения свободы. Речь идёт о ст. 19 Закона Карагеоргия, предусматривавшей ответственность за неосторожное убийство: *«Кoj би убио неотице човека, а по добром испиту да се осведочи, том апс пола године у гвожђу и проче спрам фамилије његове, што суд донесе, деци и жени платити»*. Как видим, убийца приговаривался к лишению свободы на полгода и возмещению ущерба, причинённого семье убитого.

Впрочем, лишение свободы предусматривается и в ст. 20 (хотя здесь данное наказание прямо и не называется): *«Ко потегне пушку или нож на кога и окреше а не убије тај каштигу убице, који је неотице убио, да трпи, ако ли не окреше, но на празно потегне, томе по 50 штапа у два пута да се удари»*. Законодатель указывает, что виновный в нанесении другому человеку ран подлежит тому же наказанию, что и неосторожный убийца.

То обстоятельство, что в двух правовых актах, появившихся за время Первого сербского восстания, наказание в виде лишения свободы прямо предусмотрено лишь в одной статье и ещё в одной статье косвенно упомянуто, ясно показывает то место, которое отводилось ему в тогдашней системе наказаний. Поскольку подробных сведений на этот счёт не сохранилось, можно лишь предположить, чем было обусловлено такое отношение к данному наказанию. Лишить человека свободы во время, когда государство боролось за освобождение от многовекового турецкого владычества, означало лишить государство возможности использовать осуждённого в этой борьбе. В момент, когда всякая помощь была желанна, государство не могло позволить себе «роскошь» применять лишение свободы в качестве санкции за большое количество преступлений. В пользу этой гипотезы свидетельствует и тот факт, что оба названных закона предусматривали преимущественно телесные наказания, которые имели для государства не столь пагубные последствия, как помещение человека в тюрьму на несколько месяцев, а тем более лет.

Лишение свободы по Уголовному кодексу 1860 г. Уголовный кодекс Княжества Сербии (*Казнителни законик за Књажество Србију*) был принят 29 марта 1860 г. Этому событию предшествовала ожесточённая борьба между князем Александром и Советом по вопросу необходимости такого кодекса⁴.

¹ Соловјев А. *Op. cit.*, с. 155.

² Јанковић Д. *Државноправна историја Југославије* / Д. Јанковић, М. Мирковић. Београд, 1977. С. 135.

³ Кркљуш Љ. *Правна историја српског народа*. Нови Сад, 2004. С. 166.

⁴ Кркљуш, Љ. *Правна историја...*, с. 217. Свою позицию против принятия Уголовного кодекса Совет обосновывал следующим образом: «Наш народ всё ещё находится в состоянии патриархальном... Человеку

Кодекс воспринял деление уголовных деяний на три категории: преступления (*злочине*), проступки (*преступе*) и нарушения (*иступе*), а кроме того впервые закрепил принцип законности: «*За деяние, о котором до его учинения в законе не было сказано, что тот, кто его учинит, должен быть наказан и как именно, никто не может быть осуждён*».

Согласно кодексу, за преступления и проступки виновный мог быть осуждён к какому-либо из следующих наказаний: смертная казнь, каторга, заточение, заключение, лишение звания, денежная пеня, телесное наказание (*бој*), лишение гражданской чести, конфискация имущества, запрет заниматься определённой деятельностью и изгнание. Как видим, лишение свободы было представлено здесь в трёх формах: каторги, заточения и заключения.

Каторга подразумевала лишение свободы на срок от двух до двадцати лет. Осуждённые отбывали это наказание в каторжных тюрьмах и, в зависимости от судебного решения, должны были носить на ногах тяжёлые или лёгкие оковы. Кроме того, они привлекались к тяжёлому труду в тюрьме или на поле. Женщины-каторжницы были освобождены от оков и работ вне тюрьмы.

Заточение отличалось от каторги тем, что осуждённые не заковывались в кандалы и не обязаны были работать; срок наказания был таким же.

Заключение подразумевало лишение свободы на срок от тридцати дней до пяти лет. Заключённые были обязаны выполнять «те работы, которые они и раньше выполняли или которые для них наиболее подходящими будут». Священники и чиновники, осуждённые к заключению, не могли принуждаться к труду. Кроме того, суд мог освободить от работы больных, а также тех, кто этого заслуживает.

Что касается нарушений, то за них кодекс предусматривал в первую очередь тюремное заключение, причём на гораздо меньшие сроки, нежели за преступления и проступки, – от одного дня до одного месяца.

Суд определял, будет ли тюремное заключение сопряжено с привлечением осуждённого к труду или нет. По умолчанию в приговоре считалось, что речь идёт о заключении без привлечения к труду. К заключению с привлечением к труду могли осуждаться лишь бродяги, слуги, служанки, подёнщики и подмастерья.

Таким образом, принятие Уголовного кодекса 1860 г. можно с полным правом назвать переломным моментом в истории лишения свободы. Будучи предусмотрено за гораздо большее число преступлений, чем прежде, данное наказание начинает постепенно занимать то место, которое когда-то принадлежало смертной казни и телесным наказаниям.

доброму не потребны законы. Закон есть порождение нужды в предупреждении зла и лишь для тех пишется, которые суть злы. Закон подобен лекарству, а лекарство принимает не здоровый, но больной. Наш народ в этом отношении настолько добр и так здоров, как, может быть, ни один народ в Европе. Поэтому ему не надобно ни много лекарства, ни много выздоровления, напротив, надобно его оберегать от многих законов, из коих он бы мог множеству родов всяких злодеяний научиться... И поелику наш народ всё ещё пребывает в состоянии неиспорченном, то лучше будет его в этом состоянии и удерживать, руководствуясь прежними мерами, и, радея о благе его, не производить в нём потребности, коей он сам не чувствует» (цит. по: Д. Янкович, М. Мирковић. *Op. cit.*, с. 146).

Анализ исторического развития лишения свободы позволяет нам сделать несколько выводов. Во-первых, данное наказание известно сербскому уголовному законодательству ещё со средних веков, хотя в то время ему и не отводилось значительное место (достаточно сказать, что Законник Стефана Душана упоминает о нём всего несколько раз).

Обратившись к сербским законам эпохи восстания, мы увидим, что и тогда отношение к лишению свободы не было благосклонным. В двух законах, принятых в этот период, оно прямо упомянуто лишь в одной статье, касающейся неосторожного убийства. Широкому применению этого наказания препятствовала потребность в свободных, способных к военной службе людях, которые государству приносили больше пользы в борьбе против турок, нежели в тюрьме.

Широкое распространение наказание в виде лишения свободы получило лишь с принятием Уголовного кодекса 1860 г., который предусматривал несколько его разновидностей: каторгу, заточение и заключение. Основное различие между ними состояло в сроках, которые мог определить судья при назначении наказания.

ВОЗНИКНОВЕНИЕ И ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ПОМИЛОВАНИЯ

*Костантян Л. Л.,
студентка юридического факультета КемГУ*

Помилование как правовое явление всегда находилось в поле зрения исследователей: как правоведов, так и философов, политиков. В настоящее же время, институт помилования, является одним из неотъемлемых элементов правовой системы, привлекающих к себе особое внимание. Сложность юридической природы института помилования также всегда вызывала интерес юридической науки. Связано это, прежде всего, с тем, что на сегодняшний день имеет место глобальное мировое стремление к гуманизации права и власти. Кроме того, институт помилования может как способствовать повышению авторитета главы государства, демонстрируя его человеколюбие и милосердие, так и дискредитировать его, а заодно и власть, которую он представляет.

Своё летоисчисление данный институт начинает с глубокой древности и упоминается в одном из древнейших памятников права – своде законов Хаммурапи.

Однако первой исторической формой помилования можно считать право пострадавшего прощать своего обидчика. На сегодняшний день это право выражается в примирении с потерпевшим, что дает основание для освобождения от ответственности по определенной категории преступлений.

В Древнерусском государстве практика массового освобождения преступников, содержащихся в тюрьмах, возникла на религиозной почве, под влиянием идеи о том, что милость, оказываемая преступникам, есть известная ре-

лигиозная жертва Богу, требующему благодарности. Тем не менее, помилование до середины 16 века применялось лишь как обычай.

Первым законодательным актом, в котором нашло отражение помилование, стал Судебник 1550 г., затем помилование было закреплено в Соборном Уложении 1649 г. и т. д. Но более широкое законодательное закрепление институт помилования получил в эпоху Петра I, однако в данный период руководящими началами были скорее практические соображения (т. к. помилованные использовались для целей государственной службы).

Применение помилования в современной России берет свое начало с издания Всеобщей декларации прав человека 10 декабря 1948 г.¹ и Международного пакта о гражданских и политических правах 16 декабря 1966 г.² Кроме этого право прощения помилования закрепляется как в Конституции РФ³, так и в УК РФ⁴.

Переходя к рассмотрению вопроса о юридической природе данного института, необходимо определить, что представляет собой помилование. Прежде всего, стоит отметить, что к настоящему моменту ни один из юридических актов не содержит законодательного закрепления термина «помилование», поэтому данный вопрос является предметом дискуссий многих исследователей.

Говоря о внутренней стороне помилования, можно сделать вывод, что она представляет собой проявление милосердия, гуманизма, сострадания по отношению к осужденным и является одним из немногих институтов, связывающих государство нравственными требованиями. Сущность же помилования как правового института заключается в смягчении наказания, полном или частичном освобождении от наказания определенных категорий лиц, совершивших преступления. В системе существующих в российском законодательстве различных видов освобождения от ответственности и наказания, смягчения положения лиц, совершивших преступления, помилование имеет немаловажное значение⁵.

Так, К. М. Тищенко под помилованием понимает освобождение лица, совершившего преступление от ответственности, наказания, судимости, либо смягчение наказания в случаях, когда формальные требования уголовного закона препятствуют целесообразному применению того или иного вида смягчения положения виновного

Другие же исследователи предлагают под помилованием понимать акт прощения осужденного, осуществленный Президентом РФ в виде смягчения либо полного освобождения от уголовно-правовых последствий осуждения, в силу исключительных обстоятельств, не учтенных судом при назначении нака-

¹ Всеобщая декларация прав человека: от 10.12.1948г. // Российская газета, 1995. 5 апреля.

² Международный пакт о гражданских и политических правах: от 16.12.1966 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ, 1994. № 12.

³ Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12.12.1993 г. // Российская газета, 2009. 21 января.

⁴ Уголовный кодекс РФ: Федеральный закон Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ: (в ред. от 4.05.2011 № 97-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. 17 июня. № 25, ст. 2954.

⁵ Тищенко К.М. Помилование в уголовном праве. Москва, 1998. С. 80.

зания либо возникших после вынесения обвинительного приговора и требующих проявления гуманизма.

Таким образом, помилование не является фактом признания невиновности осужденного и его оправдания и не ведет к его реабилитации, это только проявление гуманизма в отношении определенного лица.

Важнейшей проблемой, относящейся к помилованию, является определение его принадлежности к тому или иному правовому институту.

Существует три основные позиции относительно отраслевой принадлежности данного института, согласно которым помилование – это:

- институт конституционного права;
- институт уголовного права;
- межотраслевой правовой институт.

Сторонники позиции о том, что акты помилования не могут относиться к уголовному праву, в защиту своего мнения опираются на тот факт, что помилование – акт высшего органа государственной власти, смягчающий положение помилованного и не имеющий нормативного характера¹.

Ряд ученых предлагает вывести помилование, равно как и амнистию, из сферы уголовного права и перевести в сферу государственного. Сторонники этой позиции отмечают, что отношения между государственными органами в связи с изданием акта помилования становятся уголовно-правовыми лишь после издания соответствующего акта, т. е. уголовно-правовыми и уголовно-процессуальными они становятся в связи с применением данного акта.

Такая позиция получает все более частое применение на практике. Например, в решении Верховного суда от 14 октября 2002 г. по делу Марца А. О., суд указал: «...помилование, будучи институтом конституционного права, не связано с привлечением лица к уголовной ответственности и применения наказания, относящейся к ведению судебной власти. Процедура помилования не реализуется уголовно – процессуальным законодательством»².

На мой взгляд, стоит согласиться с мнением многих ученых, которые полагают, что, несмотря на высказанное Верховным Судом мнение, институт помилования является межотраслевым и регулируется нормами конституционного и уголовного права. По мнению Ю. М. Ткачевского, помилование имеет свои специфические особенности, не укладывающиеся в обычные рамки освобождения от наказания, установленные нормами уголовного права³. Ряд ученых полагает, что помилование включает как конституционно-правовой, так и уголовно-правовой аспект. Это прослеживается в том, что Конституция РФ закрепляет право прощения помилования, определен субъект, осуществляющий помилование. Реализуются же конституционные нормы о помиловании на основе уголовного и уголовно-исполнительного законодательства.

Таким образом, диаметрально противоположные высказывания ученых относительно отраслевой принадлежности помилования, отсутствие единой

¹ Михлин А.С. Помилование в Российской Федерации. Москва, 2001. С. 24.

² Сборник нормативных материалов по вопросам помилования. Указ. соч. С 64.

³ Ткачевский Ю. М. Освобождение от отбывания наказания. Москва, 1970. С. 32.

точки зрения на этот счет затрудняют правовое регулирование и применение данного института. В свою очередь, существующие законодательные и иные нормативно-правовые источники не восполняют пробелов в отношении данной проблемы. Исходя из этого, можно сделать вывод о необходимости совершенствования института помилования, как одного из основополагающих институтов, гарантирующих конституционное право. По моему мнению, наиболее оптимальным направлением совершенствования правового регулирования института помилования является не только внесение изменений и дополнений в уголовное и уголовно-исполнительное законодательство, но и, возможно, разработка и принятие специализированного, комплексного, межотраслевого закона «О помиловании».

Подводя итог, стоит отметить, что на сегодняшний день перед обществом остро стоит проблема борьбы с преступностью, в связи с этим все чаще звучит идея о необходимости ужесточения мер воздействия по отношению к лицам, совершившим преступления. Но, анализируя опыт зарубежных стран и РФ, становится очевидным, что усилением уголовной репрессии проблема преступности не решится. Воздействие на преступников должно содержать в себе не только меры принуждения, но и меры поощрения. К числу таких мер относится, прежде всего, помилование, что еще раз подчеркивает социально-правовую значимость данного института.

СТРАХОВОЕ МОШЕННИЧЕСТВО И МЕРЫ БОРЬБЫ С НИМ

*Никонова А. С.,
аспирант юридического факультета КемГУ*

В настоящее время в России наметилась позитивная тенденция развития страхования. Это вызвано положительным развитием экономической, правовой, социальной сфер общественной жизни. Но, тем самым была создана и благоприятная среда для совершения преступлений в сфере страхования.

Еще примерно 10-15 лет назад в России никто не знал о таком явлении как «страховое мошенничество». В настоящее время страховое мошенничество стало явлением повсеместным¹. И не просто явлением. Оно является самым распространенным преступлением в сфере страхования.

Несмотря на такую «популярность», термин «страховое мошенничество» не раскрыт в действующем российском законодательстве, а потому и не используется сотрудниками правоохранительной и судебной системы.

Страховое мошенничество, по нашему мнению, подразумевает под собой мошеннические действия, совершаемые страхователями (выгодоприобретателями, застрахованными лицами). Таким образом, можно говорить о том, что страховым мошенничеством является умышленное приобретение права на чу-

¹ Галагуза Н. Ф., Ларичев В. Д. Преступления в страховании: предотвращение, выявление, расследование (отечественный и зарубежный опыт) М.: Анкил, 2007.

жое имущество, совершенное страхователем (выгодоприобретателем, застрахованным лицом) с целью необоснованного обогащения путем обмана или введения в заблуждение страховой компании (страховщика).

Страховое мошенничество является одной из самых серьезных проблем современности для страховых компаний. Страховые компании из-за мошеннических действий терпят большие потери. Кроме того, мошенничество в сфере страхования оказывает отрицательное влияние не только на деятельность страховых организаций, но и на добросовестных страхователей, поскольку именно они несут все бремя потерь страховщиков, что выражается в увеличении размера страховой премии, связанной с ростом тарифов.

По данным специалистов ВНИИ МВД России латентность преступлений в страховой сфере составляет 90-95 %, что означает, что невозможно определить истинный масштаб преступности в области страхования¹.

Основным фактором роста мошеннических посягательств в сфере страхования в России является расширение области обязательного страхования, как одного из наиболее приоритетных направлений социальной политики. Так, на наш взгляд, принятие и реализация федерального закона «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» в 2002 г. вызвало рост мошенничества в этом виде страхования, поскольку на страховом рынке появились новые клиенты – владельцы транспортных средств.

Кроме того, российское общество молчаливо поддерживает мошенников, обманувших страховую компанию. Российские граждане до сих пор негативно относятся к страховым компаниям, считая, что страховщики «обдирают» их. Первое время страховщиков воспринимали в качестве мелких фирм. Страхование автогражданской ответственности приравняло в сознании людей страховые компании к государству. Таким образом, лицо, обманувшее страховую компанию, в сознании людей становится борцом за справедливость.

Рост случаев страхового мошенничества вынуждает отнести борьбу с ним к одному из основных направлений деятельности правоохранительных органов. Несвершенство уголовного и уголовно-процессуального законодательства, а также отсутствие в структуре правоохранительных органов специализированных подразделений и ведомств по выявлению и расследованию преступлений в сфере страхования, отсутствие единой информационной базы данных, отсутствие взаимодействия страховщиков между собой и правоохранительными органами все это неизбежно ведет к увеличению числа мошеннических случаев в страховании.

Проблемы борьбы с мошенничеством в сфере страхования исследовались многими авторами. В частности, В. Н. Агренок, А. И. Алгазиным, Н. Ф. Галагузой, Н. А. Лопашенко, Н. С. Решетняком и другими. Указанные авторы раскрывают, в основном, уголовно-правовой и криминологический аспекты борьбы с мошенничеством в сфере страхования и практически не затрагивают кри-

¹ <http://www.mvdinform.ru>. от 01.01.2012.

миналистические проблемы выявления и расследования указанной категории преступлений¹.

В силу того, что мошенничество в сфере страхования является особым видом преступления, поэтому при его расследовании необходимо скоординировать действия службы безопасности страховой компании и правоохранительных органов. Для этого, предлагается, при проверке сообщения о преступлении, а также при определении действий по выявлению и раскрытию страхового мошенничества использовать материалы служебного расследования, проведенного службой безопасности страховой компании. Представителя службы безопасности страховой компании целесообразно привлекать в качестве специалиста, обладающего специальными познаниями в области страхования.

Кроме того, для борьбы с мошенничеством в сфере страхования считаем необходимым создать единую информационную базу страховщиков, в которой будут зафиксированы все случаи страхового мошенничества, а также лица, его совершившие. Также, необходимо организовать взаимодействие правоохранительных органов со страховыми компаниями. Необходимо создать специальные отделы по борьбе со страховыми преступлениями в рамках действующих управлений по борьбе с экономической преступностью, поскольку преступления в сфере страхования имеют свою специфику. Важным пунктом борьбы со страховым мошенничеством, на наш взгляд, является выведение из статьи «Мошенничество» уголовного кодекса РФ самостоятельного состава преступления «Страховое мошенничество».

Данной точки зрения придерживается и Верховный суд РФ, который 12.04.2012 г. внес в государственную Думу РФ законопроект «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и иные законодательные акты Российской Федерации». Указанный законопроект направлен на дифференциацию различных видов мошенничества, в том числе выделение в отдельную статью УК РФ «Мошенничество в сфере страхования».

Итак, исходя из сказанного, полагаем, что только совместными действиями правоохранительных органов и служб безопасности страховых компаний возможно эффективное и быстрое реагирование на заявления о страховом мошенничестве, а, следовательно, быстрое изобличение лица, совершившего преступление в указанной сфере.

Кроме того, не стоит «расслабляться» и самим страховщикам. Считаем необходимым усилить контроль за работой страховых агентов и штатных работников, имеющих непосредственный доступ к бланкам страховых полисов и квитанций. Также стоит сверять сумму страховой премии, рассчитанной страховым агентом и взятой со страхователя, со страховыми тарифами, чтобы исключить убыточность страховщика. При выявлении несоответствия суммы страховой премии со страховым тарифом необходимо применять меры взыскания к страховому агенту, допустившему такое. Полагаем, что разумным выхо-

¹ Алгазин А. И. Страховое мошенничество и методы борьбы с ним: учебно-практическое пособие/А. И. Алгазин, Н. Ф. Галагуза, В. Д. Ларичев. М.: Дело, 2003.

дом из данной ситуации является производство вычета из агентского вознаграждения недостающей суммы страховой премии.

Масштабы страхового мошенничества требуют неотложных мер реагирования. Потери страховых компаний от действий мошенников растут с каждым днем, но все же продолжают окупаться за счет добросовестных страхователей. Возможно, именно поэтому страховщики отпускают данную ситуацию на самотек, не предпринимая решительных шагов для борьбы со страховыми мошенниками.

Конечно, полностью искоренить мошенничество в сфере страхования, также как и в любой другой экономической сфере общественной жизни, невозможно. Однако при принятии изложенных выше мер мошенников можно будет сдерживать и контролировать ситуацию, что позволит снизить ущерб страховых компаний и предупреждать мошеннические действия преступных элементов в сфере страхования.

ПРОБЛЕМЫ КВАЛИФИКАЦИИ ЛЖЕПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСТВА ПО УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

*Щаслёнок Е. А.,
курсант Академии МВД Республики Беларусь.*

В 90-е годы XX столетия Беларусь, как и другие советские республики, ощутила на себе негативные процессы в экономике, следствием которых стало появление такого криминального явления, как лжепредпринимательство.

Уголовная ответственность за лжепредпринимательство в Республике Беларусь введена в Уголовный кодекс 1960 г. Законом от 15 июня 1993 г. № 22¹. В новом Уголовном кодексе 1999 г. законодатель сохранил уголовную ответственность за лжепредпринимательство.

Законом Республики Беларусь от 22 июля 2003 г. № 227-3 внесены изменения и дополнения в ст. 234 УК «Лжепредпринимательство» и усилена ответственность за данное преступление путем повышения максимального предела лишения свободы с 5 до 6 лет, а также введением квалифицированного состава данного преступления, повлекшего причинение ущерба в особо крупном размере. За это преступление ч. 2 ст. 234 установлено наказание в виде лишения свободы на срок от 3 до 10 лет с конфискацией или без конфискации имущества².

¹ О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь от 15 июня 1993 г., № 22 // Ведомости Верхов. Совета Респ. Беларусь. 1993. № 22. Ст. 278.

² О внесении дополнений и изменений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь от 22 июля 2003 г., № 227-3 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2003. № 83. 2/974.

Законом от 17 июля 2006 г. № 147-З вновь внесены изменения в ст. 234 УК, относящие к субъекту преступления и лицо, зарегистрировавшееся индивидуальным предпринимателем¹.

Законодатель определил лжепредпринимательство как государственную регистрацию в качестве индивидуального предпринимателя или создание юридического лица без намерения осуществлять предпринимательскую или уставную деятельность в целях получения ссуд, кредитов, либо для прикрытия запрещенной деятельности, либо для сокрытия, занижения прибыли, доходов или других объектов налогообложения, либо для извлечения иной имущественной выгоды, повлекшие причинение ущерба в крупном размере.

Регистрация лица в качестве индивидуального предпринимателя без намерения осуществлять заявленную им деятельность в целях, предусмотренных нормой, повлекшая причинение ущерба в крупном размере, не влечет ответственности по ст. 234 УК².

С объективной стороны данное преступление выражается в совершении действий, необходимых для регистрации юридического лица в качестве субъекта, осуществляющего предпринимательскую деятельность (подача заявления и т. п.), в органах, уполномоченных на такую регистрацию, которые сопряжены с получением ссуд, кредитов, либо прикрытием запрещенной деятельности, либо сокрытием, занижением прибыли, доходов или других объектов налогообложения, либо извлечением иной имущественной выгоды и повлекли причинение ущерба в крупном размере³.

Пострадавшими от деятельности виновных могут быть физические лица, субъекты экономической деятельности (индивидуальные предприниматели и юридические лица), а также государство. Состав преступления – материальный. Преступление признается оконченным с момента причинения крупного ущерба, т. е. размер на сумму, в 250 и более раз превышающую размер базовой величины, установленный на день совершения преступления.

Обязательным признаком субъективной стороны данного преступления является специальная корыстная цель, выраженная в одной из названных законодателем форм: получение ссуд, кредитов,крытие запрещенной деятельности, сокрытие, занижение прибыли, доходов или других объектов налогообложения, извлечение иной имущественной выгоды.

Субъектом рассматриваемого преступления является лицо, достигшее 16 лет на момент совершения преступления и являющееся учредителем юридического лица, созданного им исключительно в целях, перечисленных в ст. 234⁴.

Хотя диспозиция статьи содержит указание на отсутствие у виновных намерения вести предпринимательскую деятельность, это не означает, что такая деятельность при лжепредпринимательстве должна вообще отсутствовать.

¹ О внесении дополнений и изменений в Уголовный, Уголовно-процессуальный кодексы Республики Беларусь и кодексы Республики Беларусь об административных правонарушениях: Закон Респ. Беларусь от 17 июля 2006 г., № 147-З // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2006. № 111. 2/1242.

² См.: Комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / Н.Ф. Ахраменка [и др.]; под общ. ред. А. В. Баркова. Минск: Тесей, 2003.

³ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь.

⁴ Там же.

Наоборот, очень часто виновные, чтобы достичь противоправных целей, заключают коммерческие сделки и даже выполняют часть взятых обязательств. Однако, как правило, такие сделки являются лишь прикрытием их действительных намерений.

В данных действиях помимо лжепредпринимательства как такового возможны признаки иного состава преступления. Вообще, как показывает практика, лжепредпринимательство чаще всего сопровождается совершением других преступлений, а также нарушением требований антимонопольного, налогового законодательства, законодательства о защите прав потребителей и др. Поэтому при расследовании таких преступлений необходим тщательный анализ сделок, совершаемых виновными. Для правильной квалификации содеянного, важно установить цель сделок, а также определить, кому конкретно причинен ущерб преступлением и в чем он выражается.

По сути, сам факт создания (государственная регистрация) фиктивного субъекта хозяйствования не может расцениваться как главное условие наступления предусмотренных законом последствий. Ущерб причиняется иными действиями (например, получением ссуд, кредитов, сокрытием, занижением прибыли, доходов или других объектов налогообложения и т. п.), являясь при этом результатом противоправной деятельности лжепредприятия (формально легитимного юридического лица или гражданина, зарегистрированного в качестве индивидуального предпринимателя)¹.

Отдельные авторы отмечают недостаток формулировки статьи, в которой наказуемо только создание лжепредприятия, в том числе и в результате реорганизации. Под действие ст. 234 УК не подпадают приобретение в любой форме уже созданной организации, а равно использование для целей, указанных в диспозиции статьи, организации, находящейся в процедуре банкротства².

Основываясь на вышесказанном, главным недостатком ст. 234 УК является отнесение ее законодателем к числу материальных составов, т. е. таких, окончание преступления по которым связывается с наступлением определенных последствий. Соответственно работники правоохранительных органов, применяя данную норму, должны установить причинную связь между деянием – созданием лжепредприятия и последствием – крупным и особо крупным ущербом. Хотя формулировка ст. 234 УК и требует признания оконченным данного деяния сразу после регистрации юридического лица, тем не менее, в этот момент нельзя определенно высказаться относительно целей ее учредителей. Об их намерениях логично будет судить лишь после начала осуществления ими какой-либо деятельности, хотя сама эта деятельность во многих случаях охватывается иными составами преступлений. В таком случае ущерб потерпевшим причиняется не при создании коммерческой организации, а в результате совершаемых после создания юридического лица сделок, которые чаще все-

¹ Лазуко И. Н. Совершенствование государственной политики в сфере противодействия лжепредпринимательству в Республике Беларусь // *Вопр. криминологии, криминалистики и судеб. экспертизы.* 2011. № 1. С. 53-54.

² Денисюк М. Е. Актуальные вопросы применения мер уголовной ответственности за лжепредпринимательство // *Законность и правопорядок.* 2011. № 4. С. 45-46.

го и являются фиктивными. Однако, необходимо иметь в виду, что заключение фиктивных сделок само по себе еще не является лжепредпринимательством. Если, например, юридическое лицо было создано для осуществления предпринимательской деятельности, но в последующем от его имени осуществлялись фиктивные сделки, такую деятельность нельзя квалифицировать как лжепредпринимательство. Для того, чтобы в данном случае присутствовало лжепредпринимательство, необходимо доказать умышленный характер действий виновных лиц с определенной целью – получение ссуд, кредитов, прикрытие запрещенной деятельности и др. В процессе расследования и судебного разбирательства следует установить, что уже в момент создания предприятия у виновных отсутствовали намерения осуществлять уставную деятельность, а организация создавалась исключительно для достижения противоправных целей. Такие признаки преступления, как цель получения кредитов или освобождения от налогов, сами по себе не могут определенно характеризовать направленность умысла виновных. При этом ключевой признак состава преступления – создание юридического лица без намерения осуществлять уставную деятельность – является практически недоказуемым¹.

По свидетельству практических работников, вопрос о вменении ст. 234 УК встает в основном при наличии признаков других составов преступлений, и прежде всего мошенничества².

Создание юридического лица без намерения осуществлять уставную деятельность с целью получения кредита и последующего его присвоения следует расценивать как мошеннические действия. В этом случае завладение денежными средствами, выделенными фиктивному юридическому лицу в качестве кредита, образует состав преступления, предусмотренного ст. 209 УК (мошенничество). Лжепредпринимательство как приготовление к мошенничеству требует самостоятельной квалификации по ст. 234 УК, т. е. данные действия надлежит квалифицировать по совокупности преступлений по ст. 234 УК и ст. 209 УК.³

Таким образом, можно сделать вывод о затруднениях в квалификации и применении современной нормы о лжепредпринимательстве, необходимости совершенствования действующей редакции ст. 234 УК. Представляется, что наиболее предпочтительная позиция высказана В. Хилютой, который предлагает сформулировать диспозицию ст. 234 УК таким образом, чтобы был не материальный, а формальный состав преступления, как это в свое время предусматривал УК 1960 года (ст. 150¹). Например: лжепредпринимательство, представляется целесообразным понимать как создание или приобретение юридического лица, а равно руководство организацией, не намеревающейся осуществлять уставную деятельность с целью прикрытия незаконной деятельности или совершения других преступлений.⁴

¹ Хилюта В. В. Есть ли необходимость совершенствовать статью УК Республики Беларусь о лжепредпринимательстве? // Юстиция Беларуси. 2003. № 4. С.40–41.

² Хилюта В. В. Указ. соч.

³ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь.

⁴ Хилюта В. В. Указ. соч.

В целом противодействовать данному явлению можно только изменяя подходы, применяемые для сбора налогов и неналоговых платежей, максимально исключив из этого процесса документы, составляемые налогоплательщиком.

ДЕЙСТВИЯ, ДЕЗОРГАНИЗИРУЮЩИЕ РАБОТУ ИСПРАВИТЕЛЬНОГО УЧРЕЖДЕНИЯ, ИСПОЛНЯЮЩЕГО НАКАЗАНИЕ В ВИДЕ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ, ИЛИ АРЕСТНОГО ДОМА: ФОРМИРОВАНИЕ ПРИЗНАКОВ СОСТАВА ПРЕСТУПЛЕНИЯ

*Никитенко О. Г.,
юридический факультет Белорусского государственного университета*

В данной статье нами проанализирована история формирования признаков состава преступления «Действия, дезорганизирующие работу исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, или арестного дома», уголовная ответственность за которое закреплена в ст.410 *Уголовного кодекса Республики Беларусь* (далее – УК РБ) от 9 июня 1999 г., вступившего в силу с 1 января 2001 г.

Уголовное законодательство времен *Российской Империи* не содержало аналогичного, равно как и сходного, состава преступления¹.

Можно отметить, что *Уголовный кодекс БССР* 1928 г. (далее – УК БССР 1928 г.), утвержденный ЦИК БССР VIII созыва от 23 сентября 1928 г. и введенный в действие с 15 ноября 1928 г., не содержал анализируемый состав преступления, равно как и общесоюзные уголовные законы (*Основные начала уголовного законодательства СССР и союзных республик* от 31 октября 1924 г., *Положение о воинских преступлениях* от 31 октября 1924 г., *Положение о преступлениях государственных (контрреволюционных и особо для Союза ССР опасных преступлениях против порядка управления)* от 25 февраля 1927 г.), на основе и в соответствии с которыми УК БССР 1928 г. был принят.

Впервые данное преступное деяние упоминается в *Законе СССР от 25 декабря 1958 г. «Об уголовной ответственности за государственные преступления»*², Раздел II «Иные государственные преступления» которого в ст. 14.1 закрепил уголовную ответственность за действия, дезорганизирующие работу исправительно-трудовых учреждений.

В вышеназванном разделе помимо анализируемого преступного деяния были сосредоточены иные преступления против порядка управления, существенно различающиеся по своей сущности и по степени общественной опасности, например, ст. 11 «Нарушение национального и расового равноправия», ст. 12

¹ Например, Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1885г. (Сводь Законов Российской Империи: издание неофициальное в 16 т. Т. 15. Сводь Законов Российской Империи. С.-Петербург: Деятель, 1912. С. 1-202.); Уложение 1903 г. (Собрание узаконений и распоряжений Правительства, издаваемое при Правительствующемъ Сенатѣ. № 83. 16 апреля 1903 г..).

² Свод законов СССР в 10 т. Т. 10. М.: Известия, 1985. С. 537-544.

«Разглашение государственной тайны», ст. 14 «Бандитизм», ст. 17 «Уклонение от очередного призыва на действительную военную службу», ст. 21 «Нарушение правил международных полетов».

Это свидетельствовало о том, что у советского законодателя в тот период отсутствовало достаточно четкое представление о порядке управления как о родовом объекте уголовно-правовой охраны и, соответственно, о круге деяний, подлежащих включению в данную группу¹.

В *Законе СССР от 25 декабря 1958 г. «Об уголовной ответственности за государственные преступления»* были четко прописаны все признаки анализируемого состава преступления, в частности, объективная сторона слагалась из терроризирования в местах лишения свободы осужденных, вставших на путь исправления, из нападения на администрацию, из организации в этих целях преступных группировок, из активного участия в таких группировках; для субъективной стороны было характерным наличие специальной цели и/или специального мотива. Обстоятельством, усугубляющим уголовную ответственность, являлось совершение указанных деяний особо опасными рецидивистами или лицами, осужденными за совершение тяжких преступлений.

*Закон от 25 декабря 1958 г. «Об утверждении основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик»*² в ст. 7.1 указывал на то что, исследуемое преступное деяние относится к тяжким преступлениям (данный закон при определении понятий использовал метод перечисления); ст. 44.1 закрепила неприменение условно-досрочного освобождения и замены наказания более мягким к действиям, дезорганизирующим работу исправительно-трудовых учреждений.

В первоначальной редакции *Уголовный кодекс БССР*, принятый IV сессией Верховного Совета БССР V созыва 29 декабря 1960 г., введенный в действие с 1 апреля 1961 г. (далее – УК БССР 1960 г.), не содержал исследуемый состав преступления.

Это объясняется тем, что помимо уголовного кодекса, уголовная ответственность закреплялась за определенные деяния и в ряде законов, действовавших на территории всего СССР.

Следует отметить, что такая ситуация была обусловлена Конституцией СССР 1936 г., которая предусматривала в первоначальной редакции, что УК должен быть единым для всего СССР, обусловив, таким образом, прекращение принятия новых уголовно-правовых норм национальными законодательными органами союзных республик; изменения и дополнения в уголовные кодексы вносились на основе общесоюзного законодательства³.

Несмотря на это *Указом Верховного Совета БССР от 9 августа 1961 г.* в УК БССР 1960 г. была включена в Раздел I «Особо опасные государственные

¹ Электронный ресурс. Режим доступа: <http://evcppk.ru/ugolovnoe-pravo/757-istoriya-razvitiya-zakonodatelstva-ob-ugolovnoj-otvetstvennosti-za-prestupleniya-protiv-poryadka-upravleniya.html>. Дата доступа: 28.04.2012 г.

² Сборник законов СССР и указов Президиума Верховного Совета СССР, 1938–1975 гг.: в 4 т. М.: Известия, 1976. Т. 3: Сборник законов СССР и указов Президиума Верховного Совета СССР, 1938 – 1975. М.: Известия, 1975. С. 309–335.

³ История уголовного права Республики Беларусь [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://bargu.by/322-istoriya-ugolovnogo-prava-respubliki-belarus.html>. Дата доступа: 20.04.2012 г.

преступления» Главы 6 «Государственные преступления» ст. 74¹ «Действия, дезорганизирующие работу исправительно-трудовых учреждений», состав которой был аналогичен составу, закрепленному в Законе СССР от 25 декабря 1958 г. «Об уголовной ответственности за государственные преступления»

3 декабря 1962 г. было принято *Постановление Пленума Верховного Суда СССР «О судебной практике по делам об уголовной ответственности за действия, дезорганизирующие работу исправительно-трудовых учреждений»* (далее – Постановление Пленума ВС СССР от 3 декабря 1962 г.), согласно которому *терроризированием* признавалось применение к осужденным насилия или угрозы применения насилия с целью заставить их отказаться от добросовестного отношения к труду и соблюдения правил режима, а равно такие же действия, совершенные на почве мести за выполнение общественных обязанностей по укреплению дисциплины и правопорядка в местах лишения свободы. *Терроризированием* должно признаваться также глумление и издевательство над осужденными в целях их устрашения и воспрепятствования перевоспитанию¹.

Важно отметить, что изначально судебная практика шла по пути, когда насилие в форме терроризирования осужденного или нападения на администрацию включало не только причинение телесных повреждений любой тяжести, но и их последствия. Затем в ряде Постановлений Пленумов Верховного Суда СССР по иным категориям дел было разъяснено, что убийство, покушение на убийство, причинение тяжких телесных повреждений не охватываются анализируемым составом преступления, образуя совокупность².

Нападение на администрацию доктрина уголовного права в период советской государственности толковала как открытое применение виновным физического насилия или в угрозе немедленного применения физического насилия к представителю исправительно-трудового учреждения в связи с его служебной деятельностью³.

Постановление Пленума ВС СССР от 3 декабря 1962 г. признавало *представителями администрации* лиц начальствующего состава исправительно-трудовых учреждений; личный состав конвойной охраны и надзирательский состав; вольнонаемный состав, осуществляющий в местах лишения свободы политико-воспитательную работу и медицинское обслуживание; административный и инженерно-технический персонал, руководящий производственной деятельностью заключенных.

Организация преступных группировок с целью терроризирования заключенных, вставших на путь исправления, или с целью совершения нападений на администрацию мест лишения свободы истолковывалась как создание группы из двух или более осужденных для совершения указанных деяний. Эта деятельность включала в себя также постоянное руководство группировкой, конспири-

¹ Бюллетень Верховного Суда СССР. №4. 1985 г. С.26.

Советское уголовное право: Часть особенная. Учебник. / Под ред. проф. П. П. Михайленко. Киев, 1968. С.79.

² Советское уголовное права: Особенная часть. Учебник. / Под ред. П. И. Гришаева, Б. В. Здравомыслова. М.: Юрид. лит., 1988. С.75.

³ Советское уголовное право: Учебник. Часть особенная. / Под ред. В. А. Владимирова, Н. И. Загородникова, Б. В. Здравомыслова. М.: Юр. лит., 1979. С. 67.

рование ее деятельности, составление планов совершения преступлений и т. п.
¹. *Активное участие в преступных группировках* предполагало проявление членом группировки определенной инициативы, старания и рвения в выполнении планов преступной группы ².

21 июня 1985 г. Пленум Верховного Суда СССР принял Постановление «О судебной практике по делам об уголовной ответственности за действия, дезорганизирующие работу исправительно-трудовых учреждений» (далее – Постановление Пленума ВС СССР от 21 июня 1985 г.), заменившее ранее действовавшее Постановление Пленума ВС СССР от 3 декабря 1962 г. ³. Следует отметить, что данное Постановление и Постановление Пленума ВС СССР от 3 декабря 1962 г. содержали идентичные дефиниции терроризирования.

Национальный законодатель в УК РБ расширил круг субъектов анализируемого преступления, включив лиц, отбывающих наказание в виде ареста; закрепил еще один специальный мотив совершения данного преступного деяния, а именно: месть за исполнение осужденным общественной обязанности.

Судебная практика Республики Беларусь по сравнению с советской наделяет категорию «нападение на представителя администрации» двумя дополнительными признаками: внезапность и интенсивность по своему проявлению физического насилия. *Национальная доктрина уголовного права* рассматривает терроризирование осужденного во внешнем проявлении как совершение таких действий, которые вызывают у осужденного чувство постоянного страха за свою личную безопасность ⁴.

Таким образом, в исследуемом составе преступления *признаки терроризирования закреплены наряду с иными преступными деяниями*, а именно: нападение на представителя администрации исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, или арестного дома, либо создание организованной преступной группы с целью терроризирования осужденных или нападения на представителей администрации исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, или арестного дома.

В завершение акцентируем внимание, что исследуемое преступление *относится к преступлениям террористической направленности и входит группу преступлений с признаками (элементами) терроризирования*.

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СОЦИАЛЬНОЙ АДАПТАЦИИ ЛИЦ, ОСВОБОДИВШИХСЯ ИЗ МЕСТ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ

Емликханова В. А.,

¹ Советское уголовное право. Часть особенная. Под ред. Н. Загородникова. М.: Юр. лит., 1973. С. 97.

² Советское уголовное право. Особенная часть. Под ред. Г. Кригера, Б. Куринова, Ю. Ткачевского. М.: Изд-во МГУ, 1982. С. 72.

³ Советское уголовное право: Особенная часть. Учебник. / Под ред. П. Гришаева, Б. Здравомыслова. М.: Юрид. лит. 1988. С. 75.

⁴ Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / Н. Ф. Ахраменко (и др.); под общ. ред. А. В. Баркова, В. М. Хомича. Мн.: ГИУСТ БГУ, 2007. С. 870.

Освободившись из мест лишения свободы, бывшие осужденные возвращаются в общество с приобретенными в заключении знаниями, которые не всегда носят положительный характер. Поэтому в данном случае государство должно обращать внимание на таких лиц, стремиться к тому, чтобы они вели правопослушный образ жизни и не совершали вновь преступлений.

Основу нормативного регулирования социальной адаптации составляет глава 22 УИК, которая предусматривает оказание помощи осужденным и осуществление контроля за ними. Стоит отметить, что последствия отбывания наказания в виде лишения свободы связаны с прекращением социально полезных связей осужденного, которые имелись у него до осуждения.

В частности, у лиц, освободившихся из мест лишения свободы, низкий профессиональный уровень и неподготовленность в сложившихся экономических условиях к достойной конкуренции на рынке труда, поэтому они сталкиваются с большими проблемами в процессе трудоустройства. В результате это может способствовать повторному совершению преступлений.

В связи с тем, что социальная адаптация представляет собой протекающий во времени процесс, возникает вопрос о его этапах или стадиях. По-видимому, правильнее говорить об этапах социальной адаптации.

Я. В. Щепаньский в своей работе выделяет четыре этапа:

- первый (начальный) этап, когда адаптирующийся индивид усваивает лишь правила поведения, но система ценностей новой среды внутренне им не признается;
- второй этап (терпимости), когда как среда, так и индивид признают равноценность эталонов поведения друг друга;
- третий этап (приспособления, «аккомодации») связан с взаимными уступками: не только индивид признает и принимает систему ценностей среды, но и представители последней признают некоторые его ценности;
- четвертый этап (самой полной адаптации, этап «ассимиляции»), когда индивид полностью отказывается от прежних образцов и ценностей и полностью принимает новые.

При оценке успешности протекания такого сложного социального процесса, как социальная адаптация, в ходе которого изменяется не только духовный облик, но и поведение судимого лица, необходимо учитывать объективные и субъективные показатели.

Объективные критерии фиксируют внешние признаки примерное поведение, честное отношение к труду, точное и неуклонное выполнение требований законов и правил, участие в общественной жизни трудового коллектива и др.

Субъективные критерии социальной адаптации освобожденных от отбывания наказания характеризуют степень (уровень) осознанности личностью необходимости поведения, адекватного ожиданиям – требованиям общества, удовлетворенности новыми социальными ролями, желание добиться осуществления намеченных планов и выражаются в позитивном отношении к трудовому коллективу, отдельным его членам, семье и др. Указанные критерии можно ис-

пользовать для определения уровня протекания социальной адаптации, выявления обстоятельств, тормозящих или, наоборот, благоприятно влияющих на нее.

Однако, как верно отмечал Б. С. Никифоров, «протекание социальной адаптации зависит от множества факторов. В том числе и негативных, которые мешают бывшему осужденному адаптироваться в обществе».

К негативным факторам можно отнести проблемы с жильем, отсутствие регистрации, отсутствие мотивации к труду и учебе, материальная необеспеченность и т. д.

И здесь целесообразно будет государству вмешаться в решение проблем осужденных и оказание им помощи.

Органы социальной защиты населения

- могут оказать материальную помощь в виде одежды.
- в органах социальной защиты населения лицу, освободившемуся из мест лишения свободы, могут предложить разовую денежную помощь в размере 500 рублей.

Но здесь есть проблема: чтобы получить материальную помощь в размере 500 руб., необходимо собрать справки, обойдя разные структуры и отстояв в очередях, а это делает материальную помощь в большинстве случаев практически недоступной для бывших осужденных в связи со спецификой их менталитета, а также из-за частых случаев отсутствия основных документов. Даже при наличии документов и желании стоять в очередях чаще всего у них отсутствует справка из жилищной конторы в связи с задолженностью по коммунальным платежам. Сотрудники ЖЭКов отказываются выдавать такие справки, если имеется долг по квартплате.

- специалисты органов социальной защиты могут дать консультацию по оплате коммунальных услуг (например, для пересчета долга по коммунальным платежам), по сохранению жилья;
- при отсутствии у освободившегося жилья, документов, социальная защита может предложить временное пребывание (от месяца до полугода) в центрах социальной адаптации для граждан в трудной жизненной ситуации, если таковые центры имеются в регионе.

Стоит отметить, что на сегодняшний день в стране фактически нет специальных органов и служб, целенаправленно занимающихся трудовым и бытовым устройством лиц, отбывших наказание в местах лишения свободы. А это будет являться необходимым, т. к. соответствует международно-правовым документам по вопросам обращения с заключенными и должным образом влияет на процесс их социальной адаптации после отбытия наказания.

На сегодняшний день ресоциализация осужденных как социально-правовая категория необходима, она приобретает в мире актуальный характер, становясь критерием оценки цивилизованности страны.

Поэтому особую актуальность приобретает принятие закона о социальной адаптации лиц, отбывших уголовное наказание, который, с одной стороны, компенсировал бы отставание лиц, освобожденных из мест лишения свободы, от остальной части населения, с другой – создавал бы реальные механизмы содействия этим лицам в адаптации по месту жительства.

В частности, прокуратура Владимирской области в 2010 г. разработала проект областного закона «О социальной адаптации лиц, освобожденных из мест лишения свободы».

Как сообщили в пресс-службе областной прокуратуры, по итогам прошлого года на территории региона отмечена тенденция сокращения общего количества зарегистрированных преступлений на 3,5 %. Однако растет количество преступлений, совершенных ранее судимыми лицами. Одной из главных причин роста рецидивной преступности является неэффективность мер социальной адаптации лиц, освобожденных из мест лишения свободы. Отсутствие работы, жилья, денежных средств на первоочередные нужды – бытовое обустройство, оформление документов – являются существенными факторами совершения ими повторных преступлений.

Необходимо создание центров реабилитации, которые должны включать социально-психологическую, наркологическую службы, а также службы оказания помощи в трудоустройстве и во временном проживании в данном, центре, причем необходимо определить время нахождения в данном центре. Срок пребывания будет зависеть от двух условий, а именно, поведения лица и желания начать нормальный образ жизни.

К примеру, в 2010 г. в ФКУ ИК-7 УФСИН по Владимирской области открылся центр социальной адаптации. С осужденными, готовящимися к освобождению, работают воспитатели, психологи и социальные работники, а условия в центре максимально приближены к домашним.

Необходимо отметить, что Концепция развития уголовно-исполнительной системы до 2020 г. предусматривает «обеспечение постпенитенциарной адаптации осужденных, предотвращение рецидива преступлений предполагает разработку системы следующих мер по подготовке осужденного к освобождению из мест лишения свободы, а именно:

- предоставление для лиц, заканчивающих отбывание длительных сроков лишения свободы, возможности прохождения специального тренинга, включающего широкую информацию об изменениях в обществе, новых формах социальной жизни, а для некоторых категорий осужденных — предоставление возможности перевода в колонию-поселение с разрешением кратковременных выездов к месту предполагаемого жительства;
- создание условий для подготовки освобождающихся лиц к дальнейшей постпенитенциарной адаптации через службу пробации, создание которой предусматривается Концепцией долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года, утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-р»¹.

Таким образом, наказание в виде лишения свободы подразумевает под собой изменение правового статуса гражданина, утрату социально полезных связей. Поэтому исправительные учреждения должны способствовать социаль-

¹ Концепция развития уголовно-исполнительной системы Российской Федерации до 2020 года [Электронный ресурс]: Распоряжение Правительства РФ от 14 октября 2010 г. № 1 772-р // СПС «Гарант».

ной адаптации бывшего осужденного, а именно проводить комплекс профилактических мер как во время отбывания наказания, так и после.

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ И ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ОТСТАВАНИЯ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНЕГО В ПСИХИЧЕСКОМ РАЗВИТИИ, НЕ СВЯЗАННОМ С ПСИХИЧЕСКИМ РАССТРОЙСТВОМ

*Пермикин Д. В.,
студент юридического факультета КемГУ*

Проблема преступности несовершеннолетних на сегодняшний день особенно актуальна. Об этом свидетельствуют научные публикации, интерес к данной теме на научно-практических конференциях и, конечно, возрастающий процент преступлений, совершаемых несовершеннолетними по отношению к общей преступности.

Несовершеннолетние – это самая уязвимая часть общества, которую характеризуют такие признаки, как неустоявшаяся психика и не сформированная до конца система ценностей¹. Проблема преступности несовершеннолетних определённым образом связана с проблемой их психического здоровья².

Психическое развитие несовершеннолетних происходит неравномерно, поэтому в следственной и судебной практике приходится сталкиваться с ситуацией, когда достижение несовершеннолетним определённого возраста не означает достижения им того уровня развития, который соответствует этому возрасту.

Именно поэтому законодатель создал в ч. 3 ст. 20 УК РФ. Данная норма, с одной стороны, является безусловным шагом вперёд, поскольку она развивает принцип гуманизма и предоставляет дополнительные гарантии несовершеннолетним. С другой стороны, указанная норма породила ряд теоретических и практических проблем, которые и являются предметом данного исследования. Сложность вопроса заключается в том, что ч. 3. ст. 20 УК имеет важное значение не только для уголовного права, но и для уголовного процесса, юридической психологии и судебной психиатрии.

Практические работники иногда сталкиваются с необходимостью анализа ч. 3. ст. 20 УК РФ и признаются в трудности отграничения указанной категории от ограниченно вменяемых и невменяемых. По данным Душкина Е. О. и Плешакова А. М., 40 % опрошенных следователей и судей указали на то, что речь здесь идёт об ограниченно вменяемых лицах, т. е. о тех, кто указан в ст. 22 УК РФ, 30 % указали на то, что речь идёт о невменяемых³. То есть, как видим, до

¹ Простяков В. В. Психолого-педагогические причины и условия, влияющие на формирование девиантного поведения несовершеннолетних // Юридическая психология. 2011. № 1. С.24.

² Марковичева Е. В. Использование судебно-психологических и комплексных судебных психолого-психиатрических экспертиз в доказывании по уголовным делам в отношении несовершеннолетних // Юридическая психология. 2008. № 2. С.31.

³ Душкина Е. О. Плешаков А. М. Отставание в психическом развитии несовершеннолетнего как основание исключения уголовной ответственности. Монография. М. 2008. С. 133.

настоящего времени не сложилось единообразного и однозначного понимания ч. 3 ст. 20 УК РФ.

Для того чтобы понять данную норму, раскрыть её социально-правовую природу, необходимо проанализировать её содержание. Во-первых, под психическим развитием следует понимать качественные изменения в психике, которые определяют созревание мозговых структур и формирование функциональных систем¹. Во-вторых, следует выявить юридический и медицинский критерии отставания психического развития, не связанного с психическим расстройством.

Суть главной теоретической проблемы состоит в определении научного названия нормы. Так, в науке уголовного права принято именовать содержание ч. 3. ст. 20 УК РФ «возрастной невменяемостью». В большинстве случаев подчёркивается условность данного определения². Однако популярность в науке определения совсем не говорит о его правильности. Попытки связать возраст и невменяемость в одно целое неверны по существу, поскольку разрушают логику уголовного закона. Ведь при задержке в психическом развитии фиксируется недостаточность развития интеллекта и воли, а при невменяемости – порок интеллекта и воли. Разница между пороком и недостаточностью развития должна быть очевидной (по медицинскому критерию). Выделение «возрастной невменяемости» способно лишь привести к размыванию границ традиционного понимания данной правовой категории и может лишить её четкости и определённости, обусловленной медицинским критерием.

Более правильным, на мой взгляд, хотя и не таким распространённым является определение «возрастной незрелости» (если произвести запрос в поисково-информационной системе «гугл», то на «возрастную невменяемость» выдаётся ссылок примерно на 1/3 больше, чем на «возрастную незрелость»). В своём дословном понимании «возрастная незрелость» означает отсутствие социально-психологической зрелости в силу фактического недостижения установленного возрастного порога. Вменяемость в данном случае презюмируется, поскольку иное не оговорено в законе. Следует согласиться с профессором Г. В. Назаренко, который считает, что введение в научный оборот категории «возрастная незрелость» дает возможность использовать в одном ряду «возрастная незрелость» и «подростки, отставшие в возрастном развитии», что избавит от необходимости обозначать юридически значимые психические состояния несовершеннолетних и носителей соответствующих состояний громоздкими описательными конструкциями³.

Также хочется выступить с критикой попыток введения в УК РФ термина «психический инфантилизм». Данный термин обозначает относительно равномерную задержку темпа психического и физического развития человека. Психический инфантилизм – незрелость личности с преимущественным отставанием в развитии эмоционально-волевой сферы и сохранением детских качеств

¹ Там же. С.76

² Коробеев А. И. Полный курс уголовного права. СПб. 2008. С. 395.

³ <http://ibrain.kz/mod/book/view.php?id=225&chapterid=1644>. 10 октября 2011 г.

личности¹. Надо полагать, что введение вышеуказанного термина, который в большей степени относится к психологии, ещё более усугубит у правоприменителя непонимание ч. 3. ст. 20 УК РФ.

Наибольшее возмущение в литературе вызывает нарушение принципов равенства и справедливости. Если сравнить ст. 22 и ч. 3. ст. 20 УК РФ, то получается, что лицо, неспособное в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими вследствие отставания в психическом развитии, не связанном с психическим расстройством, не подлежит уголовной ответственности, а лицо, обнаруживающее те же самые признаки, но страдающее каким-либо психическим расстройством, подлежит уголовной ответственности и наказанию. Психическое расстройство и отставание в психическом развитии не выбирают. Они либо есть, либо их нет. Несправедливость здесь очевидна.

Что касается размещения нормы законодателя об отставании в психическом развитии несовершеннолетних, не связанном с психическим расстройством, то помещение её именно в ч. 3 ст. 20 УК РФ вызывает нарушение законодательной логики и юридической техники. Не совсем понятно, почему в ч. 3 ст. 20 УК РФ упоминается «несовершеннолетний». Для устранения противоречий предлагается два варианта: 1) опустить понятие «несовершеннолетний», потому что ясно, что в ч. 3 ст. 20 УК РФ речь идёт о несовершеннолетнем («достиг возраста, предусмотренного частями первой или второй»); 2) либо можно перенести ч. 3. ст. 20 в V раздел УК РФ, специально посвященный уголовной ответственности несовершеннолетних. Назвать статью можно «возрастная незрелость» и тем самым окончательно решить теоретический спор о научном определении лиц, отстающих в психическом развитии, не связанном с психическим расстройством. Даже на слух «возрастная незрелость» будет лучше восприниматься правоприменителем, чем «лица, отстающие в психическом развитии, не связанным с психическим расстройством», не говоря уже о лаконичности термина.

В свете сказанного хочется ещё раз обратить внимание на несостоятельность конструкции ч. 3 ст. 20 УК РФ, её расположения в общей части УК РФ. Для решения вышеуказанных противоречий предлагается ч. 3. ст. 20 УК РФ представить в следующем варианте: «если вменяемое лицо достигло возраста, предусмотренного частями первой или второй настоящей статьи, но вследствие отставания в психическом развитии, не связанном с психическим расстройством, во время совершения общественно опасного деяния не могло в полной мере осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) либо руководить ими, оно не подлежит уголовной ответственности».

Указание на вменяемость устраняет противоречие со ст. 21 и 22 УК РФ.

В рамках УК РФ необходимо регламентировать вопрос о возможности/невозможности назначения несовершеннолетним, имеющим отставание в психическом развитии, не связанное с психическим расстройством, принуди-

¹ http://ncpz.ru/book_show.php?booknumber=36&article_id=30. 10 октября 2011 г.

тельных мер воспитательного воздействия/принудительных мер медицинского характера. Для этого необходимо согласование таких норм, как ч. 2 ст. 87 УК РФ, п. «б» ч. 2 ст. 90 УК РФ и 3-й абз. п. 4 ст. 15 ФЗ «Об основных гарантиях прав ребёнка в РФ».

По данным медицинской статистики, количество детей с отставанием в психическом развитии неуклонно растёт и ежегодно составляет около ста тысяч. Наметилась тенденция к безусловному росту умственной деградации у современных детей. По данным криминологических исследований, в современный период примерно каждый восьмой подросток, совершивший общественно-опасное деяние, имеет достаточно выраженные психические отклонения в нервно-психическом состоянии¹. Думается, что в ближайшем будущем судебно-следственная практика всё чаще будет сталкиваться с ситуациями совершения общественно опасных деяний со стороны несовершеннолетних с отставанием в психическом развитии.

АЛЬТЕРНАТИВНЫЕ УГОЛОВНЫЕ САНКЦИИ

*Петрович Владимир,
докторант юридического факультета Крагуевацкогo университета
(Республика Сербия).*

Сегодня принята точка зрения, в соответствии с которой наказание в виде тюремного заключения должно назначаться исключительно лицам, учинившим тяжкие уголовные деяния, и лишь тогда, когда это необходимо для защиты общества; во всех остальных случаях следует обращаться к применению альтернативных уголовных санкций. Подобные представления основываются на знаниях о негативных эффектах тюремного заключения, о современной динамике преступности, а также на правовых директивах международного сообщества. На протяжении последних двадцати лет в уголовном законодательстве многих европейских стран предпринимаются попытки посредством альтернативных уголовных санкций предупредить негативные правовые последствия тюремного заключения и сократить высокие расходы на содержание учреждений, исполняющих меры, связанные с лишением свободы. Наказания, связанные с изоляцией от общества, имеют две стороны. Почти все заключённые вновь обретают свободу, при этом многих из них условия изоляции делают более опасными для общества, нежели они были на момент отправки в тюрьму.

Основная цель пенологической теории и практики – превращение лиц, учинивших уголовные деяния, в полезных членов общества, которые уважают общественные ценности и правовые нормы и творчески участвуют в общественной жизни. Какой будет система уголовных санкций – зависит от многочисленных факторов, в том числе от господствующих общественных отноше-

¹ Душкина Е. О., Плешаков А. М. Отставание в психическом развитии несовершеннолетнего как основание исключения уголовной ответственности: Монография. М. 2008. С. 180.

ний, от уровня, динамики и структуры преступности, уголовной политики, степени демократического развития и демократических традиций и т. д. В соответствии с этим, наша принципиальная позиция заключается в том, что альтернативные уголовные санкции могут предусматриваться исключительно в целях улучшения существующей системы уголовных санкций, а не ради радикального её изменения. Введение альтернативных уголовных санкций должно осуществляться на основе результатов рационального переосмысления всего уголовного законодательства, с учётом иностранного опыта и общественного мнения о приемлемости таких санкций. В данной работе мы остановимся лишь на определении понятия альтернативных уголовных санкций и на анализе таких значимых их видов, как домашний арест и электронный надзор. В последней части работы будет указано на достоинства и недостатки нынешнего регулирования альтернативных уголовных санкций.

Понятие альтернативных уголовных санкций. Альтернативные уголовные санкции ещё в недостаточной мере исследованы и апробированы, вследствие чего говорить об их эффективности и уголовно-политических перспективах пока преждевременно. На сегодняшний день остаются невыясненными многие важные вопросы, касающиеся прежде всего самого их понятия (которое ясно и точно не определено), количества и юридической природы (представляют ли они замену тюремного заключения или особый порядок его исполнения). На протяжении последних лет многие современные государства предусматривают соответствующие альтернативные уголовные санкции, призванные сократить применение тюремного заключения и избежать его негативных эффектов, как в плане ресоциализации, так и в плане защиты общества от преступности. Ещё в 1960-е годы Совет Европы через свои специализированные организации обращал внимание на вредные последствия наказания в виде тюремного заключения, на переполненность тюрем, а также на иные криминологические и социально-экономические критерии пересмотра тюремного заключения¹.

Единое определение понятия альтернативных уголовных санкций редко встречается в литературе. Одни учёные считают альтернативными уголовными санкциями такие наказания, которые позволяют лицу, совершившему уголовное деяние, отбыть часть наказания в виде тюремного заключения или даже весь срок, на который оно осуждено, за пределами учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы. Другие полагают, что альтернативными являются такие уголовные санкции, которые исключают возможность назначения преступнику тюремного заключения и тем самым позволяют избежать негативных эффектов лишения свободы при условии, что суд сочтёт, что такая уголовная санкция соответствует природе и тяжести уголовного деяния, личности виновного и степени его опасности, проявившейся при учинении этого деяния².

Полагаем, что альтернативными следует считать уголовные санкции, назначаемые в тех случаях, когда суд сочтёт, что ввиду особенностей личности виновного, обстоятельств учинения деяния и иных обстоятельств с точки зре-

¹ Шепаровић З. Алтернативе казни затвора // Наша законитост. 1988. Бр. 6. С. 695.

² Игњатовић Ђ. Криминологија. Београд, 2008. С. 244.

ния как общей, так и специальной превенции целесообразнее применить какую-либо не связанную с лишением свободы санкцию, нежели тюремное заключение, которое бы было назначено при отсутствии альтернативы¹. Хотя под альтернативными уголовными санкциями чаще всего подразумевают всё то, что отступает от традиционной системы институциональной изоляции, или тюремного заключения, современные представления о таких санкциях основываются на подходе, предполагающем при определении ответственности за преступное поведение первоочередное применение мер, не связанных с задержанием, которые не должны рассматриваться как всего лишь замена тюремного заключения². По своему содержанию это новые уголовные санкции воспитательно-образовательного, медицинского, терапевтического характера, применяемые в рамках местного сообщества в целях избежания или снижения нежелательной стигматизации осуждённых и содействия процессу их реинтеграции³.

Альтернативные уголовные санкции призваны обеспечить более гуманную и успешную ресоциализацию осуждённых лиц. Применение таких санкций ограничивается заменой краткосрочного лишения свободы, которое в наибольшей степени влечёт неблагоприятные последствия пребывания в тюрьме. В этой связи назначение альтернативных уголовных санкций вместо тюремного заключения возможно лишь в случаях учинения уголовных деяний, не являющихся тяжкими (против собственности, безопасности дорожного движения и т. п.) и лишь в отношении отдельных групп учинителей: несовершеннолетних, лиц молодёжного возраста и тех, кто впервые учинил уголовное деяние⁴.

Термин *альтернативные уголовные санкции* может употребляться в двух значениях. В широком смысле, под альтернативной уголовной санкцией понимается всякая уголовная санкция, которой в определённом порядке и на условиях, предусмотренных Уголовным кодексом, заменяется наказание в виде тюремного заключения или денежного штрафа, предусмотренное за конкретное уголовное деяние в качестве единственного основного наказания⁵. В тесном смысле, под альтернативной уголовной санкцией следует понимать всякую уголовную санкцию, которой заменяется предусмотренное соответствующей нормой Особенной части Уголовного кодекса наказание в виде тюремного заключения, срок которого в подавляющем большинстве случаев является основным параметром оценки абстрактной тяжести уголовного деяния⁶.

Домашний арест и электронный надзор. Домашний арест представляет собой уголовную санкцию, применяемую на основании приговора суда к лицам, признанным виновными в совершении уголовных деяний сравнительно небольшой тяжести, таких как уголовные деяния, ставящие под угрозу безопасность на публичном транспорте, учинённые под воздействием алкоголя, и т. п.

¹ Пањевић М. Савремене алтернативе казни затвора. Крагујевац, 1999. С. 9.

² Соковић С. Алтернативне кривичне санкције и мере превенције криминалитета // Казнено законодавство и превенција криминалитета. Београд, 2008. С. 351.

³ Там же.

⁴ Мрвић Н. Алтернативе казни затвора / Н. Мрвић, Ђ. Ђорђевић // Правни живот. 1992. Бр. 7-8. С. 1131.

⁵ Шкулић М. Алтернативне кривичне санкције – појам, могућности и перспективе // Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања. Београд, 2009. С. 47.

⁶ Там же.

При решении вопроса о применении данной уголовной санкции суд, как правило, принимает во внимание: возраст и состояние здоровья обвиняемого, его социальный статус, трудоустройство, семейное положение, а также согласие обвиняемого исполнять обязанности, которое является необходимой предпосылкой назначения домашнего ареста. К обязанностям, которые могут быть возложены, относятся уплата денежного долга, возмещение ущерба, обязанность пройти определённый курс лечения и т. п. Одним из последствий неисполнения этих обязанностей является направление в тюрьму. Необходимо сказать, что для применения данной уголовной санкции требуется согласие осуждённого лица; если же осуждённый не согласится на отбывание тюремного заключения в домашних условиях, его отправляют отбывать наказание в тюрьму.

В высокоразвитых правовых государствах данная уголовная санкция является хорошей альтернативой классическому тюремному заключению, ибо её исполнение намного дешевле, что позволяет рациональнее использовать имеющиеся ресурсы, особенно в связи с переполненностью тюрем – серьёзной проблемой, с которой сталкивается не только Сербия, но и многие куда более богатые страны¹. Преимущества данной уголовной санкции следующие: избегание влияния тюремного сообщества, свободный режим, сокращение тюремного населения, сокращение расходов на содержание исправительных учреждений, меньшая степень стигматизации осуждённого, сохранение социальных связей, в особенности семейных; кроме того, осуждённый не теряет своё место работы, имеет возможность учиться и т. д.

Изначально при применении домашнего ареста контроль за осуждённым поручался добровольцам из числа его соседей, которые бы извещали службу пробации о каждой попытке осуждённого покинуть предписанное ему место. Однако удовлетворительных результатов достичь не удалось, прежде всего потому, что нужно было найти добровольцев, которые бы днём и ночью надзирали за осуждённым. Ситуация изменилась, когда вследствие развития телекоммуникационных технологий появилась возможность электронного наблюдения за исполнением обязанностей, налагаемых на осуждённого к домашнему аресту.

Под электронным надзором (*electronic monitoring, tagging*) понимается альтернативная уголовная санкция, применяемая в целях усовершенствования уголовной санкции в виде домашнего ареста путём обеспечения эффективного контроля за поведением осуждённого. Электронный надзор, как и домашний арест, применяется с добровольного согласия осуждённого. Данная санкция позволяет осуждённому проживать в своём доме, ходить на работу, посещать служащего пробации и участвовать в соответствующих программах. Уголовная санкция в виде электронного надзора часто применяется вместе с домашним арестом, и именно поэтому цель использования технических средств состоит в получении сведений о нахождении или отсутствии преступника в соответствующем месте и передаче их в службу, осуществляющую электронное наблюдение. Электронный надзор обеспечивается с помощью прикрепляемого к суставу

¹ Там же.

осуждённого сенсорного браслета, излучающего постоянный сигнал. Этот браслет через телефонную сеть связан с центральным компьютером. Если компьютер перестаёт принимать сигнал с браслета во время, когда преступник должен быть в предписанном месте, этот факт фиксируется в компьютере и поднадзорному звонят домой и проверяют, он ли ответил. Благодаря современным технологиям, эта проверка может осуществляться либо с помощью браслета (поднадзорного просят вставить браслет в специальный аппарат, прикреплённый к телефонной линии), либо с помощью голосовой или визуальной идентификации. Если обнаружится, что поднадзорное лицо отсутствует в предписанном ему месте, в компьютере фиксируется нарушение условий отбывания назначенной уголовной санкции и уполномоченный служащий проверяет место нахождения осуждённого, по результатам чего нарушитель может быть задержан.

Электронное наблюдение имеет преимущества по сравнению с наказанием в виде тюремного заключения. Прежде всего, осуждённый не помещается в тюрьму, что позволяет избежать негативного влияния тюремной среды. Далее, осуждённый не покидает свою социальную среду, не теряет друзей и семью, существенно не меняет образ жизни. Одним из главных аргументов против данной уголовной санкции является её дороговизна. Однако постоянное развитие компьютерных и телекоммуникационных технологий и массовое серийное производство позволят снизить цены на соответствующее оборудование. Кроме того, уголовные санкции в виде домашнего ареста и электронного надзора критикуются за то, что не являются наказаниями, так как проживание дома для многих людей не является чем-то неприятным, а потому отсутствует какой бы то ни было ресоциализационный режим. Наконец, ставится под сомнение моральная оправданность превращения домов в тюрьмы, что, по мнению некоторых, грубо нарушает неприкосновенность частной жизни; в частности, ставится вопрос, как при этом должны себя чувствовать члены семьи осуждённого. Подобная критика опровергается тем фактом, что указанные уголовные санкции основываются на принципе добровольности, т. е. на согласии преступника. Основные проблемы связаны с несовершенством технических средств электронного наблюдения, однако они вполне преодолимы в ходе дальнейшего развития науки и техники. С появлением новых идей относительно применения электронного надзора появляется возможность использования новых технических средств. Так, уже давно обсуждается использование спутников для слежения за поднадзорными лицами и определения их точного местонахождения в данный момент¹.

Оправданность норм об альтернативных уголовных санкциях. С того самого момента, как появились идеи о сокращении применения тюремного заключения и введении в уголовное законодательство альтернативных санкций, говорится как о преимуществах, так и о недостатках этих альтернатив, в том числе о проблемах, возникающих в процессе их узаконения и исполнения.

¹ Пањевић М. Оp. cit., с. 113.

Прежде всего, говоря об альтернативах тюремному заключению, следует иметь в виду, что речь идёт об уголовных санкциях, чьё применение находится в компетенции суда, а потому необходимы гарантии справедливого наказания, равенства перед законом и защиты от возможных злоупотреблений. В качестве аргументов в пользу альтернативных санкций часто называются их гуманный характер и решение проблемы переполненности тюрем, позволяющее более адекватно обеспечивать режим (чему, как известно, препятствует большая численность заключённых)¹. Кроме того, осуждённый остаётся в своей среде, сохраняет место работы; обязанности, налагаемые на него, могут адаптироваться с учётом тяжести уголовного деяния и личности виновного, а сама альтернативная уголовная санкция не зависит от его материального положения. Экономичность альтернативных уголовных санкций по сравнению с тюремным заключением также является их существенным преимуществом.

Вместе с тем следует сказать, что от альтернативных уголовных санкций ожидалось слишком много: сокращение тюремного населения, сокращение общественных расходов на уголовно-исполнительную систему, содействие социальной реинтеграции преступника и сокращение рецидива². Одним из серьёзных аргументов против альтернативных уголовных санкций является их неэффективность в деле защиты общества от преступности. Ожидание того, что альтернативные уголовные санкции заменят классическое тюремное заключение, не оправдалось. Напротив, ввиду роста особо опасных форм преступности всё чаще назначается тюремное заключение. Альтернативные уголовные санкции критикуются и за то, что они всё же в определённой мере стигматизируют учинителя уголовного деяния, хотя предусмотрены именно для того, чтобы избежать клеймения правонарушителя, с чем неизбежно связано тюремное заключение. Однако данное возражение мы считаем неоправданным: достаточно сопоставить, какие последствия для общественной и семейной жизни влечёт тюремное заключение, и какие – альтернативные уголовные санкции. Следует также отметить, что практически все альтернативные уголовные санкции, в случае неисполнения осуждённым возложенных на него обязанностей, заменяются тюремным заключением. Важнейшими при применении альтернативных уголовных санкций следует считать проблемы фискально-технического характера. Речь идёт, в частности, о недостатке финансовых средств, соответствующих кадров, помещений и информационных систем для успешного исполнения этих уголовных санкций и достижения поставленных перед ними целей.

С учётом всего сказанного становится ясно, что альтернативными уголовными санкциями не удастся полностью заменить наказание в виде тюремного заключения, хотя их многочисленные преимущества по сравнению с последним будут способствовать всё более широкому их применению. Альтернативные уголовные санкции надлежит предусматривать лишь постольку, поскольку они могут вписаться в существующую систему уголовных санкций, обеспечивая её гуманизацию и совершенствование.

¹ Радуловић Д. Альтернативе краткотрајној казни затвора. Подгорица, 2009. С. 64.

² Игњатовић Ђ. Савремени облици замене казне затвора // Правни живот. 1996. Бр. 9. С. 427.

Альтернативные уголовные санкции занимают весьма значительное место в системе уголовных санкций современных правовых государств. В случаях совершения нетяжких уголовных деяний тюремное заключение не является адекватной санкцией, поскольку даже самое непродолжительное пребывание в тюрьме может оставить негативные последствия; поэтому всегда лучше (разумеется, при наличии законных оснований) в подобных случаях назначить альтернативную уголовную санкцию. При применении уголовных санкций, связанных с изоляцией от общества, правонарушители сталкиваются с реальными проблемами в семейной и профессиональной сферах, а также с существенными вызовами и искушениями криминальной среды, подталкивающей их к совершению новых уголовных деяний. Исполнение альтернативных уголовных санкций связано со значительно меньшей степенью стигматизации. После исполнения альтернативных уголовных санкций не возникает проблем с реинтеграцией в семейную и общественную жизнь (по крайней мере, они не идут ни в какое сравнение с трудностями реинтеграции, обычно имеющимися после отбытия наказания в виде тюремного заключения).

Думается, что тюремное заключение останется доминирующей уголовной санкцией в обеспечении задач и целей уголовного права и уголовной политики, особенно в отношении наиболее опасных преступников, чья изоляция от общества необходима. Однако по мере возможности необходимо отдавать предпочтение тем или иным альтернативным уголовным санкциям.

СМЕРТНАЯ КАЗНЬ: БЫТЬ ИЛИ НЕ БЫТЬ?

*Тищенко Е. А.,
студентка юридического факультета
Сумского государственного университета (Украина)*

Конституция каждой страны является основополагающим началом реализации личностных прав и свобод человека и гражданина. Статья 20 Конституции Российской Федерации (далее РФ) гласит: «Каждый имеет право на жизнь. Смертная казнь впредь до ее отмены может устанавливаться федеральным законом в качестве исключительной меры наказания за особо тяжкие преступления против жизни при предоставлении обвиняемому права на рассмотрение его дела судом с участием присяжных заседателей».¹ Статья 27 Конституции Украины провозглашает: «Каждый человек имеет право на неотъемлемое право на жизнь. Никто не может быть лишен жизни. Обязанность государства – защищать жизнь человека».² Согласно п. 5 ст. 12 Уголовного Кодекса Украины (далее УК Украины): «особо тяжким преступлением является преступление, за ко-

¹ Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. (с учетом поправок, внесенных законами Российской Федерации о поправках к Конституции Российской Федерации от 30 декабря 2008 г. № 6-ФКЗ и от 30 декабря 2008 г. № 7-ФКЗ). URL: <http://www.constitution.ru/10003000/10003000-4.htm> (дата обращения: 30.03.2012).

² Конституция Украины: Основной Закон Украины от 28.06.1996 г. № 254к/96-ВР// Ведомости Верховной Рады Украины. 1996. № 30. С. 46.

торое предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок более 10 лет или пожизненное лишение свободы».¹

В настоящее время 78 стран и территориальных формирований мира сохранили и продолжают применять смертную казнь. Среди них – США, КНР, Япония, Египет и другие государства. Так, например, США – одно из немногих государств, где смертная казнь носит действительно легитимный характер. Смертная казнь в США применяется как высшая мера наказания более чем в половине штатов. Основными видами казни являются казнь на электрическом стуле и ввод смертельной инъекции, причем электрический стул понемногу заменяется вторым способом: во всех тюрьмах действующие стулья старые, и нередко после первого удара током осужденный остается жив, из-за чего требуется повторный разряд. Повешение и расстрел хотя и значатся в законах трех штатов, но в настоящее время вовсе вышли из употребления.²

В последнее время ведутся весьма активные споры вокруг проблемы применения смертной казни. Не случайно в такой переломный момент развития русского и украинского общества обострились дебаты именно вокруг социально-правовой и международно-правовой проблемы смертной казни, вновь разгорелась дискуссия по поводу ее отмены. Если подойти к проблеме смертной казни исторически, то возможно в каждой эпохе, измеряемой десятилетиями, а порой и столетиями, проследить, как поднималась дискуссия вокруг проблемы подобного вида наказания. Неизменно существовали противники и сторонники смертной казни. Для Украины этот вопрос является чрезвычайно актуальным, что также связано с совершением ряда особенно жестоких преступлений, которые вызвали значительный общественный резонанс. Одним из таких преступлений является зверское изнасилование в Николаеве в марте 2012 г., после которого трое преступников попытались сжечь еще живую девушку, а также преступление в Крыму, где жертву скормили псам. Жители этих, а также других регионов Украины активно выступили за введение высшей меры наказания – смертной казни. Парламентская фракция Коммунистической партии Украины даже предлагала вынести на рассмотрение в Верховной Раде Украины законопроект о введении смертной казни, однако это оказалось не возможным на данном этапе развития государства.

В Российской правовой науке XIX – начала XX вв. к сторонникам течения за отказ от применения смертной казни можно отнести академика Н. С. Таганцева, русского идеолога Бердяева Н. А., философа и публициста Соловьева В. С., Кистяковского А. Ф., а также других ученых. Современные противники смертной казни, такие как Клигман А., Черниковский З. М., Братусь Б. С., Кудрявцев И. А., академик Сахаров А. Д., Карпец И. И. и другие основывают свою позицию на том, что смертная казнь в принципе противна самой человеческой природе, социальной сущности человека именно потому, что она, оправдывая целесообразностью лишение государством человека жизни, в итоге ожесточает

¹ Научно-практический комментарий Уголовного кодекса Украины. 3-е изд., и доп. / Под ред. М.И. Мельника, М.И. Хавронюка. К.: Атака, 2003. С. 89-90.

² Об отношении к смертной казни в США. // Борьба с преступностью за рубежом. 1991. № 1. С. 54-57.

нравы человеческого общества. Ученые делают вывод о том, что институт смертной казни вымирает, но до полного вымирания еще далеко.¹

Современные сторонники смертной казни, такие как Квашиш В. Е., Безуглов А. А., поддерживают применение этого вида наказания, рассматривая его не только как правовое ограничение, но и как физическое уничтожение преступника, которое гарантирует обществу полную безопасность от подобного деяния этого лица. Черниловский З. М. считает, что смертная казнь в современный хаотичный период как правовое ограничение является необходимой. Она нужна и потому, что другие сдерживающие элементы социальной регуляции еще не доказали своей эффективности.

Смертная казнь в определенном смысле может восприниматься как акт гуманизма по отношению к преступнику, осужденному на пожизненное заключение. Украинский политолог Дмитрий Выдрин высказал мнение о том что, возможно, смертную казнь стоило бы вернуть в украинское и русское правоприменительное поле: «Я как человек, любящий свободу, выступаю за смертную казнь, потому что считаю, что пожизненное заключение – это пожизненное мучение. Смертная казнь способна и общество избавить от людей, наподобие тех, что совершили преступление в Николаеве, как и самих людей – от пожизненного мучения. Но это мое личное субъективное желание, и я понимаю, что оно малореализуемо, потому как у страны есть обязательства перед Европой, которые оно не станет нарушать», – рассказал политолог.²

Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций в 2008 г., продемонстрировала всемирную тенденцию, призвав к отмене смертной казни. Европейский союз (далее ЕС) также против этой формы наказания, и все 27 стран-членов ЕС от нее отказались.

Украина отказалась от применения смертной казни 12 лет назад, и едва ли использовала ее в течении несколько последних лет перед запретом. Даже если бы пожизненное заключение было действительно пожизненным, нельзя быть уверенными в его равноценности преступлению. Отнимая свободу у человека, отнявшего жизнь, кто-то позволяет себе судить о ценности жизни и свободы и уравнивать эти понятия. Осудив убийцу на тюремное заключение, нельзя быть уверенным в абсолютной достаточности или недостаточности наказания. Смерть для убийцы, напротив – наказание, точно соответствующее преступлению. Общество взяло из древности много хорошего – например, демократию и понятие брака. При этом простой и справедливый принцип «око за око» мы почему-то настойчиво отвергаем. Вместо того, чтобы применять его и улучшать – например, учитывая обстоятельства убийства. Отчаявшуюся женщину, которая убивает издевавшегося над ней мужа, нельзя судить по тем же меркам, что изверга-маньяка, но убийц последнего типа хватает как в РФ так и в Украине.³

¹ Кистяковский А. Ф. Исследование о смертной казни. Москва. 1896. С. 69.

² Руденко О. Смертная казнь – точное и справедливое наказания за убийство. М., 2010. URL: <http://www.rosbalt.ru/ukraina/2012/03/20/959398.html> (дата обращения: 02.04.2012).

³ Кудрявцев В. Н. Мы за гуманизацию уголовного наказания // Эхо планеты. 1988. № 17. С. 32.

Довольно длительный период обсуждается и экономическая сторона вопроса. Некоторые приверженцы смертной казни полагают, что «ликвидировать, убить осужденного дешевле, чем содержать его». Но вряд ли правильным будет полагать при этом, что решающим фактором должна выступать именно цена вопроса. Несправедливо усугублять страдания семьи убитого человека осознанием того, что и они также, уплачивая налоги, отчасти обеспечивают ежедневный обед убийцы. С другой стороны, возникает еще один дискуссионный вопрос, который касается безоговорочного доверия к судьям, отправляющим человека на смертную казнь. Следует отметить необходимость в дальнейшем совершенствовании порядка отбора судебных кадров, а также в целом реформировании судебной системы.

В перспективе смертная казнь может появиться в украинском законодательстве, как точное и справедливое наказание за убийство при отягчающих обстоятельствах. Если взглянуть на правовую реальность, то пожизненное заключение чаще всего трансформируется для тихих и смиренных за решеткой серийных маньяков в 25 лет отбывания наказания, поскольку они имеют возможность быть освобожденными условно-досрочно, что предусмотрено положениями ст. 81 УК Украины. По истечению данного срока такие лица снова выходят на свободу и начинают «мстить миру» за прежние обиды.

По результатам проведенного Фондом общественного мнения РФ опроса, респонденты предложили использовать высшую меру наказания за преступления сексуального характера против подростков (72 %), убийства (64 %), терроризм (54 %), незаконный оборот наркотиков (28 %) и измена (12 %). Однако, были и те, кто предложил использовать смертную казнь за шпионаж, осквернения мест отправления религиозных обрядов, взяточничество, воровство, грабеж и разбой. Между тем, 21 процент опрошенных убеждены, что Россия должна сохранить мораторий, который был введен в 1996 г. Еще 5 процентов россиян ответили в поддержку полной отмене смертной казни в стране.¹

Цивилизованные страны выступают за полную отмену смертной казни, аргументируя эту позицию следующим: право на жизнь является безусловным и неотъемлемым. В современном мире это право гарантирует и оберегает как Всеобщая декларация прав человека, так и Конституции демократических стран (Украины и РФ). Смертная казнь, как мера наказания, это право нарушает, что зачастую высмеивается приверженцами применения смертной казни. Стоит также принимать во внимание возможность совершения судебных ошибок. Так, например, в 1983 г. расстреляли 29-летнего Александра Кравченко за преступление, совершенное известным серийным маньяком Андреем Чикатило. Самого Чикатило казнили в 1994 г. Более того, существуют факты, что Кравченко был не единственным расстрелянным за дела Чикатило. Будь смертная казнь разрешена в Украине сейчас, мертв был бы и Максим Дмитренко, который восемь лет провел за решеткой вместо настоящего преступника. И даже, несмотря на то, что Сергей Ткач более года назад сам признался в содеянном,

¹ Вяткин Вл. Смертная казнь: россияне хотят возвращения смертной казни. 2011. URL: <http://pressano.com/politika.html> (дата обращения: 02.04.2012).

что было подтверждено следствием и судебным решением, Дмитренко долгое время оставался в камере. Только 13 марта 2012 г. Высший Суд Украины признал Дмитренко невиновным, а освободили его более чем через неделю – 22 марта 2012 г.¹

Сейчас в Украине пожизненное заключение отбывают 1757 человек. На содержание одного заключенного выделяется, как минимум – 14 гривен в день (питание, обслуживание, зарплата персонала). В год на одного такого заключенного расходуется 5110 гривен, на содержание всех пожизненно заключенных – 8978270 гривен.²

Необходимо выделить перспективы разрешения вопроса применения смертной казни в Украине. Возможно, больше внимания следует уделить действию существующих законов, или взять во внимание опыт американских коллег в вопросе назначения наказания путем сложения сроков за каждое из совершенных преступлений.

Моралисты полагают, что смертная казнь устанавливает в обществе упрочняющую его симметрию: ты убил, тебя казнят. Однако это противоречит самой цели наказания, которая заключается в том, чтобы не только наказать, но и оказать корректирующее влияние на осужденного с целью предупреждения совершения новых преступлений. Практики высказывают мнения, что смертная казнь сдерживает уголовное сообщество и террористов от кровавых деяний. Но отмена смертной казни в странах ЕС к росту особо тяжких уголовных преступлений не привела, а террористов-смертников смерть и вовсе не пугает. а до заказчиков террористических актов еще никто не дотянулся. А вот режим содержания пожизненно заключенных – это пожизненная мука, возмездие, сопоставимое с быстрой смертью от руки палача.

Подводя итоги рассмотренной проблемы необходимо выделить такие аргументы «за» применение смертной казни:

1. Смертная казнь есть справедливое возмездие, является нравственным деянием, поскольку применяется в качестве наказания за убийство.

2. Смертная казнь, хотя, быть может, и несправедлива по отношению к тому, к кому она применяется, тем не менее, оправдана, и своим устрашающим воздействием предотвращает совершение таких же преступлений другими лицами.

3. Смертная казнь приносит благо обществу тем, что освобождает его от особо опасных преступников.

4. Смертная казнь может быть оправдана гуманными соображениями по отношению к самому преступнику, ибо пожизненное, тяжелое заключение в одиночной камере хуже, чем мгновенная смерть.

5. Смертная казнь есть простой и дешевый способ «избавиться» от преступника.

Необходимо отметить и аргументы «против» применения смертной казни:

¹ Руденко О. Смертная казнь – точное и справедливое наказания за убийство. М., 2010. URL: <http://www.rosbalt.ru/ukraina/2012/03/20/959398.html> (дата обращения: 02.04.2012).

² Там же.

1. Смертная казнь оказывает нравственно развращающее воздействие на общество непосредственно через людей, причастных к ней, косвенно тем, что в обществе самим фактом наличия смертной казни утверждается мысль, будто убийство в определенных случаях может быть допустимым и справедливым.

2. Смертная казнь является антиправовым актом, что проявляется в действии в праве принципа восстановления наказания. Данный принцип позволяет до некоторой степени делать обратимыми ситуации, в случае совершения судебной ошибки. Применительно к смертной казни этот принцип нарушается, поскольку невозможно вернуть к жизни убитого человека, не возможно, компенсировать ему нанесенный юридической ошибкой вред.

3. Смертная казнь нарушает пределы компетенции человека. Человек не властен над жизнью. Жизнь является условием человеческих деяний и должна оставаться их пределом. Кроме того, человек не может, безусловно, судить о виновности и об абсолютной неисправимости преступника.

4. Смертная казнь является покушением на коренной нравственный принцип самоценности человеческой личности.

Очевидно, что дискуссии относительно применения смертной казни будут продолжаться, несмотря на то, что это вопрос урегулирован на уровне действующего законодательства как Украины, так и РФ. Однако как сторонники, так и противники применения смертной казни совпадают в одном мнении — преступники должны быть наказаны, и их по-прежнему будут наказывать так, как это предписывает закон.

ЭВТАНАЗИЯ. РАЗРЕШЕНИЕ УБИЙСТВА

*Засухин В. О.,
студент юридического факультета КемГУ*

В обществе постоянно ведутся дискуссии на тему эвтаназии (причём в такой последовательности задаются вопросы):

- разрешить и урегулировать эвтаназию или продолжать запрещать, распространяя генеральный запрет на причинение смерти?
- нравственна ли она?
- что же это такое, наконец?

Попробуем ответить на данные вопросы в их логической последовательности.

Эвтаназия – это (по общему представлению) причинение смерти человеку, который физически страдает и которому нельзя оказать медицинскую помощь, проводимое из гуманных побуждений.

К эвтаназии также традиционно относят причинение смерти лицу, находящемуся в коме или не в коме, но с умершими мозговыми клетками. Их статус отличается от общего, потому следует к нему обратиться отдельно.

Возникают *проблемные вопросы*:

- кто может определять, страдает ли человек;

- кто может определить невозможность оказания медицинской помощи;
- кто может осуществить эвтаназию;
- кто при наличии всех оснований возможности осуществления может дать согласие-разрешение на осуществление эвтаназии;
- стоит ли расширить данное понятие, включив туда не только физические страдания.

Считаю, что *страдания и возможность помощи* на момент разрешения на конкретный акт должны определяться из действующего уровня медицины медицинским работником. Об этом должны выдаваться соответствующие справки. Мне могут возразить, что я принуждаю страдающего человека бегать за справками, но: во-первых, просто страдающие на дому без диагноза вполне могут быть и не такими уж страдающими, во-вторых, лежащему в больнице человеку можно достаточно легко дополнить историю болезни строчками «неизлечимо» и «протекает со страданием».

Считаю, что *осуществлением эвтаназии должен заниматься* врач, состоящий на отдельной должности (а не любой лечащий врач). Это позволит избежать злоупотреблений правом другими врачами и сделать механизм обращения за его услугами максимально прозрачным и выверенным. На мой взгляд, данный врач должен состоять на службе в поликлинике (а не быть частнопрактикующим). Считаю, что такие должности могут быть в штате как в государственных, так и частных клиник. Специальность данного врача я предлагаю назвать «анестезиолог».

Относительно *дачи согласия*. Согласие – это спусковой крючок, запускающий цепь осуществления процедуры и являющийся единственным переходом от оснований к самой процедуре. Считаю, что «согласие» должно выражаться в прямой просьбе страдающего лица, осознающего характер своих действий и их последствий и контролирующего их. Если лицо находится без сознания, то при наличии двух критериев, а именно – неизлечимости и невозможности больше прийти в сознание, следует дать родным данного человека или иным законным представителям дать согласие на прекращение жизнеобеспечения.

Считаю, что *нефизические* (психологические) *страдания* не могут ни в коем случае считаться неизлечимыми, к тому же они будут влиять на сжатие волевой сферы человека, вызывая преходящее желание смерти. Потому они не должны включаться в сферу действия эвтаназии.

Традиционно церковь запрещает самоубийство, т. к. жизнь дана Богом и не может быть отобрана никем, кроме как Им. Однако существует возможность применения смертной казни (лишение жизни по воле общества), снятие наказания в цивилизованных обществах за самоубийство и его попытку. Следующим шагом в современном гуманистическом обществе должно стать разрешение эвтаназии как причинение смерти из сострадания.

Уголовный кодекс РФ уже сейчас содержит сострадание как смягчающее вину обстоятельство (ст. 61 ч. 1 п. «д»). Общество понимает тех, кто прекращает страдания безнадежно больных людей.

Считаю, что не готовое к гуманизации общество следует готовить к прорыву в будущее, а не идти у него на поводу. Именно так закон запретил кров-

ную месть, регламентировав наказание за убийство. Именно так следует и регламентировать эвтаназию.

По Конституции РФ церковь отделена от государства (ст. 13, 14) (никакая идеология не может устанавливаться в качестве государственной или обязательной). Религиозные объединения отделены от государства и равны перед законом), поэтому моральный аспект не должен, в принципе, волновать правотворцев, ибо важнейшим является критерий целесообразности, а моральный аспект должен волновать только постольку-поскольку, а именно – не помешает ли неприятие общества целесообразности.

Конституция РФ содержит право на жизнь (ст. 20) как одно из основных (ст. 2). Именно право. Без возможности эту жизнь по своей воле прекратить право превращается в обязанность. Мне могут возразить, что у человека без эвтаназии всегда остаётся возможность совершить самоубийство, т. е. решить свою проблему без привлечения бюрократии и других людей, однако те самые страдающие люди очень часто лишены такой способности в силу своего физического недомогания, к тому же проводить данную процедуру цивилизованно и унифицированно, без вреда третьим лицам считаю более предпочтительным способом.

Эвтаназия для причинителя смерти – состояние крайней необходимости (а ст. 39 УК РФ устанавливает, что «Не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам иных лиц, охраняемым законом интересам общества или государства, если эта опасность не могла быть устранена иными средствами»). Когда он спасает лицо путём причинения мгновенной смерти от долгой и мучительной, сопряжённой также с моральными страданиями и материальными затратами, это необходимое причинение вреда для предотвращения большего вреда, а уровень медицины и возможностей на момент причинения смерти и создают невозможность достичь общественно полезной цели иными средствами. То есть, уже сейчас эвтаназию можно трактовать как легальное с точки зрения уголовного закона явление.

В обществе существует спрос на эвтаназию, а спрос рождает предложение, только сейчас неконтролируемое, нелегальное и наказуемое с учётом практик судов. Именно легализация сделает эвтаназию цивилизованной и приносящей государству доход, больному облегчение, обществу мир мерой.

С учётом сложившейся ситуации у России сейчас есть шанс быть в первом эшелоне развития гуманизации человеческого общества и построения правового социального государства. Необходимо им воспользоваться.

Поэтому предлагаю:

- легализовать эвтаназию и перевести её в ранг гражданско-правовых услуг с высокой степенью контроля со стороны государства в виде лицензирования, чёткой регламентации подготовительной стадии и самого процесса причинения смерти;
- исключить из законов и их проектов не соотносящееся с рассмотренным мной проектом определения эвтаназии;

- произвести должную организацию подготовки врачебного сообщества и функционирования данного правового института в медицинских учреждениях.

О НАЗНАЧЕНИИ НАКАЗАНИЯ ЗА ПРОДОЛЖАЕМОЕ ПРЕСТУПЛЕНИЕ

*Силаев С. А.,
ассистент кафедры уголовного права и криминологии КемГУ*

Исследованием продолжаемых преступлений занимались многие советские и российские учёные-юристы, однако их внимание сосредоточивалось едва ли не исключительно на проблемах квалификации (и в первую очередь – на отграничении продолжаемых преступлений от множественности); вопросы же назначения наказания за такие преступления в отечественной литературе практически не затрагивались. Это нередко приводило к тому, что весь процесс применения уголовного закона ставился с ног на голову: давая рекомендации по поводу правовой оценки ряда эпизодов преступной деятельности, советские специалисты фактически предлагали квалифицировать содеянное так, чтобы можно было назначить более строгое наказание. Вот весьма характерный пример подобного рода рассуждений:

«Признавая единым продолжаемым преступлением неоднократные мелкие хищения, совершённые лицом из одного и того же источника, одинаковым способом и пр., если общая стоимость и общие размеры похищенного имущества тоже являлись мелкими, действия виновного пришлось бы квалифицировать... как мелкое хищение, совершённое в первый раз. Нечего и говорить, что это было бы прямым нарушением закона», ибо такая квалификация «привела бы к необоснованному снижению наказания в отношении лиц, совершающих наиболее опасные, а именно повторные мелкие хищения»¹. В то же время, продолжают свою мысль Г. А. Мендельсон и Ю. М. Ткачевский, «встречаются случаи, когда виновный, совершая ряд мелких хищений, в конечном итоге похищает социалистическое имущество на такую сумму или в таком размере, которые в значительной степени (в несколько раз) превышают ту стоимость и тот размер похищенного имущества, при котором хищение имущества считается мелким. <...> Подобное хищение, взятое в целом, причиняет значительный ущерб и по степени своей общественной опасности выходит за рамки преступлений, предусмотренных Указом от 10 января 1955 г.» (т. е. мелких хищений)². За непременным повторением всех метаправовых идеологем эпохи «перезастойтепели» о «повышенной общественной опасности», о полезности «более строгих мер наказания» как средства «необходимого воспитательного воздействия на неустойчивых членов общества» и «обеспечения надлежащего частнопредупредительного и обще-

¹ Мендельсон Г. А. Уголовная ответственность за мелкое хищение государственного и общественного имущества / Г. А. Мендельсон, Ю. М. Ткачевский. М.: Госюриздат, 1957. С. 114-115.

² Там же, с. 117-118.

предупредительного воздействия приговора суда» следует вывод: такие много-эпизодные хищения должны расцениваться как единое преступление (при этом даже не упоминается субъективное единство таких хищений как обязательный признак продолжаемого преступления).

Приведённый подход представляется порочным в самой своей основе, ибо выбор меры уголовной ответственности может осуществляться только после того, как дана уголовно-правовая квалификация, но никак не предшествовать ей. Критикуемая же нами позиция, напротив, предполагает необходимость сначала «интуитивно» определиться с заслуженным наказанием и лишь потом «подогнать» под это наказание «соответствующую» квалификацию. К сожалению, это не изжито по сей день. В частности, Н. И. Пряхина и В. Ф. Щепельков полагают, что «поскольку продолжаемое преступление представляет собой в известной мере систему действий, то ответственность за продолжаемое преступление должна быть не менее строгой по сравнению с ответственностью за совокупность преступлений»¹ (и с этим, хотя и со многими оговорками, можно согласиться). Однако далее, констатируя тот факт, что данная логика не всегда выдерживается, названные авторы отмечают, что «именно этим обстоятельством объясняется разницей в правоприменительных решениях, когда в одних случаях содеянное квалифицируется как продолжаемое преступление, а в других как совокупность преступлений. Практика подобным образом сглаживает несоответствие возможных правовых последствий, старается сделать их более справедливыми»².

Представляется, что такого рода «сглаживание несоответствий» вступает в конфликт с принципом законности, ибо уголовно-правовые последствия деяния должны определяться нормами действующего уголовного законодательства, а не дериватами «пролетарской совести и революционного правосознания». И если с точки зрения закона преступление является единым, то его недопустимо искусственно превращать в совокупность (и наоборот).

В то же время нельзя не признать, что действующий УК РФ, содержащий исчерпывающий перечень отягчающих обстоятельств, не всегда позволяет должным образом индивидуализировать наказание за продолжаемое преступление. Выходом из сложившейся ситуации, на наш взгляд, должно стать дополнение ст. 63 УК РФ указанием на продолжаемый характер деяния³.

Следует отметить, что такое решение вопроса законодательно закреплено в ряде зарубежных стран, причём в тех уголовных кодексах, которые принимались под влиянием идей социологической школы в уголовно-правовой науке, предусматривается возможность назначения в таких случаях более строгого наказания, чем определено соответствующей статьёй особенной части. Так, ст. 71 УК Бразилии 1940 г. (в редакции от 11 июля 1984 г.) позволяет повышать наказание за продолжаемое преступление на величину, составляющую от 1/6 до 2/3 макси-

¹ Пряхина Н. И. Об отграничении продолжаемого преступления от совокупности преступлений / Н. И. Пряхина, В. Ф. Щепельков // Криминалист. 2011. № 1 (8). С. 11.

² Там же.

³ Подобное предложение эпизодически высказывалось в отечественной уголовно-правовой науке. См. напр.: Иванова А.. Смягчающие обстоятельства в советском уголовном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 1972. С. 243.

мального размера санкции, а ст. 81 УК Италии 1930 г. – втрое. Аналогичный подход встречается и в некоторых уголовных законах, принятых на протяжении последнего десятилетия. Так, возможность назначения за продолжаемое преступление наказания вдвое выше верхнего предела санкции предусмотрена с 2009 г. в Уголовном кодексе Сербии (ч. 7 ст. 61)¹, с 2010 г. – в Уголовном кодексе Черногории (ч.ч. 5 и 6 ст. 49)²; ч. 4 ст. 52 Уголовного закона Хорватии, вступающего в силу с 1 января 2013 г.³, устанавливает, что за продолжаемое преступление может быть назначено наказание, наполовину превышающее максимальный размер наказания, предусмотренного за соответствующее преступление.

Проведённое нами конкретно-социологическое исследование выявило поддержку подобного подхода со стороны значительного числа правоприменителей. По специально разработанной анкете было опрошено 230 судей судов общей юрисдикции, рассматривающих уголовные дела, из 15 субъектов Российской Федерации. Среди прочего в анкете предлагалось ответить на вопрос о том, следует ли законодательно предусмотреть продолжаемый характер преступления в качестве отягчающего обстоятельства. 41 респондент (17,8 %) высказался однозначно в поддержку данного решения, 55 респондентов (23,9 %) посчитали целесообразным предусмотреть такое отягчающее обстоятельство в качестве факультативного. И хотя те, кто отрицательно относится к подобному нововведению, оказались в большинстве, однако большинство это отнюдь не является подавляющим (131, т. е. 57,0 % опрошенных). Нельзя не отметить и такую корреляцию: с увеличением стажа работы увеличивается доля сторонников закрепления продолжаемого характера преступления в качестве отягчающего обстоятельства.

Представляется, однако, что, внося соответствующие дополнения в УК РФ, следует не только учитывать имеющийся зарубежный опыт законодательного регулирования интересующего нас вопроса и мнение практических работников, но и опираться на прочное теоретическое обоснование, которое не может (не должно) сводиться к эксплуатации бессознательного страха общества перед преступностью и призывам к ужесточению ответственности за всё и вся⁴.

¹ См.: Закон о изменама и допунама Кривичног законика // Службени гласник Републике Србије, бр. 72/09.

² См.: Закон о изменама и допунама Кривичног законика // Службени лист Црне Горе, бр. 25/10.

³ См.: Kazneni zakon // Narodne novine, br. 125/11.

⁴ Подобные призывы к ужесточению наказания традиционно обосновываются соображениями общей превенции, на деле же они адресованы не «группе риска», обозначаемой (в зависимости от теоретических и идеологических предпочтений) как «несознательные граждане» или «потенциальные преступники», а, как пишет сербский юрист Йован Чирич, «среднестатистическому 60-летнему зрителю теленовостей» (т. е. самому дисциплинированному избирателю), дабы убедить последнего в том, что государство наконец-то решило окончательно покончить с (коррупционерами, наркоманами, педофилами, хулиганствующими болельщиками и т. д.). Иными словами, принятие законов, направленных на усиление борьбы с преступностью, равно как и показательные процессы – это не только и не столько инструмент предупреждения преступлений, сколько предвыборное политическое послание (см.: Ćirić, J. Egzemplarno kažnjavanje / J. Ćirić // Crimen. 2012. God. III. Br. 1. Str. 21-37, в особенности 30-33).

В западной криминологии этот феномен получил название карательного популизма (см. напр.: Pratt, J. Penal populism / J. Pratt. London: Routledge, 2007). Подобного рода проповедь «нулевой терпимости» с безответственными, но громкими и агрессивными призывами к постоянному механическому увеличению сроков тюремного заключения есть лишь одно из частных проявлений господствующей ныне почти повсеместно «постполитической биополитики» как «политики страха» – неизбежного результата экспертократии (см.: Жижек, С. О насилии / С. Жижек. М.: Изд-во «Европа», 2010. С. 36 и далее).

Во-первых, необходимо учитывать правовую природу продолжаемого преступления как единичного преступления, что в полной мере возможно лишь на основе субъективной концепции, согласно которой единство данной юридической конструкции предопределено внутренним единством образующих её деяний, т. е. единством не только формы, но и содержания вины, обусловленным единством преступной мотивации. В этой связи вряд ли можно согласиться с распространённым в европейской уголовно-правовой доктрине взглядом на продолжаемое преступление как на некую юридическую фикцию, состоящую в формальном признании единичным преступлением того, что фактически является реальной совокупностью. Хотя учение о продолжаемом преступлении и разрабатывалось изначально в рамках учения о совокупности как реакция на чрезмерную жёсткость принципа *quot crimina, tot poenae* и, таким образом, призвано было на первых порах смягчить наказание¹, вряд ли целесообразно сохранять сегодня средневековые представления о *ratio legis* данного института. Мы считаем ряд противоправных деяний одним преступлением не потому, что нам «жаль» назначать виновному строгое наказание, а потому, что вся эта линия поведения является порождением единого умысла или одной неизвинительной ошибки, лежащей в основе уголовно значимой неосторожности. Стало быть, нельзя согласиться с теми германскими и югославянскими авторами, что требуют едва ли не полностью отказаться от конструкции продолжаемого преступления как от некоего архаизма, в котором в современных условиях будто бы нет никакой необходимости, кроме разве что «процессуальной экономии», ибо суд сегодня может назначать наказание по совокупности преступлений путём не только полного, но и частичного сложения и даже поглощения менее строгого наказания более строгим². Тем более нельзя признать верной аргументацию ужесточения ответственности за продолжаемое преступление, основанную на полном отождествлении его с реальной совокупностью³.

Во-вторых, усиление наказания за продолжаемое преступление должно производиться в условиях неукоснительного соблюдения принципа справедливости и, прежде всего, такого его аспекта, как дифференциация и индивидуализация ответственности (ст. 6, ч. 3 ст. 60 УК РФ).

Как известно, в основе дифференциации и индивидуализации ответственности лежит учёт, во-первых, характера и степени общественной опасности учинённого преступления и, во-вторых, свойств личности виновного. Не стоит искать в продолжаемом преступлении каких бы то ни было особенностей, повышающих степень общественной опасности самого деяния: один и тот же вред может быть причинён как в один момент, так и путём совершения целого ряда по-

Заметную роль в преодолении этих негативных политических тенденций, по нашему твёрдому убеждению, должна сыграть и неангажированная правовая наука.

¹ См.: Buturović, J.Lj. *Produženo krivično delo* / J.Lj. Buturović. Beograd: Privredna štampa, 1980. S. 16-17.

² См. напр.: Жалинский А. Э. Современное немецкое уголовное право / А. Э. Жалинский. М.: Проспект, 2006. С. 289; Novoselec P. *Opći dio kaznenog prava* / Petar Novoselec. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2009. S. 376-377; Vuletić, I. *Produljeno kazneno djelo – jedan mogući smjer razvoja de lege ferenda* / Igor Vuletić // Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu. Zagreb, 2008. Vol. 15. Br. 2. S. 1061-1062.

³ См. напр.: Бачић Ф. *Продолжено кривично дело* / Фрањо Бачић // *Годишник на Правниот факултет во Скопје*. 1965. С. 119-142.

веденческих актов. В то же время, как справедливо отмечал Й. Л. Бутурович, «если продолжаемое преступление совершено посредством большого числа деяний и на протяжении длительного временного периода, то это может свидетельствовать о высокой степени упорства виновного в учинении преступления»¹. Глубина и стойкость криминальной мотивации, как правило, свидетельствует о повышенной общественной опасности личности, и в этом плане учинитель продолжаемого преступления нередко приближается к серийным преступникам, но, повторимся, лишь в случаях, когда временной разрыв между первым и последним эпизодом продолжаемого преступления значителен (равно как и количество этих эпизодов). Если же продолжаемое преступление состоит из двух деяний, разделённых несколькими часами, то в такой ситуации вряд ли можно говорить о более высокой общественной опасности виновного по сравнению с лицом, совершившим одномоментное преступление того же рода и вида.

Таким образом, оптимальным решением было бы признать, что продолжаемый характер преступления может (но не обязательно должен) учитываться как отягчающее обстоятельство и, соответственно, усиливать наказание, в том числе и с выходом за пределы соответствующей санкции (разумеется, для этого необходимо соответствующим образом изменить ч. 1 ст. 60 и ст. 63 УК РФ). Однако подобные изменения не должны повлечь новых проявлений бессистемности в общей части уголовного закона. Коль скоро продолжаемое преступление – это единое преступление (причём не только и не столько в силу указания закона, сколько по самой своей природе), правила назначения наказания за него не должны оказаться более строгими, нежели правила, предусмотренные ст. 69 УК РФ². Поэтому норма, регулирующая порядок назначения наказания за продолжаемое преступление, могла бы иметь примерно следующую реакцию:

«Статья 69¹. Назначение наказания за продолжаемое преступление

¹ См.: Buturović J.Lj. *Produženo krivično delo* / J.Lj. Buturović. Beograd: Privredna štampa, 1980. S. 176.

² Примерно так же по интересующему нас вопросу высказывался сто тридцать лет тому назад выдающийся сербский учёный-юрист и государственный деятель Й. Дж. Авакумович. «Коротко говоря, — писал он, — наказание за продолжаемое преступление отмеряется по всем тем общим правилам, по коим назначается наказание и за простое преступление, с тем лишь, что продолжение служит отягчающим обстоятельством при сопоставлении с равным во всём остальном простым преступлением». И далее: «...судья должен прежде всего размыслить и оценить, какое бы он наказание положил за сие преступление, когда б оно было простым, а затем к сему наказанию прибавить определённую меру, которую он сочтёт соразмерной ввиду продолжения преступных деяний» (Авакумовић, Ј.Ђ. *Продужени злочин* / Ј.Ђ. Авакумовић. Београд: Штампарија задруге штампарских радника, 1882. С. 51-53). При этом в цитированном сочинении подчёркивается, что позиция автора не предполагает, что каждое продолжаемое преступление должно наказываться строже, чем простое — это было бы ничем не оправданной строгостью.

Соглашаясь, в общем и целом, с приведёнными взглядами Й. Дж. Авакумовича, отметим лишь некоторую неточность, допущенную автором при указании на определённый дуализм продолжаемого преступления, которое, по его мнению, является отягчающим или смягчающим обстоятельством: «Всё зависит от того, с чем сравнивается продолжаемое преступление. По отношению к единичному простому преступлению продолжаемое преступление есть и должно быть отягчающим обстоятельством; а по отношению к реальной совокупности нескольких преступлений продолжаемое преступление есть смягчающее обстоятельство» (там же, с. 48-49). Как известно, учёт смягчающих и отягчающих обстоятельств производится при назначении наказания за каждое из входящих в совокупность преступлений, а не при определении окончательного наказания по методу сложения или поглощения; стало быть, нет и не может быть смягчающих (равно как и отягчающих) обстоятельств по отношению к совокупности. Однако итоговый вывод Й. Дж. Авакумовича представляется нам абсолютно правильным: при прочих равных условиях продолжаемое преступление должно наказываться строже, чем единичное, но мягче, чем совокупность таких же преступлений.

К лицам, виновным в совершении продолжаемого преступления, правила, предусмотренные статьёй 69 настоящего Кодекса, не применяются. Таким лицам назначается наказание в пределах, предусмотренных соответствующей статьёй Особенной части настоящего Кодекса. Если суд сочтёт продолжаемый характер преступления обстоятельством, отягчающим наказание, то виновному может быть назначено более строгое наказание, срок или размер которого не может превышать более чем на одну четверть (*или на одну треть*) максимальный срок или размер наказания, установленного за соответствующее преступление».

Заметим, что подобное решение вопроса предлагалось не только в зарубежной, но и в отечественной науке уголовного права. Так, проф. Л. Л. Кругликов отмечал, что «теоретически возможно и практически целесообразно выделение в уголовном праве категории обстоятельств дела, которая, по сути, представляет собой «буферную группу» между обычными обстоятельствами, влияющими на наказание (преимущественно именуемыми смягчающими и отягчающими) и так называемыми специальными (квалифицирующими). От обычных обстоятельств (ст. 61 и 63 УК) их отличает законодательная конкретизация силы их влияния на наказание непосредственно в Общей части Кодекса, а от специальных – нейтральность в плане влияния на квалификацию содеянного и необходимость выхода за пределы санкции статьи»¹. В качестве одного из таких «буферных» обстоятельств данный автор как раз и рассматривал продолжаемый характер деяния.

Представляется, что подобное расширение полномочий суда при назначении наказания не только будет содействовать более полной реализации принципа справедливости, но и создаст «здоровую основу для объективной уголовно-правовой оценки содеянного»², исключаящую как экстенсивное применение института продолжаемого преступления, так и необоснованный отказ от его применения. При этом не стоит искать в предлагаемых нами изменениях уголовного закона пресловутую «потенциальную коррупциогенность». Тем, кому всюду мерещится призрак коррупции, хотелось бы напомнить известные слова непопулярного ныне классика, сказанные без малого двести лет назад: «Существует ли такой закон, который, в силу внутренней необходимости, в *каждом отдельном случае* применялся бы *непрерывно* в духе законодателя..? Нужна невероятная смелость, чтобы называть подобную бессмысленную задачу *философским камнем*, так как только крайнее невежество может ставить подобную задачу. Закон всеобщ. Случай, который должен быть определён на основании закона, – единичен. Чтобы подвести единичное под всеобщее, требуется суждение. Суждение проблематично. Для применения закона требуется также и *судья*. Если бы законы применялись сами собой, тогда суды были бы излишни»³. При этом судья в правовом государстве – это не «потенциальный взяточник», каковым его изображает бульварная пресса в союзе с безответственными политиками-демагогами, а лицо высоких моральных принципов, для которого «нет

¹ Кругликов Л. Л. Конкретизация уголовно-правового значения обстоятельств дела как законодательный приём / Л. Л. Кругликов // Проблемы юридической техники. Нижний Новгород, 2000. С. 571.

² Там же.

³ Маркс К., Энгельс Ф. Соч., 2-е изд. Т. 1. С. 66-67.

другого начальника, кроме закона. Судья обязан толковать закон, в применении к отдельному случаю, так, как *он понимает* закон при добросовестном рассмотрении»¹. Об этом же в конце позапрошлого века писал и известный бельгийский криминолог Адольф Принс: «Не следует сожалеть о том, что судье предоставлена свобода, но следует сожалеть о том, что у него в распоряжении нет никакого компаса. Ни текст закона, ни судебная практика, ни доктрина не определяют, как ему следует поступать, и когда он, часто на авось, проявляет снисходительность или суровость, он ограничивается лишь тем, что отражает несовершенное состояние права»². И далее: «Правосудие не есть ремесло; оно трудная наука, и даже более: сложное искусство. Оно требует очень надёжного такта в щекотливом обращении с законами и людьми»³. Таким образом, надлежащее осуществление правосудия обеспечивается не сужением судейского усмотрения вкупе с тотальными подозрениями в коррупции, а надлежащей кадровой политикой и ликвидацией пришедшего на смену «телефонному» «телевизионного права». При таких условиях предоставленная судам широкая свобода действий будет не препятствовать, а только способствовать принятию законных, обоснованных и справедливых решений.

Предлагаемый нами порядок назначения наказания за продолжаемые преступления, не нарушая принцип нормативной определённости, обеспечит более полное достижение целей наказания (в первую очередь – частного предупреждения) и более строгое соблюдение правил квалификации содеянного.

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ КРИМИНАЛЬНОЙ СРЕДЫ

*Толоконников Н. В.,
Самарский юридический институт ФСИИ России.*

Поведение человека зависит от многих факторов, которые носят как «естественный» так и «искусственный» характер. К первым относят биосоциальные факторы, связанные с природой человека и соединяющие в себе как врожденные, так и приобретенные в процессе социализации факторы, т. е. представляющие собой «личную траекторию развития человека».⁴

Вторые связаны со сферой свободной самореализации личности, ибо свобода – это уже культурное, «искусственное» явление, возникающее одновременно с самой культурой. Для современного общества характерно стремление человека ко всему новому, плюрализм мнений, многовариантность культурного развития и в то же время во многом тяга к существующим традициям, повседневности.⁵

¹ Там же, с. 67.

² Принс А. Преступность и репрессия. (Уголовно-юридический очерк) / А. Принс; пер. под ред., с предисл. и примѣч. В. В. Пржевальскаго. М.: Изд. кн. маг. Гросманъ и Кнебель, 1898. С. 97.

³ Там же, с. 101.

⁴ Гражданское общество: Источники и современность. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002. С. 152.

⁵ Там же. С. 159, 162.

Совокупность данных факторов в юриспруденции, в частности в криминологической науке, получила название детерминанты.

Одним из детерминант (факторов) является криминальная среда.

Несмотря на достаточную изученность данного явления, до сих пор не выработано точного понятия «криминальная среда».

В литературе, научных исследованиях термин «криминальная среда» отождествляется с терминами «преступный мир», «криминальная субкультура», «преступная среда». На наш взгляд, это не совсем верно. Для уяснения более точного определения понятий необходимо исходить из их этимологии.

Поскольку в словарях отсутствует толкование термина «преступный», будем исходить из определения преступности.

Преступность – понятие, употребляемое в двух основных значениях: 1) в обыденном как совокупность преступлений, совершаемых в определенных условиях места и времени; 2) в собственно криминологическом: как наиболее общественно опасное, массовое, сложное системно-структурное, социальное явление, проявляющее себя в виде системы преступлений, преступников, преступных формирований, жертв преступления, последствий преступности и т. п.¹

Мир – совокупность всех форм существования материи²; ... все то, что существует вокруг нас³; ... комплекс человеческих отношений, образующих человечество; это мир в «экзистенциальном» смысле, в его противопоставлении физическому универсуму.⁴

Исходя из приведенных определений, «преступный мир» представляет собой совокупность особого вида общественных отношений, существующих в пространственно-временных условиях, субъектами которых являются лица, занимающиеся криминальной деятельностью, имеющие цель – совершение умышленных преступлений и уклонение от ответственности.

Субкультура – система уникальных ценностей, норм, традиций и жизненных укладов, отличающих какую-либо социальную группу от доминирующей культуры большинства общества.⁵ Нормы, обычаи, традиции и средства коммуникации призваны «определенным образом согласовывать деятельность и поведение отдельных индивидов, социальных групп и объединений, свести их в определенное единство, синхронизировать и, следовательно, сохранить социальную систему как целостность».⁶

Понятие «криминальная субкультура» в отечественную науку ввел В. Ф. Пирожков⁷.

¹ Российская криминологическая энциклопедия. Под общей редакцией доктора юридических наук, профессора, Заслуженного юриста РСФСР, президента Российской криминологической ассоциации А. И. Долговой. М.: Издательство НОРМА, 2000. С. 581.

² Философский энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия, 1989. <http://www.term.ru/dictionary/180/word/%CC%C8%D0>.

³ Глоссарий философских терминов ИФ им. Киренского РАН. <http://www.term.ru/dictionary/197/word/%CC%E8%F0>.

⁴ Дидье Жюлия. Философский словарь. Пер. с франц. М.: Междунар. Отношения, 2000. <http://www.term.ru/dictionary/878/word/%CC%C8%D0>.

⁵ Касьянов В. В., Нечипуренко В. Н. Социология права. Ростов н/Д: Феникс, 2001. С. 196.

⁶ Плахов В. Д. Социальные нормы. Философские основания общей теории. М., 1985. С. 33.

⁷ Пирожков В. Ф. Законы преступного мира молодежи (криминальная субкультура). Тверь: ИПП «Приз», 1994.

По определению В. Ф. Пирожкова, криминальная субкультура – это определенный уровень развития жизни преступных сообществ, выраженный в типах и формах их организации, деятельности членов данных сообществ, а также в создаваемых ими материальных и духовных ценностях¹.

С. Я. Лебедев рассматривал в качестве криминальной субкультуры антиобщественные традиции и обычаи².

Ю. К. Александров определяет криминальную субкультуру как образ жизнедеятельности лиц, объединившихся в криминальные группы и придерживающихся определенных законов и традиций³.

В связи с приведенными точками зрения криминальную субкультуру можно определить как совокупность ценностей, обычаев, традиций, норм и правил поведения, направленных на наиболее рациональную организацию жизнедеятельности, целью которой является совершение преступлений, их сокрытие и уклонение от ответственности.

В основе формирования криминальной субкультуры лежат отдельные предпосылки, обусловленные сращиванием преступных форм с легальной деятельностью. В своей сущности криминальная субкультура представляет собой укоренившиеся негативные проявления, привнесенные в современное общество под воздействием преступных групп, находящихся у власти.

Иными словами, криминальная субкультура – это «средство воздействия» криминальной среды на субъектов с помощью норм, обычаев, традиций, ценностей, системы наказаний и т. д.

На этих же позициях стоит В. Ф. Пирожков, отмечающий, что «криминальная субкультура является основным механизмом криминализации общностей и прежде всего молодежной среды»⁴. Происходит это при перенесении «преступниками» приобретенного в системе ИУ неформального статуса, привитых неформальных норм на «свободу». Наиболее отчетливо это можно наблюдать после проведения амнистии.

А. И. Долгова полагает, что «понятие «социальная среда» в философской и социологической литературе обозначает: 1) конкретное своеобразие общественных отношений в данных пространственно-временных условиях (например, Россия периода перестройки, Россия периода реформ и т. п.); 2) во-вторых, комплексность соответствующих социальных условий материального и духовного характера»⁵. При этом отмечается, что «обычаи и традиции, стереотипы поведения, общественное мнение, – это для населения различных социальных групп такой же реальный, объективный фактор, как и материальные условия жизни и закон, с которым они должны считаться»⁶.

¹ Там же. С. 47.

² Лебедев С. Я. Антиобщественные традиции, обычаи и их влияние на преступность. Учебное пособие. Омск: ВШМ МВД СССР, 1989. С. 12.

³ Александров Ю. К. Очерки криминальной субкультуры. М.: «Права человека». 2002. С. 8.

⁴ Пирожков В. Ф. Законы преступного мира молодежи (криминальная субкультура). Тверь, 1994. С. 12.

⁵ Долгова А. И. Криминология. Краткий учебный курс. 2-е изд. изм. и доп. М., 2005. С. 1.

⁶ Криминология. Учебник для юридических вузов. / Под ред. А. И. Долговой. М., 1997. С. 224.

В. В. Касьянов, В. Н. Нечипуренко понимают под социальной средой совокупность социальных условий жизнедеятельности человека, оказывающих влияние на его сознание и поведение.¹

Таким образом, можно предположить, что преступная среда – это совокупность условий жизнедеятельности преступника, которые оказывают влияние на его сознание и поведение, т. е. «способствуют» совершению преступления.

Ю. А. Вакутин² и С. Я. Лебедев³ преступной средой называют особую организационную коммуникативную систему преступности со своей иерархией, обеспечивающей внутреннюю «дисциплину» и «порядок».

В. М. Анисимков полагает, что преступная среда есть особое понятие криминальной субкультуры как специфической культуры, имеющей свою характеристику элементов и носителей, а также особенностей неформальных взаимоотношений между лицами преступной среды.⁴

По нашему мнению, данные определения не в полной мере раскрывают сущность термина «преступная среда».

М. С. Гурев под преступной средой понимает совокупность как отдельных лиц, так и их групп, замышляющих, подготавливающих, совершающих и совершивших преступления или умышленно обеспечивающих и облегчающих само совершение преступлений и использование результатов преступной деятельности. Эта среда, имея антиобщественную направленность, включает в себя достаточно широкий круг лиц, не только совершающих преступления, но и избравших себе род деятельности или образ жизни, находящийся на грани между противоправным и законопослушным поведением.⁵

В данном случае понимание термина «преступная среда» во многом совпадает с термином «криминальная среда», однако, так же как и понятие «преступный мир», включает в себя только элементы, относящиеся к совершению (подготовке) преступления и использованию его результатов или занятию преступной деятельностью (профессиональная преступность).

Кроме того, на наш взгляд, было бы ошибочным относить к преступной среде лиц, не ставящих своей целью совершение преступлений, но эпизодически совершающих их (например, группу студентов вуза, проводящих вместе свободное время, отдельные члены которой употребляют наркотики либо совершают преступления). В данном случае это молодежная субкультура, включающая в себя криминальные составляющие.

Наиболее приемлемой для нас является точка зрения В.И. Горкина, который предложил следующее определение криминальной среды: «это социальное, уголовно-правовое явление, состоящее из определенной совокупности

¹ Касьянов В. В., Нечипуренко В. Н. Социология права. Ростов н/Д: Феникс, 2001. С. 196.

² Вакутин Ю. А. Способы маскировки преступного поведения. Омск, 1987. С. 25-28.

³ Лебедев С. Я. Неформальная иерархия преступной среды. Прошлое и настоящее // Проблемы профессионализма и организованности в общеуголовной преступности. Межвузовский сборник научных трудов. Омск, 1989. С. 15.

⁴ Анисимков В. М. Тюрьма и ее законы. Саратов: СГАП, 1998. С. 3.

⁵ Гурев М. С. Убийства на «разборках» (методика расследования). СПб. 2001. (288 с.) // <http://www.piterpress.ru/attachment.php?barcode=978527200371&at=exc&n=0>

лиц, занимающихся криминальной деятельностью, большинство из которых ранее судимые, являющиеся носителями криминальной субкультуры, имеющие цель – совершение умышленных преступлений и уклонение от ответственности».¹

На наш взгляд, термин «криминальная среда», имея много общего (в том числе и в этимологии) с терминами «преступный мир», «криминальная субкультура», «преступная среда», тем не менее, отличается от них, а точнее – включает в себя данные понятия, т. е. является более широким понятием.

Так, преступный мир (криминальный мир), как элемент криминальной среды, представляет собой совокупность лиц, занимающихся преступной деятельностью, имеющих цель – совершение умышленных преступлений и уклонение от ответственности.

Криминальная субкультура – совокупность ценностей, обычаев, традиций, норм и правил поведения «преступников», а также средство коммуникации в преступной среде.

Преступная среда – совокупность условий жизнедеятельности преступника, «определенный негативный микроклимат»², который оказывает влияние на его сознание и поведение.

ECONOMIC CRISIS AND CRIMINAL LAW IN HUNGARY

*Gál István László,
Ph.D. Dr. habil., associate professor
(Faculty of Law, University of Pécs, Hungary)*

The question of the relationship between the development of the economy and of crime became important when attention was given to the question of the social effects of economic cycles. The economic crisis in the second half of the nineteenth century led to the relations between economic situations growth and crime, to be examined for the first time, with particular reference to the question whether there was a connection between the trends of industrial production and the situation of lower classes. On the basis of their practical experience the crime statisticians recognized the social implications of economic cycles for public morality and tried to establish statistically casual connections between economic and social indicators. The limitations of their statistical methods only enabled them to derive simple theoretical models from their statistics – e.g. high levels of unemployment as a cause of increasing crime³.

The recent economic crisis has a great impact on the intense of crime and thus on the Criminal Law as well. As the criminal policy and economic policy is in constant interaction with each other. Before analysing the presumable impacts of economic crisis on criminal law, we should examine the concept of the criminal policy

¹ Горкин В. И. Рецидивная преступность и криминальная среда. Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007. С. 102.

² Лебедев С. Я. Неформальная иерархия преступной среды: Прошлое и настоящее. С. 22.

³ Heiland Hans-Günther. Economic Crisis and Crime National Report on West-Germany. Bremen, 1983. P. 13.

and economic policy, their connections, and effect on each other, furthermore review schematically the reason of economic crisis.

As the criminal policy and economic policy. The criminal policy is still not considered as an independent science, just an independent sub-plot within the criminal sciences. As the part of the state's overall policy, specifically of the legal policy it is the collective term of response strategies be given to crimes. The criminal policy directs the criminal legislation (for example, the creation of constituent elements of new criminal laws, increase or reduce the sentences etc.), and it has role also in legislation.

It is responsibility of the state to protect the interests of society, and to ensure the social coexistence, to accomplish this task, though we need the tools of criminal law are used. Conditions and manner for the use of these tools is determined by the criminal law¹. The criminal policy shall define those criteria, which, inter alia, concerns the application of the provisions of criminal law. The criminal policy always adjusts to the quantitative and qualitative changes of crime and the feeling of security in society; therefore it is a constantly changing, dynamic activity, of which tools are not determined by the quantitative and qualitative changes of crime, but the level of civilized society².

The criminal policy prevails especially on the fields of the legislation. In the law enforcement (at least in the constitutional rule of law) only that criminal policy could be prevailed, which has been formulated to criminal laws by the legislative power, so the courts could not be controlled directly. As the judicial system is independent, separate branch, the judges are subject only to the law³. For that reason criminal case policy is not mentioned as specifically area of criminal justice policy.

The economic policy is rather a practical activity than a science, although as applied economics it has a strong theoretical background. It can be defined as the active state intervention in the economy, all the conscious, coherent and targeted actions, which concern the production, the consumption, the exchange and the capital formation. The main components of economic policy are the following:

- main objectives/aims: e.g. growth, full employment, the current account balance, reducing of imbalances, price stability, sustained (and sustainable) development;
- ranking objectives of development: some goals are incompatible, so there should be an order of priority;
- analysis of the links between objectives: the economic policy takes into account those economic relations which have been detected among the given variables by economists;
- choosing the tools: economic policy requires the use of devices to reach the aims (monetary or fiscal toolbar, etc).⁴

The relationship between economic policy and criminal policy in the field of combating against economic crime may be described as rather the criminal policy

¹ Földvári József. Kriminálpolitika. Budapest: Közgazdasági és Jogi Könyvkiadó, 1987. 32-33. oldal.

² Farkas Ákos. A kriminálpolitika és a büntető igazságszolgáltatás hatékonysága // Tanulmányok Szabó András 70. születésnapjára. Budapest: Magyar kriminológiai Társaság, 1998. 81. oldal.

³ Finszter Géza. Kriminálpolitika tegnap és ma // Rendészeti Szemle. 2006. 12. szám. 77. oldal.

⁴ Közgazdasági és Társadalomtudományi Kisenciklopédia. Budapest: Napvilág Kiadó, 2005. 165-166. oldal.

should take into consideration the economic aspects, than vice versa. A badly chosen criminal policy does not necessarily assisted in the development of the economy, the aspects of criminal and economy policy must be carefully coordinated. The criminal policy of course, also has to take into account other factors, besides the economic aspect but the criminal policy applicable regarding economic crimes shall absolutely consider the medium- and long-term economic objectives.

Although the criminal law should show relative stability, the regulation of economic crime control often changes, as it is understandable under transitive economic conditions. Severe penalties should not be envisaged, but a basic aspect should be to ensure the consistent ultima ratio (last resort) role of the criminal law in the economy. This should be pursued even if we still are confronted with doubts of the economic agents regarding the economic efficiency of criminal law – is not always baseless.

Cyclical crises and the economy. Rare phenomenon, when two disciplines are born at the same time. The science of criminal law was created in 1764 by Cesare Beccaria in his book *Dei delitti e delle pene*. Not surprisingly, the story of modern economics started during the same period also by a releasing of a book. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (generally referred to by the short title *The Wealth of Nations*) is the masterpiece of the famous economist and moral philosopher Adam Smith. First published in 1776, it argues that free market economies are more productive and beneficial to their societies. The book is considered to be the foundation of modern economic theory.

According to Adam Smith, everyone is acting for own self-interest and that these together lead to the achievement of the common good. However, there is one condition – not to intervene into the economy because of the «invisible hand» will solve the problems. The 1929-33's Great Depression, however, showed that the free market economy had been left without state intervention could be hide a serious risk, as the next great economic theory developer, John Maynard Keynes said: «it is moving towards the devastation». John Maynard Keynes was a British economist whose ideas have profoundly affected the theory and practice of modern macroeconomics, as well as the economic policies of governments. He greatly refined earlier work on the causes of business cycles, and advocated the use of fiscal and monetary measures to mitigate the adverse effects of economic recessions and depressions. His ideas are the basis for the school of thought known as Keynesian economics.

In Keynes' view, if people's income increases by growing of well-being, they save their money, and then the banks share these savings to lend to the productive capitalists. Thus a crisis of overproduction may occur. His proposal to the solution was to include a large consumer, which should be the state. The state detracts a certain percentage of income in the form of taxes, and spends it in a non-productive way e.g. builds roads, public buildings, dams, etc. In that way this could relieve the economic waves, on the basis of stop-go principle it cools and heats up the economy.

In the end of 20th century Keynesian theory on which fiscal policies based was not able to fill its role. The economy could not be controlled by the budget since revenue and expenditure side of it become stiff. If any government wanted to increase the revenue by tax increases, the unions protested, if they wanted to reduce the expenditure, then social tensions arose. The solution seemed the thought of monetarist

school the leading figure of which was Milton Friedman. Milton Friedman was an American economist, statistician, a professor at the University of Chicago, and the recipient of the Nobel Prize in Economics. He was an economic advisor to U.S. President Ronald Reagan. Originally Friedman was a Keynesian supporter of the New Deal and advocate of government intervention in the economy. However, his 1950s reinterpretation of the Keynesian consumption function challenged the basic Keynesian model. At the University of Chicago, Friedman became the main advocate for opposing Keynesianism. During the 1960s he promoted an alternative macroeconomic policy known as «monetarism». According to Friedman the main reason of problems is the state intervention.

For this reason, fiscal policy has to be replaced by the monetary regime, and thus two conditions should be created:

- 1) stability of money;
- 2) a steady (equal to the inflation rate) money supply of economy.

In the beginning of 21st century, it appeared that the main cause of economic woes became international terrorism; instead by the end of 2007 a «classic» economic crisis greeted us. By 2007-2008 the global economy was descending fallen branch of the so-called Kondratiev cycle, and many other disasters worsen the situation e.g. such as a hurricane in New Orleans. Due to the saturation of the credit market the banks turned to the sub-prime debtors. There was no serious credit analysis, real estate prices rose steadily. In 2006, more and more credit fell down; therefore more real estate agencies became bankrupt, which had negative effects on some bank as well. Perhaps the best known was the Lehman Brothers.

The crisis was quickly infiltrated into the real economy as well. Leading economists are still debating on but President Bush's huge tax cut program certainly played a role, which has suddenly left billions of dollars at the general public, which amount received by the banks, has increased the supply of credit. (The average American has never been encouraged to save. For example, when President Eisenhower was asked in 1950 what a true American could do for his country, the answer was: «Buy!»). The significant increase of defence expenditure could also take part in the crises of the US economy. In 2008, for example, 45% of the world's total defence expends, was spent by the US on arms and other related goods and services.

Are cyclical changes of criminal law partly adjusting to the economic cycles?

Interestingly, strengthening and relaxation of criminal regulation, as constantly changing process, is correlated with the economic crisis phenomenon as well.

In Hungary, for example, during the post-war recession, inflation became the highest ever seen in the world. At the end of the Second World War the 'pengő' completely lost its value during the hyperinflation started due to several reasons. During the stabilization efforts new currency, the forint was introduced on August 1, 1946. At the beginning 1 forint was 1 400 000 quadrillion pengő, or two hundred million tax-pengő. By the introduction of forint at the same time the protection of the economy, provided by criminal law, strengthened significantly as well. Price-increasing abuse or endangering the public service could sentence even with death penalty.

In 2009-2010 the Hungarian Criminal Code was also affected by a number of significant changes, especially since the change of government in the spring of 2010. Almost without exception they were tightening. Based on past experience, it must be admitted that after the economic recessions, with more or less delay, the legislature in Hungary tried to support the economic policy always with the tightening of criminal law as a measure of criminal policy. Although lots of modification is not necessarily a positive phenomenon, since the criminal law should show relative stability. This is the field of law that makes it possible to intervene into the citizens' private lives in the deepest level, therefore, should not be frequently changed. However, some changes are inevitable.

In 2010, for example, it has been enabled that imprisonment, so detention can be used against the perpetrators of administrative offences, even when their misdemeanour against property does not exceed the threshold value of criminal offences. The «three strike» amendment of the criminal law aimed stringent action against violent criminals. The prospect of increasing penalties, and several amendments of the general provisions of the Criminal Code resulted in that regarding several crimes the offenders shall face imprisonment even when it is first committed. In addition, Hungary is the only one of the 27 EU Member States, which applies the so-called «true life sentence» penalty in practice against the perpetrators of the gravest crimes.

In the next few years a radical increase of crime, mainly against property and economic crime must be expected in Hungary. In this respect, the crime statistics do not provide sufficient information, since it contains only the known crime, and does not count with the hidden (latent) crime. Therefore, I as a lawyer rely below on my own empirical experiences and my colleagues' statements, who work in the investigating authorities and at the prosecution.

The official statistics of the economic crimes, which show the crime became known, indicates a decline regarding almost all crimes. The sole spectacular exception is the economic corruption, which according to official statistics, increased by 300 %. It is also true that the number of registered crimes on corruption is so low that it is not suitable for statistical conclusions. Nowadays only a few hundreds of economic corruption becomes known annually. In my view, therefore, that is backed up and confirmed by those working in this field: investigators and prosecutors, the volume of economic crime is rising.

The number of crimes related to the accounting information system, together with the creditor facts is likely to grow in the near future, because of the economic crisis.

The number of counterfeiting will also increase, which may, beyond a certain limit, interfere to the monetary policy of the state as well.

During the economic crisis, insider dealing and related market manipulation is also likely to increase, which is confirmed by huge fines levied by the Financial Supervisory Authority.

Despite the decline shown by official statistics, the increasing number of tax evasion and crime against the financial interests of the government is a real fact.

If the profit-driven crime is increasing, and more and more money derived from crime is accumulating in the black economy, while due to the crisis the banks

desperately want more capital, the volume of money laundering will increase exponentially. However, the financing of terrorism, such as money laundering related not-for-profit crime, in my opinion shows a downward trend in Hungary, as well as in most other countries in Europe. The terrorists have switched to cash-based funding in recent years.

The question must be raised whether there is a reason for the existence of criminal law in the economy? I am convinced that there is. I confess this despite that I can imagine a well-functioning economy without the intervention of criminal law. In my opinion, other administrative measures besides the criminal law could be used to protect the economy, if the following two conditions are met:

business culture of high moral level under consolidated circumstances, and determination of the upper limit of the financial penalties, which should be multiple than the offender's realized or pursued illegal profits.

Under such circumstances, economic criminal law would not be needed at all. However, none of the conditions are met in our country, and realistically only the second may be changed in the near future. Therefore economic criminal law is needed, and will be necessary in an incalculably long term.

CRIMINAL CORRUPTION IN HUNGARY – THE UNFINISHED WAR

*Kőhalmi László,
PhD, assistant professor
(Faculty of Law, University of Pécs, Hungary)*

Crimes of corruption endanger the well-being of societies fundamentally. Corruption is an «evergreen» category, since it has retained its topicality over the decades and there are few problems in Hungary that could be attributed greater actual political significance.

The most comprehensive analysis of corruption in Hungarian academic literature was carried out by Mariann Kránitz, who established as a result of her research that every society has to pay a «price for democracy», into which one must «count» – among others – an increase in the extent of crime and a change in its quality as well as a peculiar situation concerning corruption¹.

The democratic transformation of the political system alone did not – could not! – eliminate corruption, but rather transformed and changed its character and direction.

This is explained by the fact that corruption is extremely closely linked to the economic, political and social milieu in which it is realized. Moreover: there are few social phenomena that follow changes going on in their medium of existence in such an «up-to-date» way, within such a short reaction time as corruption. The ability of quick accommodation can be shown both during the years of the democratic political transition and the post-transition era.

¹ Kránitz Mariann. A korrupció utolsó huszonöt éve Magyarországon [The Past Twenty-Five Years of Corruption in Hungary] (posthumous essay) // *Ügyészek Lapja*. 2006. № 5. Pp. 26-28.

When discussing corruption I would like to emphasize it as a principle – and I consider this as the «poisoned apple» problematics of this phenomenon – that corruption has the characteristics of an extremely efficient means of problem-solving and interest-assertion, therefore the discreet charm of temptation hovers over people all the time.

The existence of corruption-free civilization is unknown in the history of mankind stretching back a few millennia, but naturally one cannot give up the (dream) desire of achieving this idyllic state. On the other hand, there are convincing data at our disposal proving that where a community has taken the fight against corruption seriously, the intensity of corruption has decreased there significantly as a matter of fact. However, it must also be noted that corruption reacts to changes in the legal environment extremely sensitively – similarly to water or light – it finds a way and becomes activated immediately and is capable of triggering off a whole avalanche of corrupt acts.

The problems are worsened by the fact that corruption has never particularly «respected» borders between countries and continents. This phenomenon was probably among the first – if not the first itself! – to become globalised¹.

Fight against an undesirable phenomenon can be successful if one knows the characteristic features of the given phenomenon. The problem concerning corruption lies in the very fact that there is too much «fumbling in the dark».

Two types of methods tend to be used to help to get to know the phenomenon better and more thoroughly and to understand its functioning mechanism: one is the so-called corruption perception index elaborated by Transparency International, and the other is represented by criminal statistical data.

According to the perception index of Transparency International based on a pointing scale from 1 to 10 points, in 2010 Denmark and Finland, the countries that were least concerned by corruption shared the first two places having 9.4 points each, while the rear was brought up by Afghanistan (1.5 points), Myanmar (1.5 points), Northern Korea and Somalia (1 points)². The maximum 10 points could be awarded to a totally corruption-free country, however, this situation has never happened in the history of corruption perception indices (hereinafter referred to as CPI). Hungary has recently occupied the 54th place on the corruption list with 4.6 points³.

Nevertheless, as the perception index is based on perception, it is subjective; therefore, it is capable «merely» of providing some orientation concerning the level of infectedness of the individual countries. At the same time, a subjective scale is not suitable for measuring such an objective phenomenon as corruption, which is so much connected with the fragments of economy, bureaucracy and power.

On the other hand, the CPI triggers off a «labelling effect», in other words, it sticks a positive or negative stamp on the given country. However, labelling, in its turn, also functions as a factor influencing corruption. This is how a country slightly or hardly concerned by corruption turns even purer, while a country infected by corruption becomes even more endangered.

¹ Ibid., p. 5.

² http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2010/results (2011.09.25.).

³ <http://cpi.transparency.org/cpi2011/results/>.

The CPI constitutes an internationally recognized standard, but it leads to strongly questionable results and consequences concerning the evaluation of the state of corruption in a given country¹.

Based on the criminal statistical data one would have to conclude that corruption crime may be considered a rare bird in Hungarian criminality. It is an obviously mistaken diagnosis because of latency, since as a result of the community of interest between the provider and the recipient of the unlawful advantage, only an insignificant number of acts of corruption lead to criminal prosecutions².

The small number of criminal proceedings³ may be explained by the fact that the overwhelming majority of criminal proceedings are instituted following the reports of crimes by citizens – as it was established by László Korinek during his researches into latency⁴: «the law sees with the eye of the citizen» – and in the case of corruption there is a low level of willingness to report it⁵.

It is not an exaggeration to claim that Hungarian indices relating to the extent of corruption crimes and their proportion to the total number of crimes are tragicomic⁶. In 2010, Hungarian criminal prosecution authorities registered 447 186 criminal offences and among them they recorded altogether 481 offences of corruption.

Even if we «add up» the information obtained from the perception index and criminal statistics, we still cannot claim to know the whole verticium of corruption.

A principal problem of corruption in Hungary stems from the functioning disorder of the Hungarian economic system. While earlier in the era of socialism, corruption was caused by the lack of products and services, today the «cause to be blamed» is overproduction. The majority of market actors would like to sell services to the state and local government sector. In this case a small gift to the mayor or representative (e.g. bonus holiday) can alleviate the decision in favour of one or the other company. The two acts on public procurement adopted so far with the aim of purifying market relations have become deadlocked in practice, I would venture the remark that in the era of so-called «free-hand buying» applied earlier public funds were spent a lot more advantageously than today.

The criminal law regulation de lege lata relating to corruption in Hungary. Act 1978 on the Criminal Code of Hungary (hereinafter referred to as: Criminal Code) entered into force on 1 July 1979. The Hungarian legislator laid down offences

¹ Kránitz Mariann. Loc. cit., p. 6.

² It was a great success for the Hungarian police when they caught a parliamentary representative in the act of taking over a bribe of 20 million forints (= 69,000 EUR). The representative's right to immunity was suspended by Parliament and he was validly sentenced to serve 6 years of imprisonment and fined 9 million forints (= 31,000 EUR) as ancillary punishment.

³ Korinek László. A korrupció legfontosabb kriminológiai összefüggései [The Main Criminological Bearings of Corruption] // Politika és korrupció – A törvényesség és a törvénytelenység határai. Konferencia kötet [Politics and Corruption – Limits of Lawfulness and Unlawfulness. Conference Volume] / Eds.: Csefkó, Ferenc; Horváth, Csaba. Pécs: Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, PTE ÁJK Politikatudományi és Társadalomelméleti Tanszék, Pécs-Baranyai Értelmiségi Egyesület, 2010. P. 270.

⁴ Korinek László. A bűnözés visszatükröződése. Latens bűnözés, bűnözésábrázolás, félelem a bűnözéstől [Reflections of Crime. Latency, Portrayal and Fear of Crime] // Kriminológia – Szakkriminológia / Eds.: Gönczöl, Katalin; Kerezsi, Klára; Korinek, László; Lévy, Miklós. Budapest: Complex Kiadó Jogi és Üzleti Tartalomszolgáltató Kft., 2006. P. 251.

⁵ Gál István László. Gazdasági büntetőjog közgazdászoknak [Economic Criminal Law for Economists]. Budapest: Akadémiai Kiadó, 2007. P. 78.

⁶ Kránitz Mariann. Loc. cit., p. 6.

of corruption in Chapter XV of the Criminal Code entitled «Crimes against the Purity of State Administration, the Administration of Justice and Public Life»¹.

These offences deserve great attention, since it is a question of fundamental importance for every society that the officials, the actors of social-economic and political life, in other words, the legitimate leaders of the individual community perform their tasks without favour. This circumstance determines the extent of confidence citizens have in the various organs of state and local government and, in the final analysis, the opinion they form about the political-social system.

In consideration of the high-level demoralizing effect caused by offences of corruption, 15 sections are devoted to crimes against the purity of public life.

Crimes against the purity of public life include:

- Bribery (Criminal Code, §§ 250-255/A);
- Failure to report bribery (Criminal Code, § 255/B);
- Trafficking in influence (Criminal Code, § 256);
- Persecution of a conveyor of an announcement of public concern (Criminal Code, § 257).

Crimes against the propriety of international affairs include:

- Bribery in international relations (Criminal Code, §§ 258/B-258/D);
- Profiteering with influence in international relations (Criminal Code, § 258/E);
- Failure to report bribery in international relations (Criminal Code, § 258/F).

The effective formulation relating to the two most typical crimes against the purity of public life – bribery and trafficking in influence – is as follows:

Bribery

Section 250

1) Any public official who requests an unlawful advantage in connection with his actions in an official capacity, or accepts such advantage or a promise thereof, or agrees with the party requesting or accepting the advantage, is guilty of a felony punishable by imprisonment between one to five years.

2) The punishment shall be imprisonment between two to eight years if the crime is committed

a) by a public official in a high office, or by one entrusted to take measures in important affairs,

b) by another public official in an important matter of great importance.

3) The perpetrator shall be punished by imprisonment between two to eight years, or between five to ten years in accordance with the distinction contained in Subsections (1) and (2), if he breaches his official duty in exchange for unlawful advantage, exceeds his competence or otherwise abuses his official position, or if he commits the act in criminal conspiracy or in a pattern of criminal profiteering.

Trafficking in Influence

Section 256

¹ Erdősy Emil; Földvári József; Tóth Mihály. Magyar Büntetőjog Különös Rész. [Hungarian Criminal Law. Specific Cases]. Budapest: Osiris Kiadó, 2007. P. 293.

1) Any person who — purporting to influence a public official — requests or accepts an unlawful advantage for himself or on behalf of another person is guilty of a felony punishable by imprisonment between one to five years.

2) The punishment shall be imprisonment between two to eight years if the perpetrator

a) purports to or pretends that he is bribing a public official,

b) pretends to be a public official,

c) commits the crime in a pattern of criminal profiteering.

3) Any person who commits the crime defined in Subsection (1)

a) in connection with an employee or member of an economic organization or non-governmental organization is guilty of misdemeanour and may be punished by imprisonment not to exceed two years,

b) in connection with an employee or member who is authorized to act in the name and on behalf of an economic organization or non-governmental organization is guilty of felony and may be punished by imprisonment not to exceed three years.

4) Any person who commits the crime defined in Subsection (3) in a pattern of criminal profiteering is guilty of a felony punishable by imprisonment not to exceed three years, or between one to five years, as consistent with the categories specified therein.

In my view, the Criminal Code lays down rather serious sanctions (imprisonment of up to 10 years in the given case) to be applied against the perpetrators of corruption crimes and court sentencing is also characterized by the imposition of executable sentences of imprisonment – even upon the person accepting a bribe of some ten-thousand forints.

One may consider thought-provoking Mihály Tóth's argument that exaggerated prohibitions that are foreign to life may even have a contrary effect: if a part of legal norms cannot be complied with, law-abidance may also become questionable elsewhere¹.

The instruments of criminal law in the fight against corruption in Hungary. The fight against corruption is a rather delicate issue, because the persecutors and persecuted, the persons calling and called to account are often members of the same power elite. Those in possession of power punish those who abuse their power; therefore, the matter can easily become transformed into a «family affair», which in turn has an impact on the effectiveness of the fight against corruption.

The ambivalent attitude manifested by people toward this criminal phenomenon complicates action against corruption: on the one hand, they regard corruption as an organic part of the political system, on the other hand, they protest against it with all their might².

¹ Tóth Mihály. Adalékok a kriminális korrupció megítélésének néhány újabb kérdéséhez [On Some New Questions of the Evaluation of Criminal Corruption] // Politika és korrupció – A törvényesség és a törvénytelenység határai. Konferencia kötet [Politics and Corruption – Limits of Lawfulness and Unlawfulness. Conference Volume] / Eds.: Csefkó, Ferenc; Horváth, Csaba. Pécs: Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, PTE ÁJK Politikatudományi és Társadalomelméleti Tanszék, Pécs-Baranyai Értelmiségi Egyesület, 2010. P. 286.

² Gulyás Gyula. A politikai korrupcióról [On Political Corruption] // Politikai korrupció [Political Corruption] / Ed. Gulyás Gyula. Budapest: AULA Kiadó, 2004. P. 40.

Corruption phenomena are not unambiguous, consequently, neither is their legal evaluation. If in the case of an investment of several thousand million forints, a parliamentary representative should favour the interests of his own constituency against those of the country, would he have criminal responsibility?

Fight against corruption is dependent on the context: it is determined by power relations within the elite and the relationship between the elite¹ and civil society whether anti-corruption strategies will, in high probability, be merely illusory strategies aimed at tranquilizing public opinion or constructive measures.

Legislators (politicians) launching an anti-corruption fight need, besides the system of legal instruments, moral legitimacy as well so that their anti-corruption struggles can be crowned with success². However, governments proclaiming zero corruption might easily become entangled in their promises and suffer a quick and irreversible loss of legitimacy.

Provided one regards moral weakness as a cause of the genesis of corruption, an anti-corruption strategy is to be implemented by combining penal policies with remuneration policies. This might justify, on the one hand, the introduction of an extremely harsh system of sanctions relating to acts of corruption and on the other hand, a rise in average wages.

However, it should be noted that in the fight against corruption there exists an economically rational optimum. If the state (e. g. Singapore) overpays its politicians, the state expenditure arising from this may exceed the damage caused to it by corruption, therefore, it is rather worth for the state – from an economical and not a moral aspect – assuming the damage resulting from corruption than the excess payment provided to politicians.

Concerning the reduction of corruption numerous ideas have been provided by scholars in various disciplines in relation to their fields of activity and professional knowledge. As a person working in the field of criminal sciences, I would like to formulate a few proposals and ideas as follows:

1. First of all, a successful fight against corruption requires a simpler legal system. Outdated laws that have become obsolete need to be revised, bad laws must be sifted out. Legislation should be simplified and there should be no *lex imperfecta*. Legislation should not obstruct but rather assist both the actors of economic life and citizens³.

2. The *ultima ratio* role of criminal law. The role of criminal sanctions relating to corruption must not be either under- or overestimated. It is neither a role nor a task

¹ Gál István László. A gazdasági vesztegetés, mint a gazdasági büntetőjog része és a politikai korrupció egyik kísérőjelensége [Economic Bribery as a Part of Economic Criminal Law and a Concomitant of Political Corruption] // Politika és korrupció – A törvényesség és a törvénytelenység határai. Konferencia kötet [Politics and Corruption – Limits of Lawfulness and Unlawfulness. Conference Volume] / Eds.: Csefkó, Ferenc; Horváth, Csaba. Pécs: Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, PTE ÁJK Politikatudományi és Társadalomelméleti Tanszék, Pécs-Baranyai Értelmiségi Egyesület, 2010. P. 307.

² Gulyás Gyula. Op. cit., p. 41.

³ Kóhalmi László. Büntetőjogi eszközök a politikai korrupció elleni küzdelemben [Criminal Law Means in the Fights against Political Corruption] // Politika és korrupció – A törvényesség és a törvénytelenység határai. Konferenciakötet [Politics and Corruption – Limits of Lawfulness and Unlawfulness. Conference Volume] / Eds.: Csefkó, Ferenc; Horváth, Csaba. Pécs: Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar, PTE ÁJK Politikatudományi és Társadalomelméleti Tanszék, Pécs-Baranyai Értelmiségi Egyesület, 2010. P. 302.

of criminal law to solve the problems of social and political life. In Hungary since the democratic political transition it has become habitual for the power of the day to attempt to cope with the functional disorders of society applying the instruments of criminal law. Matters in the field of corruption are not of a criminal law character primarily, but rather concern other branches of law¹.

3. Making a better use of the possibilities relating to the protection of witnesses. In cases of corruption the main witnesses might often be persons (e. g. secretary, car-driver), who are in the possession of information about almost all affairs of the given leader (e. g. mayor, company manager), but whose existential possibilities are, at the same time, limited. In case the persons capable of supplying information about cases of corruption could be provided protection as witnesses, «willingness to testify» would presumably increase and the memory of witnesses might also improve. However, it is to be noted with regard to witness protection that the present regulatory system needs to be improved, since the level of income provided by the state to a witness issued with a new domicile and/or personal identity in a given case is not too attractive.

4. Witness protection often becomes intertwined with the application of plea-bargaining and the legislator's attempt at breaking up the community of intention and interest between the parties concerned in the corruption by «self reporting» and the promise of exoneration from punishment (Criminal Code, § 255/A).

5. The world of corruption offences is often characterised by deep conspiracy, contact-keeping through a chain of intermediaries, exchanges of «encoded» (encrypted) oral and written messages (e.g. «lobby-money», «lard money», «cake», «favoured entrepreneurs' club», «raisin» etc.). If detection results are to be improved, the application of undercover officers and means of intelligence cannot be avoided.

6. From time to time both theoretical and practical experts mention the requirement that special rules of evidence should apply to perpetrators suspected of having committed corruption offences. The reversal of the burden of proof as a novelty in criminal procedure would mean that the accused would be obliged to prove the lawful origin of the corruption assets and in case he failed to do so – for example, there was no taxed or dutied income etc. behind the assets – it would constitute an incriminating circumstance (fact). In my opinion, the reversal of the burden of proof would provide opportunity for serious abuses of power among the state organs exercising penal power – e. g. the moral liquidation of political adversaries – and this innovation should be rejected.

7. Governments in power tend to come up with the recommendation that an independent authority/office (e. g. Office for the Defence of Public Order, Anti-Corruption Office) should be set up for the fight against corruption. I consider this idea completely flawed and professionally unfounded, because it would merely lead to a duplication of prosecution authorities, conflicting spheres of authority, loss of information and prestige fights (rivalry) between official organs.

¹ Márki Zoltán. Válasz a korrupciós kihívásokra [Response to the Challenges of Corruption] // Korrupció Magyarországon [Corruption in Hungary] / Eds.: Csefkó, Ferenc; Horváth, Csaba. Pécs: Pécs-Baranyai Értelmiségi Egyesület, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kara, 2001. Pp. 37-38.

8. Swift accession to international and European criminal (political) anti-corruption conventions and the adoption of rules against corruption, as well as the approximation (harmonization) to international standards¹ of Hungarian criminal substantive, procedural and enforcement laws.

Act LXXXIX of 2011 on the amendment of miscellaneous Acts relating to procedure and the administration of justice has entered into force recently and amended Act XIX of 1998 on Criminal Procedure.

This change in legal regulation lays down special criminal procedural rules with the aim of accelerating procedure in so-called high priority cases – including corruption offences. In the history of Hungarian criminal procedural law it can be considered almost unprecedented that in a high priority case the period of custody may last 120 hours instead of the 72 hours laid down by general rules and that contact between the accused and his lawyer may be prohibited by the prosecutor (!) during the first 48 hours of custody. This modification – combined with other ones included in the Act – caused so serious indignation in professional circles that the President of the Supreme Court of the Republic of Hungary motioned the Constitutional Court of the Republic of Hungary for the subsequent establishment of its unconstitutionality and its review from the aspect of conflict with international treaties. The Constitutional Court «ex tunc» force repeal this rules.

In summary: the fight against corruption seems an unfinished war and one should be aware that (often) even the minimal success may only be seen after a long-long time; nevertheless, one must not give up the persecution of corruption, because that would be equal to a silent compromise with guilt.

ОРГАНИЗАЦИЯ ПРОВЕДЕНИЯ ПРОВЕРОК СОМНИТЕЛЬНЫХ ФИНАНСОВЫХ ОПЕРАЦИЙ СУБЪЕКТОВ ХОЗЯЙСТВОВАНИЯ

*Кобзева Т. А.,
преподаватель кафедры права юридического факультета
Сумского государственного университета (Украина)*

В соответствии с требованиями Закона Украины от 28 ноября 2002 г. 249-IV «О предупреждении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, или финансировании терроризма»² (с изменениями и дополнениями) (далее – Закон), разработано «Положение о банке данных о сомнительных финансовых операциях», утвержденное приказом Государственной налоговой администрации Украины (далее – ГНАУ) от 21 мая 2003 г. № 233³ (далее – Приказ).

¹ Végvári Réka. Nemzetközi fellépés a korrupció ellen [International Action against Corruption] // Állam- és Jogtudomány [Science of State and Law]. 2001. № 1/2. Pp. 99-100.

² О предупреждении и противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, или финансировании терроризма: Закон Украины от 28 октября 2002 № 249-IV // Ведомости Верховной Рады Украины.

³ Об утверждении Положения о банке данных о сомнительных финансовых операциях: Приказ Государственной налоговой администрации Украины от 21.05.2003. № 233.

В вышеуказанном приказе ГНА Украины предоставлено следующее определение термина «сомнительная финансовая операция», а именно: сомнительная финансовая операция – это финансовая операция, которая нуждается в усиленном контроле и отвечает хотя бы одному из определенных критериев. Далее приведены основные наиболее распространенные критерии сомнительных операций:

1) обстоятельства осуществления операции свидетельствуют об отсутствии объективной связи между операцией и характером деятельности, хотя бы одного из ее участников, осуществление операции при необычных или неоправданно запутанных условиях;

2) наличие обоснованного подозрения, что осуществляемая операция противоречит требованиям законодательства или иным образом заранее ведет к нанесению убытков государству, другим субъектам правовых отношений;

3) сумма, на которую осуществлена операция, не отвечает финансовому и имущественному состоянию хотя бы одного из ее участников;

4) осуществление операций, по которым одни и те же корпоративные права, ценные бумаги и другие финансовые инструменты, неоднократно продаются и выкупаются одним и тем лицом.

Работа по сбору данных о сомнительных финансовых операциях осуществляется подразделениями государственной налоговой службы согласно порядку, определенному в Приказе, а именно:

1) должностные лица подразделений налоговой службы в процессе выполнения своих функциональных обязанностей, в том числе во время проведения документальных проверок субъектов предпринимательской деятельности – физических и юридических лиц, в случаях выявления финансовых операций с признаками сомнительных, безотлагательно информируют об этом руководителя налогового органа докладной запиской (рапортом) для рассмотрения и принятия решения;

2) в трехдневный срок с момента получения докладной записки (рапорта), руководитель налогового органа направляет данные о выявлении сомнительной финансовой операции в соответствующей форме в управление борьбы с отмытием доходов, полученных преступным путем (далее Управление), для первичной проверки, внесения в базы данных и углубленного анализа;

3) сотрудники управлений борьбы с отмытием доходов, полученных преступным путем вносят соответствующую информацию в банк данных о сомнительных финансовых операциях, и информируют Департамент борьбы с отмытием доходов, полученных преступным путем ГНА Украины.

Управление осуществляет свою работу в соответствии с заданиями, определенными Законами Украины «О государственной налоговой службе в Украине»¹, «О государственной службе» (с изменениями и дополнениями)², в своей практической деятельности Управление руководствуется Конституцией Украи-

¹ О государственной налоговой службе Украины: Закон Украины от 04 декабря 1990 № 509-ХІІ. (с изменениями и дополнениями). URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/509-12> (дата обращения: 09.04.2012).

² О государственной службе: закон Украины от 16 декабря 1993. № 3723-ХІІ // Ведомости Верховной Рады Украины

ны¹, законами и кодексами Украины, постановлениями Верховной Рады Украины, указами Президента Украины, и нормативно правовыми актами органов государственной власти, приказами и распоряжениями ГНА Украины, ГНА в г. Киеве и Положением об Управлении.

Основными направлениями работы Управления является: установление фактов проведения операций, которые имеют признаки сомнительных (легализации доходов, полученных преступным путем), проведение и документирование проверок, направленных на разоблачение и разрушение схем субъектов хозяйственной деятельности по легализации доходов, с целью привлечения виновных лиц к уголовной ответственности по факту совершения преступления, предусмотренного ст. 209 Уголовного Кодекса Украины.

Порядок взаимодействия подразделений по борьбе с отмыыванием доходов, полученных преступным путем, с другими подразделениями органов Государственной налоговой службы Украины (далее – ГНС Украины) при проведении проверок, определен в Методических рекомендациях, утвержденных приказом ГНС Украины от 27.05.2008г. № 355.²

Подразделения по борьбе с отмыыванием доходов, полученных преступным путем, в обязательном порядке по решению главы региональной ГНА принимают участие в проведении плановых выездных проверок налогоплательщиков.

В случае, когда при проведении плановой проверки или внеплановой выездной проверки налогоплательщика, в которой не принимают участие работники подразделения по борьбе с отмыыванием доходов, полученных преступным путем, устанавливаются факты проведения операций, которые имеют признаки сомнительных (легализации доходов, полученных преступным путем), подразделение, которое осуществляет (возглавляет) проверку, в обязательном порядке к окончанию проверки предоставляет указанному выше подразделению предложения относительно привлечения к этой проверке его сотрудников. Вопрос относительно участия в таких проверках работников подразделений по борьбе с отмыыванием доходов, полученных преступным путем, рассматривает глава ГНА соответствующего региона на основании письменного предложения начальника подразделения по борьбе с отмыыванием доходов, полученных преступным путем, не позже 1-дневного срока при получении соответствующего сообщения от подразделения, которое осуществляет (возглавляет) проверку.

В случае выявления проверкой взаимоотношений плательщика налога с субъектами хозяйствования, которые имеют признаки фиктивности, осуществления финансово-хозяйственных операций с признаками сомнительных, заключение никчемных и оспариваемых правочинол, подразделения, которые осуществляют (возглавляют) проверку, не позже следующего рабочего дня после дня установления факта взаимоотношений с такими субъектами или осуществ-

¹ Конституция Украины: Основной Закон Украины от 28.06.1996. № 254к/96-ВР// Ведомости Верховной Рады Украины

² Об утверждении Методических рекомендаций относительно порядка взаимодействия между подразделениями органов государственной налоговой службы Украины при организации и проведении проверок налогоплательщиков: Приказ Государственной налоговой администрации Украины от 27 мая 2008. № 355.

ления приведенных операций, сообщают об этом подразделениям налоговой милиции для проведения соответствующих мероприятий по обеспечению сбора информации относительно осуществления должностными лицами налогоплательщиков действий, направленных на нарушение публичного порядка, злоупотребления правом, нарушение моральных принципов общества, укрывательство фактически осуществленных операций, что будет использовано в акте проверки в качестве доказательной базы. Подразделения налоговой милиции устанавливают и проверяют факты фиктивности таких субъектов, сомнительности проведенных финансово-хозяйственных операций, заключения ничемных и оспариваемых правочинов, осуществления должностными лицами налогоплательщиков действий, направленных на нарушение публичного порядка, злоупотребления правом, нарушение моральных принципов общества, укрывательства фактически совершенных операций, и о результатах проведенных мероприятий не позже 5 календарных дней с дня получения запроса в письменном виде, сообщают подразделениям, которые осуществляют (возглавляют) проверки, и предоставляют соответствующие документы, которые подтверждают установленные факты.

Подразделения, которые осуществляют (возглавляют) проверки, анализируют полученную от подразделений налоговой милиции информацию (вместе с приложенными материалами), по результатам рассмотрения учитывают полученную информацию в материалах проверок и в случае необходимости передают ее в юридические подразделения для разрешения вопроса относительно представления в суд исков о признании недействительными соглашений (договоров), учредительных и регистрационных документов, а также других категорий исков. Приведем пример отработки сомнительных операций на рынке ценных бумаг из практики подразделений управлений по борьбе с отмыванием доходов, полученным преступным путем ГНА в Ивано-Франковской и ГНА в Николаевской областях.

Рассмотрим первый пример. Предметом финансового расследования стали ряд акционерных обществ. Согласно данным налоговой отчетности, которые подаются по месту регистрации, указанные акционерные общества отчитываются об отсутствии хозяйственной деятельности, декларации по налогу на прибыль подаются с нулевыми показателями. Согласно данным, предоставленным в государственную налоговую инспекцию, расчетов коммунального налога наемные работники с основным местом работы на всех ОАО отсутствуют. Проведенными оперативно-разыскными мероприятиями установлено, что вышеупомянутые акционерные общества регистрировались с нарушением требований действующего законодательства, а именно: за вознаграждение по просьбе неизвестных лиц; на подставных лиц, которые потеряли паспорт; на преступников, которые находятся в розыске, что подтверждается соответствующими документами.

Каждым из указанных акционерных обществ осуществлена эмиссия собственных акций на сумму 30 млн грн., количеством 120 млн шт., которые ничем не подтверждены и являются неликвидными, а владельцами этих акций при их первичном размещении стали физические лица.

По данным Государственной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку Украины акции, эмитированные указанными акционерными обществами, реализовываются на неорганизованном (теневом) рынке ценных бумаг по ценам, значительно выше нарицательной стоимости, с целью легализации преступных доходов, которая причиняет значительные материальные убытки инвесторам путем введения их в заблуждение и государству в виде неуплаты налогов, в частности налога на прибыль путем отнесения стоимости приобретения таких акций к ценно-бумажным расходам и отображения их в Приложении КЗ к декларациям из налога на прибыль, которая в свою очередь покрывает реальные ценно-бумажные доходы таких субъектов хозяйствования. В результате чего, прибыль от операций с ценными бумагами субъекта хозяйствования уменьшается или покрывается полностью.

В дальнейшем, с целью прекращения незаконной деятельности субъектов предпринимательской деятельности, на основе собранных материалов инициировано обращение в окружной административный суд с исковыми заявлениями относительно прекращения предпринимательской деятельности вышеупомянутых обществ и отмены регистрации выпуска акций эмитированных данными обществами. Таким образом, операции по покупке-продаже акций упомянутых выше акционерных обществ наносят значительные убытки государству в виде неуплаты налога на прибыль, так как данные акции по своей природе являются «техническими».

Согласно требований действующего законодательства Украины уменьшить ценно-бумажные расходы возможно лишь в случае установления факта приобретения акций, регистрацию выпуска которых было отменено на момент покупки-продажи. Признаки «технической» акций не являются основанием уменьшения расходов на их приобретение. Это вопрос требует усиления законодательных требований к проверке имущественной обеспеченности акций при регистрации их выпуска.

Рассмотрим второй пример. Установлены факты эмиссии в течение 2009 г. векселей в количестве 24 шт., общей нарицательной стоимостью 69 млн грн. открытым акционерным обществом «Завод «Кристалл», которое на тот отрезок времени остановило деятельность, налоговую отчетность не предоставляло, должностных лиц (директора и главного бухгалтера) не имело. Отмеченное свидетельствует о высокой вероятности того, что эмиссия векселей осуществлена с нарушением требований действующего законодательства Украины с целью их использования в схемах уклонения от уплаты налогов или легализации доходов, полученным преступным путем.

Проведенным анализом движения векселей, эмитированных ОАО «Завод «Кристалл», на основании данных торговцев ценными бумагами, предоставленных Государственной комиссии по ценным бумагам и фондовому рынку и ГНА в Николаевской области, установлено ряд субъектов предпринимательства, которые осуществляли покупку-продажу указанных векселей.

По результатам отработки указанной сомнительной операции возбуждено было уголовное дело по ст. 221 УК Украины, по факту укрывательства неуса-

новленными лицами имущественных обязательств ОАО «Завод «Кристалл», что привело к причинению значительного материального ущерба кредиторам.

В ходе установления фактов выпуска векселей предприятиями-банкротами, или СХД с признаками «фиктивности» в случае их заполнения с учетом требований Конвенции, которой внедрен Унифицированный закон о переводных векселях и простых векселях, очень сложно доказать «техничность» векселя. Это вопрос требует внесения изменений в соответствующее законодательство.

Следует отметить, что вопрос выработки адекватных современным условиям подходов к системе налогового контроля и обеспечения улучшения результативности контрольно-проверочных мероприятий, направленных на противодействие легализации доходов, полученных преступным путем, остается актуальным как для Украины так и для других стран.

ОСОБЕННОСТИ НАЗНАЧЕНИЯ НАКАЗАНИЯ ЗА ПРИГОТОВЛЕНИЕ К ПРЕСТУПЛЕНИЮ И ПОКУШЕНИЕ НА ПРЕСТУПЛЕНИЕ

*Хорошилова О. С.,
ассистент кафедры уголовного права и криминологии КемГУ*

При назначении наказания за приготовление к преступлению и покушение на преступление суду необходимо учитывать наряду с общими началами назначения наказания (ст. 60 УК РФ) и обстоятельства недоведения преступления до конца, на что указывает законодатель в части первой статьи 66 УК РФ. Исходя из этого, можно сделать вывод, что законодатель предлагает определять все особенности назначения наказания за неоконченные преступления через учет обстоятельств недоведения преступления до конца. Рассмотрение каких-либо дополнительных факторов законодателем не предусмотрено. Получается, что для отражения в наказании особенностей приготовления к преступлению и покушения на преступление требуется учет только обстоятельств недоведения преступления до конца. Проанализируем данное положение.

Исходя из систематического толкования ст. 30 УК РФ и ст. 66 УК РФ, обстоятельства недоведения преступления до конца следует расценивать как обстоятельства, которые прервали процесс совершения преступления. При этом для данного прерывания характерно то, что оно произошло помимо воли лица, совершавшего преступление. Следовательно, обстоятельства недоведения преступления до конца характеризуются двумя признаками:

1. рассматриваемые обстоятельства прекращают осуществление преступления (т. е. они не являются временным препятствием, без их наступления преступление продолжило бы осуществляться);
2. они не зависят от воли лица, осуществляющего преступление (т. е. не входят в его планы, намерения и осуществляются вопреки воле лица).

Представляется, что обстоятельства недоведения преступления до конца можно определить как факторы, причины, в силу которых лицо, вопреки своей

воле, было вынуждено прекратить дальнейшее осуществление своего преступного намерения.

В теории существует несколько классификаций обстоятельств недоведения преступления до конца. Н. Ф. Кузнецова выделяла объективные («действительно случайное стечение обстоятельств») и субъективные (определяются личными качествами субъекта, например неопытностью, нерешительностью, неумелостью и т. д.) обстоятельства¹. Основание деления – источник обстоятельств, а именно: зависимость обстоятельств от особенностей лица, совершающего преступление (но не от его воли).

А. П. Козлов разграничивает «причины прерывания преступной деятельности» также по источнику обстоятельств (причин), но по соотношению их с волеизъявлением окружающих виновного лиц:

1. причины, лежащие за пределами волеизъявления окружающих (подвиды: обстоятельства, связанные с силами природы, и обстоятельства, связанные с поведением людей как непосредственным, так и опосредованным действием механизмов);

2. причины, зависящие от воли окружающих лиц (при этом преступная деятельность может пресекаться абсолютно правомерно, относительно правомерно, относительно противоправно либо абсолютно противоправно)².

Е. В. Благов предлагает вести учет обстоятельств недоведения преступления до конца в количественном (когда налицо два и более фактора) и качественном направлениях (разработано три классификации)³. Автор выделяет:

1. причины внешние и причины личностные (основание – по источнику возникновения; по содержанию соответствуют объективным и субъективным причинам, выделенным Н. Ф. Кузнецовой, снята лишь терминологическая неточность);

2. ошибки и иные обстоятельства (основание – природа обстоятельств, содержание – неправильное и правильное представление лица о юридически значимых признаках соответственно);

3. абсолютные и относительные обстоятельства (основание – степень влияния на недоведение преступления до конца; содержание – факторы закономерно или случайно ведущие к недоведению преступления до конца соответственно)⁴.

Все указанные авторы видят значение выделения видов обстоятельств недоведения преступления до конца в их различном влиянии на степень общественной опасности совершаемого деяния, и, как следствие, на их наказуемость. Но так ли существенна роль указанных обстоятельств в определении общественной опасности приготовления или покушения? Нельзя не отметить, что «все обстоятельства недоведения преступления до конца, возникли помимо, вопреки воле лица, совершавшего преступление и, поэтому, не могут быть его

¹ Кузнецова Н. Ф. Ответственность за приготовление к преступлению и покушение на преступление по советскому уголовному праву. М., 1958. С. 155.

² Козлов А. П. Учение о стадиях преступления. СПб: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002.

³ Благов Е. В. Назначение наказания (теория и практика). Ярославль: Издательство ЯрГУ, 2002. С. 64.

⁴ Благов Е. В. Указ. соч. С. 65-68.

заслугой, показателем его намерений, и соответственно существенно влиять на назначение наказания. Более того, указанные обстоятельства «индифферентны по отношению к степени общественной опасности преступления, так как к признакам самого преступления не относятся. Они всего лишь объяснение факта, почему преступление осталось незавершенным»¹.

Означает ли это, что при назначении наказания за неоконченное преступление (приготовление или покушение) необходимо отказаться от учета обстоятельств недоведения преступления до конца, как предлагают некоторые ученые²? На наш взгляд, такой отказ нецелесообразен, поскольку неопытность, нерешительность либо неподготовленность лица, совершившего преступление, по сравнению с лицом, тщательно спланировавшим и подготовившим преступлением, но не достигшим результата вследствие случайного стечения обстоятельств, свидетельствуют о меньшей степени общественной опасности личности виновного³, личность же виновного в соответствии с ч. 3 ст. 60 УК РФ, посвященной общим началам назначения наказания, подлежит обязательному учету при назначении наказания.

Возникает вопрос о том, какой фактор, не указанный в общих началах назначения наказания, является отличительной чертой приготовления к преступлению или покушения на преступление, учет которого позволит адекватно отразить степень общественной опасности деяния и назначить справедливое наказание. Представляется, что названным целям отвечает категория «степень реализации преступного умысла, намерения».

Учет степени реализации преступного намерения при назначении наказания за приготовление к преступлению или за покушение на преступление требовался ч. 4 ст. 15 УК РСФСР 1960 г., действующий Уголовный кодекс Российской Федерации, как показывает анализ ст. 30 УК РФ и ст. 66 УК РФ, такого требования не содержит.

Е. В. Благов предлагает рассматривать степень осуществления преступления как «этап совершения неоконченного преступления, на котором она фактически завершилась»⁴. Во-первых, данное определение, на наш взгляд, не раскрывает сущность заявленного понятия, не содержит его отличительных признаков. Во-вторых, нельзя подменять понятие «степень реализации преступного умысла» понятием «степень осуществления преступления», поскольку в процессе совершения преступления происходит объективация, выражение вовне именно преступного умысла, что и составляет суть стадий совершения преступления. В-третьих, указанный автор рассматривает как фактор, влияющий на степень реализации преступления, последствия, наступившие в ходе осуществления преступления, но отличные от тех, к которым лицо стремилось. На наш взгляд, учет таких последствий должен происходить в рамках степени

¹ Благов Е. В. Указ. соч. С. 80.

² См., например: Устинова Т. Д. Назначение наказания за неоконченную преступную деятельность: Автореф. дис. ... канд. юр. наук. М., 1980. С. 14.

³ Кузнецова Н. Ф. Указ. соч. С. 155-156.

⁴ Благов Е. В. Указ. соч. С. 76.

общественной опасности приготовления и покушения¹, поскольку наступление указанных последствий выходят за рамки умысла лица, они являются побочным результатом его деятельности.

Для учета степени осуществления преступного умысла необходимо, во-первых, определить стадию совершения преступления (приготовление или покушение), во-вторых, уже в рамках приготовления или покушения выявить степень осуществления преступного намерения², что весьма логично: приготовление и покушение описаны в законе как деяния, имеющие различное содержание и ярко выраженную различную степень общественной опасности, а преступный умысел может проявляться и в более мелких этапах выполнения преступления в рамках приготовления и покушения.

Степень осуществления преступного умысла в рамках приготовления либо покушения возможно установить путем анализа двух факторов:

1. насколько был реализован умысел лица на совершение преступления;
2. насколько реально было наступление вредных последствий от совершения преступления, т. е. близость их наступления.

Степень реализации преступного умысла – это показатель того, насколько, в каком объеме был реализован умысел лица в процессе приготовления к преступлению или покушения на преступление, насколько близко было наступление намеченных лицом последствий.

Исходя из указанных обстоятельств, можно провести градацию приготовлений и покушений по степени реализации преступного умысла (при этом степень общественной опасности будет нарастать от пункта к пункту):

1. при приготовлении к преступлению частично созданы условия совершения преступления – неоконченное приготовление (дополнительно оцениваем существенность условий, их необходимость для реализации преступного умысла);
2. при приготовлении к преступлению созданы все условия, необходимые, по мнению лица, для совершения преступления – оконченное приготовление;
3. при совершении покушения частично выполнены действия по совершению преступления – неоконченное покушение (дополнительно оцениваем существенность действий, их необходимость для реализации преступного умысла);
4. при совершении покушения выполнены все необходимые, по мнению лица, действия (либо акт бездействия) по совершению преступления – оконченное покушение.

Можно сделать вывод, что степень реализации преступного умысла отражает различную степень общественной опасности деяний в рамках стадий приготовления и покушения, вследствие чего влияет на индивидуализацию наказания. В связи с этим, при назначении наказания за приготовление к преступлению и покушение на преступление необходимо в обязательном порядке

¹ См.: Редин М. П. Преступления по степени их завершенности. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2006. С. 146.

² См.: Караулов В. Ф. Стадии совершения преступления. М.: ВЮЗИ, 1982. С. 36.

производить учет степени реализации преступного умысла¹, поскольку этот фактор отражает специфику приготовления к преступлению и покушения на преступление как разновидностей неоконченного преступления и позволяет оценить степень их общественной опасности.

Думается, что было бы целесообразным в части первой статьи 66 УК РФ закрепить требование об учете степени реализации преступного умысла при назначении наказания за неоконченное преступление.

¹ См. например: Благов Е. В. Указ. соч. С. 65-81; Редин М. П. Указ. соч. С.84; Питецкий В. Назначение наказания за неоконченное преступление//Уголовное право. 2001. №4. С. 61.

ПОНЯТИЕ ОБЪЕКТА ПРЕСТУПЛЕНИЯ

*Наумов А. А.,
студент юридического факультета КемГУ*

Общепризнанно, что состав преступления является центральным институтом уголовного права, так как без понимания состава преступления в целом, а также отдельных его элементов понимание Особенной части уголовного права становится невозможным.

Одним из элементов состава преступления традиционно считается объект преступления. Его положение в рамках состава преступления является неоднозначным. Если понимание объективной и субъективной сторон преступления, а также субъекта преступления имеет четко выраженное практическое значение и понимание, то объект преступления является во многом абстрактной категорией, значение которой зачастую оценивается крайне невысоко.

Традиционно объект преступления используется для классификации составов преступления по разделам и главам Особенной части уголовного закона и для обоснования общественной опасности криминализированного деяния. Также объект преступления является одним из критериев определения фактической ошибки совершенного деяния. Кроме вышперечисленных случаев объект преступления как институт при квалификации реально не применяется. Более того, он считается «производным» элементом состава преступления, поскольку об объекте преступления можно сделать вывод, только проанализировав объективную сторону, предмет и субъект преступления.

Возможно, что такое положение сложилось в результате неверного понимания объекта преступления. Для вынесения суждения по этому вопросу нужно рассмотреть имеющиеся точки зрения на понятие «объект преступления».

Традиционной считается точка зрения, по которой объект преступления является общественным отношением. Ее родоначальником считается А. А. Пионтковский. Эта точка зрения, устоявшаяся к нашему времени, во время своего формирования была неоднородной по своему пониманию. В советское время объект преступления как общественное отношение понимали следующим образом:

1. Объект преступления – общественные отношения, охраняемые всем аппаратом уголовноправового принуждения¹. Такую точку зрения сформулировал сам Пионтковский, она же стала основой для современного понимания объекта преступления.

2. Необходимо различать объект правовой охраны и объект посягательства, которые не всегда совпадают. Сами эти понятия соотносятся как общее (объект правовой охраны) и частное (объект посягательства). Исходя из этого, объект преступления (объект правовой охраны) не входит в состав преступле-

¹ Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. М., Госюриздат. 1960. С. 15.

ния, в отличие от объекта посягательства¹. Такую точку зрения сформулировал Я. М. Брайнин.

3. Н. Д. Дурманов, В. Н. Кудрявцев полагали, что в результате совершения преступления объект преступления качественно изменяется таким образом, что ему причиняется вред².

4. Б. С. Никифоров, выделяя 3 элемента общественного отношения, – участники, отношения, условия реализации отношений, – указывал, что при посягательстве на общий и видовой объект страдает общественное отношение в целом, а при посягательстве на непосредственный объект – только условия реализации общественных отношений³. Поэтому непосредственный объект преступления – один из элементов общественного отношения, тогда как общий и видовой объекты – само общественное отношение.

Сейчас сторонниками теории объекта преступления как общественного отношения объект преступления понимается как охраняемые уголовным законом общественные отношения (т. е. почти так же, как и писал А. А. Пионтковский). При этом такая формулировка в настоящее время трактуется двояко:

1. Как фактические общественные отношения, которые непосредственно регулируются уголовным законом. Сторонников такой точки зрения подавляющее большинство, именно она является одной из господствующих.

2. Как уголовное правоотношение. Сторонников такой трактовки очень мало, например, В. Ю. Шарая⁴.

В настоящее время возрождаются дореволюционные традиции уголовного права, и появились сторонники альтернативных теорий общественного отношения.

Одной из таких теорий стала теория объекта преступления как интереса:

1. Еще в советское время Е. К. Каиржанов завуалированно указывал о том, что объектом преступления являются интересы, поскольку «изучение объекта...общественных отношений как объекта уголовно-правовой охраны возможно только через установление интереса, принадлежащего тому или иному социальному субъекту...»⁵. Он соотносил понятия «интерес» и «общественное отношение» как явление и сущность⁶. То есть объект преступления нужно понимать и как общественное отношение, и как интерес.

2. А. В. Кузнецов понимал интерес как составную часть общественного отношения⁷.

3. Наконец, объект преступления понимается просто как «интерес».

¹ Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. Л., Издательство Ленинградского университета. 1979. С. 5-6.

² Там же.

³ Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. М., Госюриздат. 1960. С. 115-116.

⁴ Шарая В. Ю. Объект преступлений против правосудия: Автореферат дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005. С. 13-14.

⁵ Глистин В. К. Проблема уголовно-правовой охраны общественных отношений. Л., Издательство Ленинградского университета. 1979. С. 64-66.

⁶ Винокуров В. Н. Интересы как способ конкретизации непосредственного объекта преступления // Журнал российского права. 2009. № 5.

⁷ Никифоров Б. С. Объект преступления по советскому уголовному праву. М., Госюриздат. 1960. С. 50.

В настоящее время никто не отрицает саму категорию «общественное отношение» как одну из фундаментальных в теории права. Поэтому сторонники понимания объекта преступления как интереса обязательно соотносят понятия «интерес» и «общественное отношение». Также всегда отмечается, что объектом преступления является не любой интерес, а охраняемый законом интерес (т. е. законный интерес).

Существует третья, менее распространенная концепция, по которой объект преступления – правовое благо. Такое понятие было господствующим до революции, где его поддерживал в т. ч. Н. С. Таганцев. Сейчас такое понятие поддерживается А. В. Наумовым. Однако эта точка зрения очень аморфна, поскольку не дает конкретных отличий правового блага от общественного отношения и интереса от правового блага.

Особая, четвертая, точка зрения заключается в том, что все вышеуказанные понимания объекта преступления не противоречат друг другу, различия между ними имеют чисто умозрительный характер и для практики не имеют большого значения. Поэтому объект преступления выражают через «общественные отношения, блага и интересы». Например, А. В. Макаров указывает, что «оба подхода к трактовке объекта преступления не являются взаимоисключающими. Уголовное законодательство берет под охрану те объекты, которые признаны ценностью (благом) обществом или государством, а также регулирует отношение к ним субъектов права. Иными словами, уголовное законодательство оберегает сложившиеся общественные отношения, охраняет блага и интересы»¹.

Специфической, пятой, точки зрения придерживаются Г. П. Новоселов и А. И. Коробеев. По их мнению, «объектом любого преступления... являются люди, которые в одних случаях выступают в качестве отдельных физических лиц, в другом случае – в виде некоторого рода множества лиц, имеющих или не имеющих статуса юридического лица, в третьем – в виде социума (общества)». Это объясняется тем, что любые воздействия виновного лица на предметы материального мира вне связи с человеком не являются ни положительными, ни отрицательными, поэтому преступный вред имеет место только тогда, когда причиняется вред человеку либо непосредственно, либо в составе группы².

Существует также шестая точка зрения, которую формулирует В. Н. Кудрявцев. По его мнению, объект преступления является двухуровневым, охватывает как фактические отношения, так и их правовую форму³.

Теперь выскажем свое мнение по поводу понимания объекта преступления. Большинство имеющихся точек зрения, на наш взгляд, являются несостоятельными, поскольку:

¹ Макаров А. В. Проблемы определения объекта общественно опасного деяния // Российский судья. 2005. № 10.

² Полный курс уголовного права: В 5 т. / Под ред. А. И. Коробеева. Т. I: Преступление и наказание. СПб., 2008. С. 340-342.

³ Винокуров В. Н. Объект преступления как элемент его состава // Журнал российского права. 2010. № 2. С. 53 – 61.

Исходя из общей теории права правоотношения – это урегулированные правом общественные отношения. Правоотношение имеет предпосылки возникновения и свою структуру.

Предпосылками правоотношения являются:

1. Материальные (общие):

- а. интересы людей. При этом охраняемые законом интересы являются законными интересами;
- б. объект – ценности и блага;
- в. наличие не менее двух субъектов.

2. Юридические (специальные):

- а. норма права;
- б. правосубъектность;
- в. юридический факт.

В структуру правоотношения включаются объект (не путать с объектом преступления), субъект и содержание. Под объектом правоотношения понимается либо поведение обязанного лица (монистическая теория объекта), либо различные социальные блага: материальные (имущество) и нематериальные блага (жизнь, здоровье, честь и достоинство и др.), а также действия субъектов права и его результаты (плюралистическая теория). Под содержанием правоотношения традиционно понимаются права и обязанности субъектов правоотношения.

Исходя из вышесказанного, охраняемые законом интересы и блага входят в число предпосылок (условий) возникновения правоотношения. Также блага являются объектом правоотношений. Люди (лица) как индивидуально, так и в рамках коллективов являются субъектами правоотношений. Поэтому альтернативные концепции понимания объекта преступления дают неполные понятия.

Выше шла речь не об уголовном правоотношении, а об общественном отношении, урегулированном регулятивными нормами, нарушение которых влечет наступление уголовной ответственности, т. е. о регулятивном правоотношении. Эти правоотношения – регулятивные и охранительные – нельзя путать, так как нарушение регулятивного правоотношения, предусмотренного нормой уголовного закона, влечет наступление охранительного уголовного правоотношения; совершение запрещенного уголовным законом деяния является основанием (юридическим фактом) возникновения уголовного правоотношения. Поэтому авторы, трактующие «охраняемые уголовным законом общественные отношения» как «уголовные правоотношения», смешивают два эти понятия.

На наш взгляд, объектом преступления является регулятивные правоотношения, которые охраняют уголовноправовые нормы и по поводу нарушения которых возникают уголовные правоотношения.

Мы полагаем, что охранительная норма не может существовать без наличия соответствующей регулятивной нормы. Другое дело, что то или иное общественное отношение может быть урегулировано с разной степенью интенсивностью: одни урегулированы только лишь нормой в Конституции РФ, другие детально регламентированы нормативными правовыми актами разных уровней.

Но в любом случае для каждой уголовноправовой нормы существует свое регулятивное правоотношение, которая эта норма охраняет. Таким образом, мы делаем вывод о том, что по сути любая правовая норма Особенной части уголовного права является бланкетной, но этот вопрос нуждается в отдельном исследовании.

Наиболее распространенная концепция – понимание объекта преступления как общественного отношения является как минимум неточной по следующей причине. На основе одного и того же общественного отношения выстраиваются и регулятивное, и охранительное правоотношение, первое следует за вторым и его же обеспечивает. Это означает, что уголовные правоотношения являются составной частью тех же общественных отношений, что и регулятивные отношения, по поводу нарушения которых и возникают уголовные охранительные. Поэтому логически целое (общественное отношение) не может быть элементом (объектом преступления) того, на основании чего (состав преступления) возникает часть целого (правоотношение). Именно поэтому объектом преступления не могут быть общественные отношения.

Таким образом, полагаем, что объект преступления – это регулятивное правоотношение. Такое понимание, на наш взгляд, сделает институт объекта преступления более практическим, к нему не будут относиться как к чему-то умозрительному.

ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНАЯ ПРОФИЛАКТИКА УБИЙСТВ, В КОТОРЫХ ОГОНЬ ВЫСТУПАЕТ КАК ОРУДИЕ ЛИБО КАК СРЕДСТВО СОКРЫТИЯ

*Дранезо Р. Г.,
ассистент кафедры уголовного процесса и криминалистики КемГУ.*

Для оптимального осуществления оперативно-розыскной профилактической работы, оперативному сотруднику желательно исследовать и постоянно анализировать (мониторинг территории) оперативную обстановку во вверенном ему участке (районе, территории и т. п.). В связи с этим, на первом этапе изучения оперативной обстановки, рекомендуем оперативным работникам, выяснить следующую совокупность факторов: 1) факторы, способствующие, провоцирующие и облегчающие совершение убийств, в которых огонь выступает как орудие либо как средство сокрытия; 2) факторы, связанные с характеристикой проживаемого населения.

К первой группе факторов (способствующих совершению убийств, в которых огонь выступает как орудие, либо как средство сокрытия), автор относит те, которые помогают совершению преступлений изучаемой категории.

Во-первых, наличие в населенном пункте аптек, пунктов бытовой химии, бензоколонок (либо иных пунктов, где население обеспечивается нефтепродуктами), котельных.

Во вторых, факторы, которые в силу своей специфики конспирируют преступный замысел, то есть облегчают совершение преступления, а именно: наличие на соответствующей территории заброшенных шахтных выработок, карьеров, наличие дорог федерального значения, открытых коммуникаций (например, колодцев), заброшенныхстроек, мусорных отвалов, свалок, наличие колодцев на придомовых участках, мест, где проживают бомжи, гаражей, лесных массивов, пустырей, железнодорожных разъездов, кладбищ, дачных домиков, бань. Подчеркнем, что оперативник также должен владеть информацией, имеются ли (и сколько) на его территории частных фирм по перегонке автомобилей и лиц, занимающихся частным извозом. Дело в том, что примерно в 16-20 % случаев, потерпевшими либо основными участниками преступления оказывались частные водители. Фактически, перечисленные нами места, где совершаются убийства изучаемой категории, представляют собой места повышенного риска.

В-третьих, к провоцирующим факторам, которые могут усилить активность лиц с низким социальным уровнем, с негативной криминальной направленностью, агрессивных лиц (имеющих большие либо незначительные отклонения в психике, наркоманов), к совершению убийств изучаемой категории, будем относить: резкое возрастание пожаров природного происхождения, в

связи с чем, оперативники должны быть готовы к поджогам, замаскированным под природные пожары. Например, когда один из соседей затаил чувство мести к другому соседу или когда (особенно это характерно для сельской местности) под природные пожары инсценируется поджог дома лиц, содержащих наркопритоны и т. п. Также к этой группе можно причислить следующие факторы: рост информации из СМИ, Интернета о пожарах, актах пиромании, сцен насилия (особенно, если это сопровождается излишним красным цветом, фоном¹). К числу провоцирующих факторов следует отнести время и сезон совершения преступлений изучаемой категории, а именно: максимальные пики убийств, в которых огонь выступает как орудие либо как средство сокрытия, наблюдаются с 0 до 4 ч., и с 19 до 23 ч. и приходится преимущественно на декабрь – февраль, апрель и август – сентябрь.

Вторая группа факторов связана с характеристикой проживаемого населения и включает в себя: совершенные поджоги, умышленное уничтожение чужого имущества, убийства, в которых огонь выступает как орудие, либо как средство сокрытия и в особенности те преступления, которые предшествуют этому тяжкому деянию – разбои, кражи, хулиганства, изнасилования и т. п. Кроме того, для реализации второго фактора оперативник должен решить следующие задачи: оценить, сколько лиц привлечены за соответствующие преступления, сколько поступило заявлений со стороны потерпевших относительно угроз расправы над ними, сколько лиц проживает с погашенной и непогашенной судимостью, сколько лиц страдают алкоголизмом и наркоманией и состоят на учете в наркодиспансере, сколько лиц с неустойчивой психикой, и сколько из них состоят на учете в психдиспансере и т. п.

Не определив круг описанных выше факторов, оперативному работнику будет сложно тактически грамотно провести отдельные оперативно-розыскные мероприятия (ОРМ), например, опрос родственников и близких знакомых подозреваемого лица, не зная того обстоятельства, что, как правило, его родственники и близкие либо в курсе, либо по тем или иным причинам догадываются о совершенном им преступлении.

После того, как оперативная обстановка будет изучена, оперативный сотрудник приступает к приисканию соразмерных сил и средств ОРД с обязательным учетом всех перечисленных выше моментов.

Во-первых, это создание собственной агентурной сети, где, зная специфику изучаемой категории уголовных дел, в качестве агентов, либо конфидентов могут выступать:

- соседи, проживающие рядом с лицами, представляющими оперативный интерес (круг лиц оговорен выше);
- родственники и знакомые лиц оперативной заинтересованности;
- лица, ранее привлекаемые к уголовной ответственности;
- пожарные работники;
- медицинские работники (судебный медик, врач-венеролог, провизоры);

¹ Кестле Г. Поджоги: выявление, исследование, предупреждение. На немецком языке. Рихард БООРБЕРГ. Штуттгарт; Мюнхен; Ганновер; Берлин; Веймар, 1992.

- продавцы в пунктах бытовой химии и на пунктах отпуска нефтепродуктов;
- в случае необходимости привлечения иных лиц (таксисты, учителя¹ и т. п.).

Во-вторых, наверное, самым главным на подготовительном этапе будет являться планирование и тщательное продумывание тактических особенностей проведения необходимого комплекса ОРМ. Получаемая при этом информация, отвечающая требованиям ценности, достоверности, достаточности, избыточности и т. п. может и должна рассматриваться как информационный продукт, готовый к уголовно-процессуальному применению без дополнительного преобразования при его высоком качестве².

Обнаружить признаки (вероятного) преступления значит сделать возможным доступ к получению следов противоправного деяния. Понятно, что на стадии выявления признаков противоправного деяния от оперативника потребуются знания криминалистики, в частности, знание следовой картины, характерной для признаков зарождения умысла на убийство, в которых огонь выступает как орудие либо как средство сокрытия. Изучение материалов уголовных дел показало, что охарактеризовать следы признаков преступления удобнее всего воспользовавшись общепринятой в криминалистике классификацией следов на идеальные и материальные.

К идеальным следам, то есть к тем следам, которые отображаются в сознании людей, мы отнесем:

- угрозы со стороны лиц оперативной заинтересованности;
- информация лица оперативной заинтересованности своим знакомым о том, что последний желает и готовит совершить преступление;
- сведения о наличии канистры (либо иной емкости) с горючим веществом в доме (квартире) разрабатываемого лица;
- сведения о беспричинном наличии у объекта оперативной заинтересованности зажигалок, спичек, особенно если разрабатываемое лицо не курит;
- конфликты, возникающие между жильцами населенного пункта и лицами, которые могут держать наркопритоны, что должно фиксироваться уполномоченными-участковыми;
- конфликты, между бывшими супругами, либо сожителями, в особенности затяжные конфликты;
- сведения, поступающие от агентов, относительно приезжих лиц подозрительного вида и поведения;
- информация от родственников или от соседей лица оперативной заинтересованности о том, что последний обращался к ним с просьбой дать канистру

¹ Изучение уголовных дел показал, что учителя (или воспитатели) в большей своей части не обходят стороной поведение и интересы учащихся, а значит, в курсе, кто из подростков имеет агрессивную направленность, признаки отставания в психическом развитии в рамках своей возрастной группы, употребляет алкоголь, наркотики, кто из учеников поджигал школьный подвал, чердак, траву на пришкольном участке и т. п. Исходя из сказанного, учителя могут представлять оперативный интерес и выступать в роли конфиденентов.

² Зникин В. К. Теоретические и прикладные основы оперативно-розыскного обеспечения раскрытия и расследования преступлений: учебн. пособие / В. К. Зникин; Кемеров. гос. ун-т. Кемерово: ИПП «Кузбасс», 2008.

с горючим (чаще всего с бензином) или набрать канистру с горючим веществом.

Данная ситуация не такая редкая и встречается примерно в 20 % случаев от изученных нами дел. В уголовном деле № 962274¹, гр. С. обвинялся в убийстве трех лиц путем нанесения последним большого числа ударов топором с последующим сокрытием следов убийства путем сожжения трупов с помощью бензина. Обвиняемый гр. С. незадолго до совершения преступления вместе со своим знакомым приходил домой к своему отцу с целью набрать в канистру бензин, объяснив при этом, что он необходим для поездки. Факт того, что обвиняемый незадолго до совершения убийства приходил к отцу за бензином, подтверждается и некоторыми свидетелями, которые, ко всему прочему, указали на нетрезвое состояние гр. С. и его взволнованный вид. Понятно, что владея подобными знаниями, оперативные работники своевременно могут осуществлять предупреждающие и пресекающие меры на вверенных участках.

К материальным следам, возникающим на этапе зарождения умысла, будем относить:

- материальные носители (записки, телефонные и иные средства коммуникации, к примеру, электронная почта и т. п.), на которых запечатлена информация с угрозой расправы над жертвой;
- наличие зажигалок или спичек в доме (квартире), либо при лице оперативной разработки;
- запах дыма и/или легковоспламеняющейся жидкости в квартире (доме) лица оперативной заинтересованности;
- приискание, либо синтез самовоспламеняющихся химических веществ в целях имитации самовозгорания;
- приискание средств, предметов или орудий, облегчающих совершение преступления изучаемой категории (автомобиль, огнестрельное или травматическое оружие, канистра с ЛВЖ, снотворное, подпорка, удавка и т. п.);
- приискание средств, способствующих реализации преступного замысла (большие суммы денег, поддельные документы);
- поиск так называемых «наемных факелов»², тех лиц, которые не имеют отношение к убийству, но уничтожают его следы посредством огня.

Угрозы со стороны субъекта преступления, направлены, в первую очередь, на родственников и близких, среди которых чаще всего встречаются жены (мужья), бывшие жены (бывшие мужья), сожительницы, бывшие сожительницы, тети, бабушки и дедушки, во вторую очередь – на своих соседей или знакомых. Мотивами угроз служат в основном бытовые причины: невозвращение долга, длительный конфликт на почве ревности, нежелание бывшей сожительницы вновь сойтись с лицом оперативной заинтересованности, а также отказ жены или сожительницы прописать последнего в квартире (доме), месть за

¹ Архив уголовных дел Кемеровского областного суда за период с 1989 по 2011 гг.

² Criminal Profiling: An Introduction to Behavioral Evidence Analysis // Brent E. Turvey. Hardcover, 462 pages. Published by Academic Press, June, 1999; Ахмедшин Р. Л. Психолого-криминалистическая характеристика социально-дезадаптированной личности преступника Дис. ... канд. юрид. наук. Томск, 1999. 180 с.

прошлые заявления по аналогичным преступлениям, а именно: угроза убийством, покушение на убийство, либо поджог имущества и т. п. Интересно отметить, что заподозренное лицо имело снятую, либо непогашенную судимость. Согласно материалам уголовных дел, практически всегда отмечалась отрицательная работа участковых уполномоченных и следователей (дознавателей) на этапе проверки сообщения о преступлении, когда, в силу различных причин (включая и случаи укрывательства), вовремя не возбуждают уголовные дела.

Отметим также важную информацию для оперативников: примерно в 20 % случаев, совершению тяжких и особо тяжких преступлений, связанных с огнем, предшествовали именно угрозы. В 12 % случаев, потерпевшие обращались с заявлением в правоохранительные органы, однако, по тем или иным причинам, заявление не рассматривалось, в лучшем случае, проводились предупредительные беседы, которые, как мы уже знаем, ни к какому результату не привели.

При этом угрозы заключались, как правило, в сожжении заживо потерпевших (к примеру, такие угрозы как «я вас сожгу» и т. п.), либо в уничтожении их имущества также путем сожжения. Нами установлена, по словам Л. Г. Видонова¹ очевидная корреляционная связь между количеством свидетелей и поведением подозреваемого до совершения преступления. А именно, когда подозреваемый до убийства делает многочисленные угрозы убийством, уничтожением имущества путем поджога своих знакомых, соседей, родственников, то, как правило, при данной ситуации вовлекается большое количество свидетелей. Помимо словесных угроз, субъект преступления, может излагать угрозы в виде записок, по телефону, а также посредством электронной почты.

Интересно отметить, что полученные нами результаты соответствуют тем тенденциям, которые обнаружил Л. Г. Видонов в отношении убийств женщин в возрасте 24-89 лет в жилых помещениях, когда субъектами преступления в более чем 80 % случаев оказывались родственники потерпевших. Однако автор не упоминает про угрозы расправы над жертвой. Видимо, огонь как весьма мощное средство психологического воздействия на жертву привносит свою специфику в типовые ситуации, связанные с убийствами в виде угроз сожжения потерпевших.

Другой, часто встречаемой деятельностью, которая предшествует убийству, сопряженному с огнем, оказывается приискание канистры с горючим веществом, автомобиля, огнестрельного (чаще всего охотничьего) или травматического, либо пневматического оружия, большой суммы денежных средств, психотропных веществ (например, аминазин), снотворных препаратов и т. п. Изучая эмпирическую базу, мы находим, что, примерно в 16-20 % случаев, субъекты преступления перед задуманным убийством занимались приисканием средства передвижения и огнестрельного или иного оружия.

¹ Видонов Л. Г. Типовые следственные ситуации первоначального этапа следствия по делам об убийствах. Криминалистические взаимосвязи между элементами состава преступлений данного вида и методика выдвинутая версий о лицах, совершивших убийства без очевидцев на основе указанных взаимосвязей. Н. Новгород, 2003.

Как правило, подобной деятельностью занимаются лица, состоящие в предварительном сговоре, либо в банде, один или несколько членов которой, имеют в прошлом судимость. Следует отметить, что, как правило, родственники, либо близкие знакомые лиц оперативной заинтересованности догадываются о готовящемся преступлении или не придают значения тем событиям, свидетелями которых они были.

Так, из материалов уголовного дела № 860698¹, вероятнее всего следует, что жена заподозренного в совершении убийства двух граждан Монголии выстрелами из ружья и последующего сокрытия следов преступления путем поджога автомобиля с трупами лица, по признакам (покупка старой (неприметной) иномарки; подготовка к перегонке автомобилей ружья; наличие канистры с бензином; отъезд на перегонку с гражданами Монголии без сотрудников фирмы по перегонке автомобилей; подготовка в дорогу большой суммы денег (чего раньше не делал), догадывалась о том, что ее муж может совершить противоправное деяние, однако, как отметила при допросе, не предавала этому особое значение.

Так или иначе, создается впечатление, что те лица, которые перед убийством демонстрируют угрозы (словесные, на бумажном или электронном носителе) расправы над жертвой, занимаются приисканием средств и предметов, облегчающих совершение преступления, без применения при этом каких-либо явных элементов конспирации. Все это позволяет предполагать у данных лиц психопатические и психотические наклонности (акцентуации) в стадии декомпенсации, что проявляется в виде неспособности (нежелания) учитывать интересы окружающих и возможные негативные последствия своих действий. В таком состоянии у человека проявляются скрытые в норме патологические («запрещенные») желания, доминанты. Таким образом, деятельность человека приобретает целеустремленный, направленный, ригидный характер и по ее внешним признакам (оговорки, угрозы, мелкие проступки) можно достаточно просто предсказать ее исход.

К сожалению, чаще всего окружающие (те, кого это лично не касается) не проявляют должного внимания к таким угрозам, так как оценивают их с позиции статистики (мало ли кто что говорит). Но даже поверхностный психологический, патопсихологический, психиатрический анализ анамнеза и самих проявлений позволил бы вовремя оценить и, возможно, предупредить угрозу.

Это подтверждается и заключениями судебно-психиатрической экспертизы в отношении указанной категории лиц. К примеру, в уголовном деле № 248539² некто гр. К. демонстративно (при свидетелях) угрожал своей сожительнице расправой над ней, так как женщина не желала прописывать его у себя в квартире. На допросе женщина показала, что ее сожитель хранил у себя пятилитровую канистру с бензином. Судя по материалам дела, в заявлении в правоохранительные органы по поводу многочисленных угроз убийством со стороны ее сожителя, женщина указала на наличие у последнего канистры с го-

¹ Архив уголовных дел Кемеровского областного суда за период с 1989 по 2011 гг.

² Архив уголовных дел Кемеровского областного суда за период с 1989 по 2011 гг.

рючим. Однако милиция на факт наличия канистры и само заявление ни как не прореагировала. В выводах судебно-психиатрической экспертизы было отмечено, что у гр. К. имеются остаточные явления органического поражения центральной нервной системы с психопатизацией личности (не исключающие вменяемости).

Исходя из сказанного на этапе выявления признаков (следов) убийства, в которых огонь выступает как орудие, либо как средство сокрытия, можно предложить оптимальный комплекс проведения отдельных ОРМ.

По изученным материалам уголовных дел, самыми эффективными оказываются такие ОРМ как: опрос, наведение справок, сбор образцов для сравнительного исследования, исследование предметов и документов, наблюдение, отождествление личности, обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, оперативное внедрение и оперативный эксперимент. Также, эффективна иная оперативно-розыскная работа, например, изъятие записок у лиц, содержащихся в СИЗО¹, работа с агентами, уполномоченными-участковыми и др.

В ситуациях, предшествующие совершению преступления используются не все перечисленные выше ОРМ, а только их оптимальный комплекс. Так, при получении сведений о вероятном или готовящемся убийстве, оперативники принимают решения о том, какие именно ОРМ наиболее эффективны в данном случае и тщательно планируют их проведение. В этой связи уместнее провести комплекс ОРМ со следующей, на взгляд автора, оптимальной последовательностью: наведение справок, опрос, далее возможно параллельное проведение трех ОРМ – наблюдение, прослушивание телефонных переговоров и обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств, далее – сбор образцов для сравнительного исследования.

После получения достаточных сведений, оперативники могут параллельно разрабатывать два мероприятия – оперативный эксперимент и оперативное внедрение, как наиболее эффективные меры по предупреждению и пресечению убийств, в которых огонь выступает как орудие, либо как средство сокрытия, когда мы имеем дело с преступными группами. Как показывает следственно-судебная практика, в составе преступной группы, изучаемая категория убийств совершались в более чем половине случаев.

В заключение скажем, что мы солидарны с мнением В. А. Бодренкова² о необходимости разработки критериев оценки эффективности оперативно-розыскного обеспечения предупреждения, пресечения и профилактики преступлений.

¹ Баев О. Я. Посягательства на доказательственную информацию и доказательства в уголовном судопроизводстве (правовые и криминалистические средства предупреждения, пресечения и нейтрализации последствий: проблемы и возможные решения) // СПС КонсультантПлюс. 2009.

² Бодренков В. А. Проблемы оперативно-розыскного обеспечения предупреждения совершения преступлений: Монография / Под ред.: Зникин В. К., Халиулин А. Г., Шумилов А. Ю. М.: Изд. Дом Шумиловой И. И., 2009.

РОЛЬ ПРОКУРОРА В ПРОИЗВОДСТВЕ ПО ПРЕДАНИЮ СУДУ. СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ НА ПРИМЕРЕ РФ, ФРГ, США И АНГЛИИ

*Никитин М. А.,
студент юридического факультета КемГУ*

Предание суду имеет огромное значение для уголовного процесса, ибо в данном производстве происходит проверка материалов уголовного дела с целью его направления для судебного разбирательства. В России на современном этапе де-юре институт предания суду не закреплен как самостоятельный институт, но де-факто он имеет место в отечественном уголовном процессе. На данный момент выделяется формально не закрепленный порядок, по которому вопрос о предании обвиняемого суду осуществляется обвинительной властью – утверждением прокурором обвинительного заключения¹. Прокурор выступает своеобразным фильтром уголовных дел, проверяющим обвинительное заключение следователя. Функции прокурора в производстве предания суду регулируются УПК РФ – относительно молодым законодательным актом, который нельзя назвать стабильным вследствие постоянно вносимых изменений. Видится необходимым провести анализ достоинств и преимуществ того, как осуществляется деятельность прокурора по уголовному делу, поступившему с обвинительным заключением, в странах с различными правовыми системами для заимствования положительного опыта нормативно закрепленной и существующей на практике организации деятельности органов прокуратуры по рассматриваемому вопросу. Полезно проанализировать то, к чему в итоге приведут изменения в УПК РФ. Для рассмотрения данного вопроса взяты страны разных правовых систем. От Континентальной системы права – РФ и ФРГ, от Англосаксонской системы – США и Англия. Для систематизации анализа предлагается сравнение по основным для рассматриваемого производства направлениям: кем формируется и утверждается обвинение, кто может влиять на составление обвинительного заключения, кем обвинительное заключение представляется в суд, роль суда в предании суду.

На современном этапе развития в России предварительное следствие осуществляет независимый орган: Следственный Комитет и обвинение фактически лично формирует следователь. Прокурор же в силу п. 1 и 2 ч. 1 ст. 221 УПК РФ утверждает обвинительное заключение и направляет уголовное дело в суд, либо возвращает уголовное дело следователю для производства дополнительного следствия или внесения изменений в обвинение. Лично вносить поправки в обвинительное заключение прокурор полномочий не имеет. Прокурор может оказывать влияние на составление обвинительного заключения только путем неподписания обвинительного заключения и возвращения уголовного дела следователю с письменными указаниями. Роль суда в производстве преда-

¹ Юркевич Н. А. Институт предания суду в России от реформы до реформы. Издательство Томского Университета, 2003.

ния суду в отечественном уголовном процессе заключается в проверке судьей подсудности уголовного дела, соблюденных процессуальных формальностей и выяснению оснований проведения предварительного слушания по рассматриваемому делу.

В свою очередь, в ФРГ действует принцип монополии прокуратуры возбуждать уголовное преследование во всех случаях совершения преступления (§ 152 УПК ФРГ), а расследование осуществляется как прокурором, так и полицией и следственным судьей. Предварительное расследование заканчивается вынесением сформулированного прокуратурой постановления. У прокурора есть возможность прекратить процесс, отправить дело на доследование или предъявить обвинение, если проведенное дознание дает для этого достаточный повод. Под поводом в теории и на практике однозначно понимается достаточное подозрение – прокурор, возбуждающий публичное обвинение, не должен быть уверен в виновности обвиняемого, а только высказывает прогноз, имеется ли в данном случае и в какой мере шанс осуждения обвиняемого судом¹. Прокурор передает обвинительное заключение в суд². Суд в закрытом заседании решает вопрос о необходимости открытия судебного разбирательства, если результаты подготовительного производства свидетельствуют о наличии достаточного подозрения в совершении уголовно наказуемого деяния в отношении подсудимого, или о прекращении процесса³.

Так как в Англии единого уголовно-процессуального кодекса не принято, а стиль изложения законов таков, что оставляет широкую возможность для судебного усмотрения, она остается ярким примером государства прецедентного права. В Англии, где нет института прокуратуры в нашем понимании, функции возбуждения уголовных дел с 1985 г. перешли от полиции к Государственной обвинительной службе, возглавляемой Генеральным атторнеем, и к находящемуся у него в подчинении Директору публичных преследований, который, в свою очередь, назначает на должность королевских обвинителей⁴. Уголовное преследование осуществляется, главным образом, полицией, которая производит расследование, составляет обвинение и передает дело в суд, но может осуществляться и любым физическим или юридическим лицом в соответствии с концепцией общегражданского обвинения, действующей в современном английском процессе. Стадия предварительного производства в суде имеет место только в том случае, когда разбирательство уголовного дела осуществляется в порядке судопроизводства с обвинительным актом – исключительно по тяжким уголовным делам⁵. Предание суду по делам о преступлениях, преследуемых по обвинительному акту, осуществляется судьей-магистратом в ходе состязатель-

¹ Пашин С. А. Выступление на Научно-практической конференции 15 - 16 декабря 1994 г. // Проблемы реформы уголовно-процессуального законодательства в проектах Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации. М., 1995. С. 27.

² Габриэлэ Розэ. Введение в немецкое уголовно-процессуальное право. Издательский центр Красноярского государственного университета, 2001. С.13.

³ Бойльке Вернер. Уголовно - процессуальное право ФРГ. Красноярск, 2004. С.208.

⁴ Щерба С. П., Додонов В. Н. Полномочия прокуроров на досудебных стадиях в уголовном процессе Германии, Франции, Англии, Италии и Испании // СПС «Консультант - плюс».

⁵ Лупинская П. А. Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. М.: Юрист, 2001.

ного судебного заседания – предварительного слушания, где решается вопрос о достаточности доказательств, предъявленных стороной обвинения, для передачи дела в суд для рассмотрения его по существу. Судья-магистрат наделен правом прекратить уголовное дело, если сторона обвинения не представила доказательств виновности обвиняемого, убедительных хотя бы на первый взгляд. Данная процедура снижает вероятность направления дела в суд при явной недостаточности доказательств виновности обвиняемого. Важной отличительной особенностью данного варианта предания суду является то, что это решение принимается независимыми специальными судьями-магистратами, которые не будут далее рассматривать дело по существу.

В настоящее время в США прокуратура не представляет собой централизованную систему. Существует федеральная прокуратура (федеральная атторнейская служба) и прокуратура штатов и городов (атторнейская служба), которые независимы друг от друга. Прокуроры (атторнеи) решают вопросы о возбуждении уголовного преследования, могут сами производить расследование совершенных преступлений, в том числе производить расследование по делам, начатым полицией¹, а также по собственному усмотрению решать вопрос о целесообразности или нецелесообразности уголовного преследования в отношении конкретных лиц. Стадия предварительного расследования в случае достаточности доказательств (при совершении фелонии – тяжкого преступления), завершается составлением обвинительного заключения или «информации». По делам о фелониях предание суду (проверка доказательств, собранных против обвиняемого) осуществляется в двух формах. Первая – посредством составления и утверждения прокурором «информации» рассматриваемой судьей или судьей-магистратом на предварительном слушании дела. Вторая – Большим жюри – случайно выбранной группой частных лиц, отобранных для изучения исключительно обвинительных материалов уголовного дела, которые большинством голосов должны установить, что имеются достаточные основания полагать, что обвиняемый по делу совершил преступление². После производства предания суду обвиняемый доставляется в суд первой инстанции на распорядительное заседание, на котором ему официально предъявляется обвинение.

Анализ рассмотренных выше правовых систем позволяет сделать вывод о том, что в данных государствах фактически существует институт предания суду. Процедуры сходны у стран одной правовой системы, но везде имеют место различия. Установление одного «наилучшего» варианта предания суду невозможно, но всегда существует вероятность заимствования для отечественного уголовного процесса наиболее удачных норм. Безусловно, полезным является влияние прокурора на уголовное дело и обвинение, путем возбуждения уголовного преследования и составления обвинения, как в ФРГ, Англии и США. Роль суда в производстве предания суду наиболее удачно имеет место в Английском уголовном процессе, где существует специальный независимый и не имеющий отношения к другим судам судья-магистрат, осуществляющий проверку мате-

¹ Крюков В. Ф. Уголовное преследование в досудебном производстве: уголовно-процессуальные и надзорные аспекты деятельности прокурора // СПС «Консультант - плюс».

² Бернам У. Правовая система Соединенных Штатов Америки. Москва, РИО «Новая юстиция», 2006. С.456.

риалов дела до передачи в суд, а так же осуществляется первоначальная проверка достаточности доказательств для дальнейшего движения дела.

Судя по последним изменениям в УПК РФ, законодатель стремится уменьшить роль прокуратуры, как в рассматриваемом производстве, так и во всем уголовном процессе. Однако опыт других стран с длительно существующим стабильным уголовно-процессуальным законодательством свидетельствует об эффективности такого положения, где прокуратура имеет большое количество функций, полномочий и обязанностей в сфере уголовного процесса. Именно сильная прокуратура является залогом как хорошо функционирующего уголовного процесса, так и крепкого правового государства.

АНАЛИЗ ПРАКТИКИ ПРИНЯТИЯ РЕШЕНИЯ ПО РЕЗУЛЬТАТАМ ПРОВЕРКИ СООБЩЕНИЯ О ПРЕСТУПЛЕНИИ ЧАСТНОГО ОБВИНЕНИЯ

*Петрушин А. И.,
Аспирант ЮИ ТГУ*

Как известно, уголовные дела частного обвинения по общему правилу возбуждаются путем подачи потерпевшим заявления мировому судье. Вместе с тем, как показывают результаты изучения уголовных дел, подавляющее большинство (89 %) пострадавших от преступлений указанной категории первоначально обращаются с заявлениями о совершении преступления в органы, осуществляющие предварительное расследование. Таким образом, несмотря на известную специфику преследования в порядке частного обвинения, обеспечение потерпевшему доступа к правосудию в значительной степени зависит от результатов деятельности правоохранительных органов.

Одними из наиболее значимых в рамках проверки сообщения о преступлении частного обвинения являются вопросы, связанные с принятием решения по ее результатам. Действующее законодательство предусматривает возможность принятия трех видов решений по результатам проверки сообщения о преступлении частного обвинения: о возбуждении уголовного дела, об отказе в возбуждении уголовного дела, а также о передаче заявления потерпевшего мировому судье. Принятие конкретного решения зависит от нескольких групп обстоятельств, таких как:

- обстоятельства, ограничивающие дееспособность потерпевшего;
- обстоятельства, указывающие на признаки преступления, преследование за совершение которого осуществляется в публичном порядке;
- обстоятельства, свидетельствующие о необходимости соединения уголовных дел, совершенных одним лицом;
- обстоятельства, осложняющие следственную ситуацию;
- заявление потерпевшим ходатайства о проведении предварительного расследования.

В случае отсутствия обстоятельств, указывающих на невозможность упрощенного порядка уголовного преследования, предварительная проверка должна завершаться вынесением постановления о передаче сообщения мировому судье. Как правило, должностные лица действуют в соответствии с законодательством. Однако, в ряде случаев, наряду с постановлением о передаче сообщения мировому судье или вместо него выносится постановление об отказе в возбуждении уголовного дела. Проведенное исследование показывает, что подобная практика получила распространение в Томской области (35 %), тогда как в Новосибирской и Кемеровской областях подобные случаи являются единичными. Вынесение указанного постановления противоречит логике развития уголовного судопроизводства, что отражается в его содержании. Во-первых, обосновывая свое решение, должностные лица не рассматривают наличие оснований, предусмотренных ст.24 УПК РФ, фактически основанием для отказа в возбуждении уголовного дела в таких случаях становится квалификация деяния как преступления частного обвинения. Констатируя факт совершения конкретным лицом преступления, следом принимается решение о прекращении уголовного преследования, таким образом, описательная и резолютивная часть такого постановления противоречат друг другу. Например, в резолютивной части постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, содержащегося в материалах дела № 1-37/10, имеется следующее положение: «По факту причинения телесных повреждений и высказывания оскорблений рекомендовать Н., С., В. обратиться в мировой суд»¹.

Кроме того, приходится признать, что вывод о квалификации деяния как преступления частного обвинения часто происходит на основании установления лишь факта причинения вреда здоровью и степени его тяжести, без учета иных признаков объективной стороны и других элементов состава преступления. Например, в постановлении об отказе в возбуждении уголовного дела, содержащегося в деле № 1-04/10², указывается на выявление факта неоднократного нанесения побоев потерпевшему, что, как известно, указывает на возможность квалификации действий как истязания и исключает частный порядок уголовного преследования.

Во-вторых, необходимо учитывать, что согласно п. 5 ч. 1 ст. 27 УПК РФ наличие неотмененного постановления об отказе в возбуждении уголовного дела является безусловным основанием для прекращения уголовного преследования. Таким образом, мировой судья формально уже не может принять заявление потерпевшего к рассмотрению. Несмотря на указанное положение законодательства, на практике не было встречено случаев отказа мировым судьей в принятии заявления к рассмотрению или обжалования приговора по делу частного обвинения на основании п. 5 ч. 1 ст. 27 УПК РФ.

В-третьих, стоит отметить, что средний срок, проходящий с момента вынесения постановления об отказе в возбуждении уголовного дела до момента принятия мировым судьей заявления к производству (71 день), более чем в два

¹ Дело №1-37/10 // Архив мирового судьи участка № 1 Кировского района г. Томск.

² Дело №1-04/10 // Архив мирового судьи участка № 4 Кировского района г. Томск.

раза превышает аналогичный срок, проходящий с момента вынесения постановления о передаче заявления мировому судье (32 дня). Так как длительность периода, проходящего с момента отказа в возбуждении уголовного дела до момента подачи потерпевшим заявления мировому судье зависит исключительно от действий самого потерпевшего, можно предположить, что одной из причин указанного обстоятельства является составление потерпевшим негативного представления о работе правоохранительной системы и, соответственно, снижение готовности обращаться к официальным лицам за разрешением конфликта. Например, из материалов дела № 1-04/10¹ следует, что постановление об отказе в возбуждении уголовного дела было вынесено 12 апреля 2007 г., впоследствии потерпевший обратился с заявлением к мировому судье только через полгода, а именно 15 октября 2007 г. К слову сказать, указанное дело было прекращено в связи с истечением сроков давности привлечения к уголовной ответственности, чего могло бы не произойти в случае принятия должностным лицом законного и обоснованного решения по результатам проверки заявления потерпевшего.

В-четвертых, в случае принятия решения об отказе в возбуждении уголовного дела, материалы предварительной проверки не направляются мировому судье, и в дальнейшем могут быть получены только путем направления запросов об истребовании необходимых документов. Указанное обстоятельство влечет, с одной стороны, повышение трудоемкости рассмотрения дела, с другой – увеличение сроков уголовного судопроизводства.

Стоит оговориться, что действующее законодательство предусматривает возможность принятия следователем (дознавателем) решения об отказе в возбуждении уголовного дела частного обвинения. Из смысла п. 5 ч. 1 ст. 24 УПК РФ следует, что такое решение будет являться законным в случае, если проверка производилась по инициативе должностного или третьих лиц, и при этом потерпевший не изъявил желания начать уголовное преследование обидчика. Передача материалов предварительной проверки мировому судье без получения согласия потерпевшего и, тем более, против его воли должна рассматриваться как необоснованное вмешательство правоохранительных органов в уголовное преследование по делам частного обвинения.

Таким образом, вынесение следователем (дознавателем) постановления об отказе в возбуждении уголовного дела частного обвинения, при наличии заявления потерпевшего и выявлении признаков состава преступления частного обвинения, на наш взгляд, следует рассматривать как одну из форм уклонения от исполнения служебных обязанностей или сокрытия преступлений от учета, что, в свою очередь, безусловно, является фактором, ограничивающим доступ к правосудию.

Наряду с отмеченным, можно выделить ряд нарушений при принятии решения о передаче сообщения мировому судье. Указанное решение является итоговым в рамках проведения предварительной проверки сообщения о преступлении, как и любое другое итоговое решение, направление сообщения ми-

¹ Дело №1-04/10 // Архив мирового судьи участка № 4 Кировского района г. Томск.

ровому судье должно быть обоснованным и содержать вводную, описательно-мотивировочную и резолютивную части. В основе такого решения должна лежать проверка и оценка всех обстоятельств, свидетельствующих о возможности упрощенной процедуры уголовного судопроизводства. Тем не менее, в ходе изучения материалов уголовных дел нам не удалось встретить ни одного должным образом составленного постановления о направлении заявления потерпевшего о совершении преступления мировому судье – в действительности содержание указанного постановления аналогично содержанию сопроводительного письма. Несоблюдение правил процессуальной формы приводит к необоснованному выводу о передаче заявления мировому судье.

Первой группой обстоятельств, оценка которых необходима при принятии решения в порядке ст. 145 УПК РФ являются обстоятельства, предполагающие ограничение процессуальной дееспособности потерпевшего. Изучение материалов уголовных дел показывает, что проведение предварительного расследования на основании ограниченной дееспособности потерпевшего происходит только при совершении преступления в отношении несовершеннолетних. Стоит отметить, что из совокупности изученных уголовных дел не было встречено ни одного случая проведения предварительного расследования на основании беспомощного состояния пострадавшего, несмотря на наличие в ряде случаев предпосылок к этому. Так, по одному из дел частного обвинения потерпевшая на момент возбуждения уголовного дела находилась в возрасте 70 лет, к тому же являлась инвалидом третьей группы, тем не менее, в постановлении о передаче сообщения мировому судье данные обстоятельства не получили юридической оценки¹. Вместе с тем ряд судебных заседаний по указанному делу переносился по причине плохого самочувствия частного обвинителя, что, наряду с отмеченными обстоятельствами, свидетельствует об ограниченной способности потерпевшей самостоятельно представлять обвинение в суде.

Еще одной группой обстоятельств, оценка которых необходима при принятии решения в порядке ст. 145 УПК РФ, являются признаки совокупности преступлений или совершения преступлений, преследование за совершение которых не может происходить в порядке частного обвинения. Согласно данным официальной статистики, в 2011 г. мировые судьи передали по подведомственности и подсудственности 1635 (1,5 %) заявлений потерпевших, переданных из органов предварительного расследования². Думается, что количество случаев отсутствия оценки органами предварительного расследования признаков, указывающих на совершение преступлений публичного обвинения существенно больше. Например, в ходе собственного исследования были выявлены случаи рассмотрения мировыми судьями дел при наличии обстоятельств, указывающих на нанесение побоев с целью возврата долга³, причинение побоев свя-

¹ Дело № 1-03/11 // Архив мирового судьи участка № 5 Рудничного района г. Кемерово.

² О деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей (без военных судов) за 2011г. [Электронный ресурс]: Сводные статистические формы // Режим доступа: <http://www.cdep.ru> (дата обращения: 01.05.2012).

³ Дело №1-01-10/1 // Архив мирового судьи участка №1 Ленинского района г. Кемерово.

занное с незаконным проникновением в жилое помещение¹, побои, сопровождающиеся угрозой убийством² и другими. В одном из случаев мировому судье седьмого участка Дзержинского района г. Новосибирска поступил материал КУСП № 26735, для рассмотрения в порядке частного обвинения, в котором содержались сведения о причинении потерпевшему черепно-мозговой травмы, повлекшей наступление смерти последнего.

Таким образом, можно сделать вывод, согласно которому основными ошибками при вынесении итогового решения по результатам проверки сообщения о преступлении частного обвинения являются: вынесение постановления об отказе в возбуждении уголовного дела при наличии признаков состава преступления частного обвинения и заявления потерпевшего, а также принятие итогового решения без оценки обстоятельств, препятствующих упрощенной процедуре уголовного преследования.

ПОНЯТИЕ, ПРИНЦИПЫ ЮВЕНАЛЬНОЙ ЮСТИЦИИ В РОССИИ И ЕЁ СВЯЗЬ С ГРАЖДАНСКИМ ОБЩЕСТВОМ

*Пермикин Д. В.,
студент юридического факультета КемГУ*

Проблема становления ювенальной юстиции в России не теряет своей актуальности в силу многих причин. Но требование по скорейшему разрешению этой проблемы очевидно.

Постановление Правительства Москвы от 06.04.2010 № 269-ПП «О Городской межведомственной программе «Дети улиц» на 2010-2012 гг.» содержало такие понятия, как ювенальные технологии, методики, ювенальный социальный работник, но легального понятия ювенальной юстиции нигде ещё не предусмотрено.

Однако в Постановлении Президиума Совета Судей Российской Федерации от 26 декабря 2007 г. № 133 «О Программе развития системы судов общей юрисдикции Российской Федерации и совершенствования организационного обеспечения их деятельности на период до 2023 г.» было отмечено, что для защиты прав несовершеннолетних необходима особая ветвь правосудия – ювенальная юстиция.

Данное требование органично вытекает из постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации и от 1 февраля 2011 г. № 1 г. Москва «О судебной практике применения законодательства, регламентирующего особенности уголовной ответственности и наказания несовершеннолетних. Так, в п. 4 постановления Пленума говорится, что «уголовные дела в отношении несовершеннолетних в судах, как первой, так и второй инстанций должны рассматриваться наиболее опытными судьями... Специализация судей по делам несовер-

1 Дело №1-4/11 // Архив мирового судьи участка №3 Дзержинского района г.Новосибирска.
2 Дело №1-48/11 // Архив мирового судьи участка №7 Дзержинского района г.Новосибирска.

шеннолетних предусматривает необходимость обеспечения их профессиональной компетентности путем обучения и переподготовки не только по вопросам права, но и по вопросам педагогики, социологии, подростковой психологии, криминологии, виктимологии, применения ювенальных технологий, используемых в рамках процессуального законодательства¹».

Задолго до постановлений, во время становления нашего молодого Российского государства, учёные писали о том, что «необходимо переходить на специализацию судей, что предполагает выделения в судах всех дел, связанных с семьёй и детством: разводы, уплата алиментов, лишение родительских прав и восстановление в таковых, правонарушения и преступления несовершеннолетних. Такая специализация позволит судьям глубже вникать в обстоятельства того или иного конфликта, лучше выяснить реальные условия жизнедеятельности подростков и в большей мере учитывать их интересы²».

Попытки дать определения ювенальной юстиции были неоднократны, в том числе, такие определения предусматривались в некоторых проектах закона о ювенальной юстиции.

Например, в проекте В. Д. Ермакова ювенальная юстиция определяется как «совокупность правовых механизмов, медико-социальных, психолого-педагогических и реабилитационных процедур, а также иных процедур и программ, предназначенных для обеспечения наиболее полной защиты прав, свобод и законных интересов несовершеннолетних, а также лиц, ответственных за их воспитание, реализуемой системой государственных и негосударственных органов, учреждений и организаций³».

В другом проекте закона, разработанным мэтром по вопросам ювенальной юстиции в России Э. Б. Мельниковой в рамках федеральной президентской программы реализации судебной реформы в Российской Федерации, даётся следующее определение: «Ювенальная юстиция представляет собой судебную систему, осуществляющую правосудие по делам несовершеннолетних и имеющую задачи: судебной защиты прав и законных интересов несовершеннолетних и судебного разбирательства дел о правонарушениях и преступлениях несовершеннолетних».

В. А. Семенцов ёмко определяет ювенальную юстицию, не раскрывая данное понятие, как «специализированную систему правосудия в отношении несовершеннолетних».

Связь ювенальной юстиции с гражданским обществом и её непосредственные задачи содержатся в определении, которое дал белорусский правовед О. Н. Здрок. Ювенальная юстиция представлена в этом определении, как «целая система различных государственных и общественных институтов, предназна-

¹ СПС Консультант Плюс.

² Прокументов Л. М. Некоторые вопросы совершенствования системы предупреждения правонарушений и преступлений среди несовершеннолетних//Проблемы борьбы с рецидивной преступностью. Томск. 1992. С. 130.

³ Ермаков В. Д. Юстиция обязана защищать права и законные интересы несовершеннолетних// Российская юстиция. 2000. № 10. С. 22.

ченных для защиты прав и интересов несовершеннолетних, обеспечения их безопасности, физического и психологического благополучия»¹.

Множество определений ювенальной юстиции было рассмотрено Н. А. Быданцевым, в работе которого был сделан вывод, что основные расхождения авторов заключаются в определении объёма понятия «ювенальная юстиция». Одни учёные включают в него все нормы, регулирующие отношения с участием молодёжи, вторые – только нормы, регулирующие производство о правонарушениях несовершеннолетних (административных и уголовных или только уголовных), третьи – процессуальные нормы о несовершеннолетних всех отраслей права².

Что касается специфических принципов ювенальной юстиции, то в литературе к таковым относят, во-первых, возрастную особенность судебного процесса (участниками его являются несовершеннолетние), во-вторых, преимущественно охранительную ориентацию (преимущественная правовая защита несовершеннолетних, преимущественное применение к ним мер воспитательного воздействия, а не наказания, а если и наказания, то не связанного с лишением свободы). В-третьих, к принципам относят максимальную индивидуализацию на всех стадиях процесса (судебная процедура посвящена изучению личности несовершеннолетнего). И, наконец, в число принципов входит так называемая социальная насыщенность. Её суть заключается в широком использовании при расследовании и судебном разбирательстве дел несовершеннолетних неюридических специальных познаний и акценте на изучении социальных условий жизни несовершеннолетних, представших перед судом³.

Вряд ли кто-нибудь будет отрицать, что гражданское общество и ювенальная юстиция – взаимосвязанные понятия, причём первое воздействует на функционирование второго. Э. Б. Мельникова утверждает, что в современных условиях гражданское общество является частью действующей ювенальной юстиции⁴. Мельникова выделяет следующие признаки гражданского общества, которые могут быть внесены в концепцию ювенальной юстиции:

- массовый интерес населения к вопросам о детях и подростках групп риска (т. е. находящихся в условиях жизни и воспитания, неблагоприятных для жизни и нормального развития, требующих в этой связи помощи и защиты со стороны общества и государства);
- проявление населением чувства гражданской ответственности за указанную ситуацию и активное стремление принять участие в преодолении опасного состояния, в котором оказались дети, в спасении их жизни и здоровья;

1 Здрок О. Н. Гражданское судопроизводство в системе ювенальной юстиции//Право и демократия. Выпуск 17. Минск, 2006. С. 146.

2 Быданцев Н. А. прекращение уголовного преследования (дела) в отношении несовершеннолетнего с применением принудительной меры воспитательного воздействия в аспекте ювенальной юстиции. Монография. М., 2008. С. 57.

3 Михеев Д. Н. К вопросу ювенальной юстиции в Российской Федерации//Социально-психологические и правовые аспекты профилактики правонарушений несовершеннолетних. Томск, 2008. С.113-114.

4 Мельникова Э. Б. Ювенальная юстиция. Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии. М., 2000. С. 23.

- подобное же отношение к вовлечению детей и подростков в совершение преступлений и иных противоправных поступков;
- создание в рамках гражданского общества его представителями различных общественных объединений, в уставы которых включена деятельность по защите детей и подростков от неблагоприятных условий жизни (например, экологической, нравственной направленности), имеющих цели помощи в образовании, эстетическом, физическом, социальном воспитании детей и подростков;
- предусмотренная в законах деятельность объединений гражданского общества, а также отдельных граждан по предупреждению (профилактике) правонарушений, преступлений несовершеннолетних, оказание помощи суду в рамках закона и выполнение поручений суда при осуществлении правосудия по делам несовершеннолетних.

В концепции ювенальной юстиции в качестве составного элемента должен быть последний признак, так как только он имеет правовое содержание. Четвёртый имеет нравственный импульс, а первые три характеризуются нравственно-этическим содержанием, которые, как это ни печально, далеки от действительности.

Так Л. В. Юрченко отмечает, что в современном российском обществе парадоксальным образом уживается представление об ухудшении положения молодёжи в стране и игнорирование этой проблемы. Согласно социологическим опросам ВЦИОМ, более 40 % россиян высказали точку зрения о том, что положение молодёжи ухудшилось, и только 12 % считают молодёжную проблематику как наиболее важной для страны в целом¹.

К сожалению, правовая культура ещё не является у нас в стране таким мощным фактором, как в странах Западной Европы, где ювенальная юстиция принята и властью и гражданским обществом. Отчасти благодаря журналистам, малограмотным в правовом отношении, интернет сегодня наводнен множеством ссылок с негативными отзывами и комментариями о попытках ввести в судебную систему России ювенальные суды. В частности, встречаются такие реплики, как «ЮЮ хуже SS», «ювенальная диктатура», «ювенальная юстиция – это адская машина» и т. д. В социальных сетях распространяется множество негативных видеороликов о ювенальной юстиции, которые неправильно формируют сознание людей, непросвещенных в вопросах права.

Таким образом, для государства первоочередной задачей является формирование правовой культуры и правосознания граждан в вопросах ювенальной юстиции. Второй задачей (самой проблемной по введению ювенальных судов в России) является выделение денег из бюджета на создание этих судов и их дальнейшее финансирование.

В рамках проводимых сейчас в России локальных экспериментов по созданию ювенального судопроизводства реализуются элементы самых различных моделей. Например, в Ростовской области приоритет отдаётся реабилитационной модели, в то время как в Москве больший акцент делается на элемен-

¹ Юрченко Л. В. Восстановительное правосудие в отношении несовершеннолетних. М., 2011. С. 19.

ты восстановительной правосудия. Экспериментально созданные ювенальные суды уже доказали свою состоятельность и эффективность.

Так, например, в ювенальном оренбургском суде Промышленного района, при подведении итогов работы за 2008 г., было установлено, что рецидив преступлений, совершённых несовершеннолетними, охваченными ювенальными технологиями, составлял 5,8 % от общего числа осуждённых несовершеннолетних. За 2009 г. показатель равнялся 4 %. Сравнивая эти показатели с показателями других районных судов, которые осуществляли производство в обычном порядке, рецидивная преступность несовершеннолетних равняется 20-30 %¹. Можно определённо заключить, что здесь присутствует достаточно весомый аргумент, говорящий в пользу создания специального суда ювенального характера и ювенальных технологий (комплекс мер, направленных на защиту прав, свобод и законных интересов несовершеннолетних, совершивших правонарушения, включающие в себя мероприятия юридического, социального, педагогического, медицинского и иного характера).

Исторически сложилось, что ювенальная юстиция в России может развиваться по двум направлениям: создание более совершенных специализированных судов; создание несудебного административного органа по делам несовершеннолетних, причём первая тенденция кажется предпочтительней. История ювенальной юстиции свидетельствует о стойкости приоритета суда в осуществлении правосудия и вспомогательной функции в нём представителей гражданского общества.

ПРИНЦИП РАЗУМНОГО СРОКА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ С ТОЧКИ ЗРЕНИЯ РЕШЕНИЙ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА И ПРАКТИКИ СУДОВ РФ

*Семченко С. С.,
студент ЮФ МГУ им. М. В. Ломоносова*

Дискуссия по поводу проблемы, речь о которой идет в настоящей статье, стала возможна в связи с вступлением в силу Федерального закона от 30 апреля 2010 г. N 68-ФЗ «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»² (далее – Закон о компенсации) и Федеральный закон от 30 апреля 2010 г. № 69-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок»³, Данные нормативные акты привели к появлению в УПК РФ статьи 6.1, закрепляющей новый принцип уголовного судопроизводства –

¹ Юрченко Л. В. там же, С. 122.

² Собрание законодательства РФ, от 03.05.2010 г., № 18, С. 2144.

³ Там же, С. 2145.

принцип разумного срока уголовного судопроизводства. Данная новелла уголовно-процессуального законодательства стала результатом ряда причин и обстоятельств, которые, после вступления в силу УПК РФ в 2002 г., стали очевидны и потребовали реконструкции и нового законодательного подхода к определению сроков и их соблюдению в уголовном судопроизводстве.

Определенные нормы и правила, закрепляющие понятие «разумных сроков» судопроизводства, предусмотренные в международном праве, были известны отечественной правовой системе задолго до принятия Закона о компенсации и внесении изменений в УПК в 2010 г. Таковой в частности, является норма п. 3 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 г., ратифицированного СССР еще в 1973 г.¹ Данная норма гарантирует каждому арестованному или задержанному по уголовному обвинению лицу право на судебное разбирательство в течение разумного срока или на освобождение до суда. Подпункт «с» п. 3 ст. 14 данного Пакта закрепляет право каждого при рассмотрении любого предъявленного ему уголовного обвинения быть судимым без неоправданной задержки.

Европейская конвенция о защите прав и основных свобод человека и гражданина² (ЕКПЧ), ратифицированная Россией в 1998 г.³, в положениях ст. 6 подтверждает, но вместе с тем расширяет норму Пакта о гражданских и политических правах о разумности сроков, однако формулировка п. 1. ст. 6 ЕКПЧ более объемна и является основным аргументом при вынесении решений о разумности сроков судебного разбирательства Европейским Судом по правам человека (ЕСПЧ): «Каждый человек имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона»⁴.

Вышеприведенные нормы свидетельствуют о развитии российской правовой системы в сторону принятия ей все большего количества общепризнанных положений и принципов международного права, однако нужно констатировать, что перенос таких норм в российские нормативно-правовые акты (НПА) происходит, в большинстве случаев, механически, без уточнения и наполнения содержанием.⁵ Норма о разумном сроке судопроизводства, его определении и применении получила свое закрепление в российском праве, однако до сих пор сохраняется проблема ее содержательного наполнения.

Одной из причин, вызвавших появление законодательных новелл о разумности сроков в уголовном производстве, является проблема чрезвычайно длительных сроков судопроизводства в российских судах, что неоднократно являлось предметом рассмотрения ЕСПЧ по делам, возбужденным в отношении

¹ Указ Президиума ВС СССР от 18.09.1973 N4812-VIII//Ведомости ВС СССР. 3 октября 1973 г. № 40.С. 564.

² Собрание законодательства РФ № 2 от 08.01.2001г., С. 163.

³ Собрание законодательства РФ, от 06.04.1998, №14, С. 1514.

⁴ Собрание законодательства РФ. 1999 г., № 13, С.1489.

⁵ Марковичева Е. В. Международные стандарты производства по уголовному делу // Уголовное судопроизводство. 2009. № 4. С. 10-12.

РФ. Ранее правоприменитель в своих решениях не совсем корректно выражал представление относительно исследуемого института. Правовая позиция Верховного Суда Российской Федерации по вопросу о сроках судопроизводства до принятия соответствующих поправок в процессуальное законодательство выражена в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2007 г. № 52 «О сроках рассмотрения судами Российской Федерации уголовных, гражданских дел и дел об административных правонарушениях»¹. Анализ данного документа (а именно п. 1-3 Постановления) позволяет сделать вывод о том, что отечественный правоприменитель под соблюдением разумных сроков понимает соблюдение установленных законом сроков для осуществления тех или иных процессуальных сроков. Как следствие, нарушение прав участников уголовного судопроизводства связывается именно с нарушением данных сроков.² Очерчивая лишь основные процессуальные сроки, по нашему мнению, Верховный суд определил, что при разрешении сложных уголовных дел судья рассматривает таковые лишь в установленные законодателем сроки и, не выходя за рамки последних, полностью соблюдает все требования уголовно-процессуального законодательства. Фактически, правоприменитель говорит о разумности сроков как о вторичной материи, которая учитывается при осуществлении судопроизводства в процессуальные сроки. Отстранение высшей судебной инстанции от разъяснения значения и содержания понятия разумный срок, до внесения изменений в федеральное законодательство в 2010 г., возможно, объяснялось тем, что сложившаяся правоприменительная практика на протяжении долгого периода времени предпочитала игнорировать термин «разумные сроки», ориентируясь на конкретные нормы УПК о процессуальных сроках. Менять это отношение и были призваны Закон о компенсации и новый принцип уголовного судопроизводства в РФ, закрепленный в ст. 6.1 УПК РФ.

Другой немаловажной причиной, побудившей законодателя форсировать вопрос о закреплении принципа разумности сроков судопроизводства и его гарантий, стало все возрастающее количество обращений граждан РФ в Европейский Суд по правам человека, связанных с нарушением права на судопроизводство в разумный срок, закрепленное в нормах международного права, ставших частью правовой системы РФ, например, ст. 14 и ст. 9 ЕКПЧ³ и решения ЕСПЧ, которые, в большинстве своем, требовали от России принятия эффективных мер противодействия нарушениям данного положения. В 1998 г. Россия присоединилась и ратифицировала Европейскую конвенцию о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) и Протокол № 11 к Конвенции о создании ЕСПЧ. Присоединение России к названной Конвенции сразу же побудило ряд российских граждан, чьи дела длительное время находились на рассмотрении российских судов, обратиться с жалобами в ЕСПЧ на чрезмерно длительное производство по делам, в которых они принимали участие в качестве истцов, ответчиков, обвиняемых или потерпевших. Кроме того, в своих жалобах заявители указывали не только на судебную волокиту при рассмотрении дел или

¹ Бюллетень Верховного Суда РФ, 2008 г. № 2.

² Марковичева Е. В. Указ. соч.

³ Собрание законодательства РФ № 2 от 08.01.2001г., С. 2144.

длительное неисполнение судебного решения¹, но и на иные процессуальные нарушения, например на неизвещение заинтересованного лица о времени и месте судебного разбирательства, на неосновательное отложение дел и т. п.²

По данным судьи А. И. Ковлера, избранного в ЕСПЧ от России, только за 10 лет (с 1999 по 2008 гг.) из России в ЕСПЧ поступило 46685 жалоб, что составило 24 % от общего числа жалоб, поступивших в Суд за этот период. Из них более 11 тыс. жалоб затрагивали факт нарушения положений о нарушении разумных сроков и необоснованной задержки судопроизводства на различных стадиях.³

В связи со значительным количеством жалоб на нарушение процессуальных сроков российскими судами данная проблема все-таки стала привлекать к себе внимание правоприменителя. Так, выступая на VII Всероссийском съезде судей в декабре 2008 г., Председатель Верховного Суда РФ В. М. Лебедев отметил, что факты грубого нарушения сроков рассмотрения дел присущи практически всем звеньям российской судебной системы.⁴ Обеспечение разумных сроков разрешения дел, а также безусловное исполнение судебных решений было названо в качестве одной из главных задач, требующих безотлагательного решения и в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 4 декабря 2008 г. «О состоянии судебной системы Российской Федерации и приоритетных направлениях ее развития и совершенствования».

«Последней каплей», подтолкнувшей Верховный Суд к активным действиям и заставившей его начать работу по окончательной разработке и внедрению норм о разумных сроках в уголовном судопроизводстве в российское законодательство, стало Постановление ЕСПЧ от 15 января 2009 г. по жалобе «Бурдов против Российской Федерации (№ 2)», в котором Суд указал, что власти государства-ответчика обязаны ввести в течение шести месяцев со дня вступления в силу Постановления в соответствии с п. 2 ст. 44 ЕКПЧ «эффективное внутреннее средство правовой защиты или комбинацию таких средств, которые обеспечат адекватное и достаточное возмещение в связи с неисполнением или несвоевременным исполнением решений национальных судов с учетом конвенционных принципов, установленных в прецедентной практике Европейского суда».⁵ Можно сказать, что законодательная инициатива Верховного Суда была продиктована и причинами политического характера, так как, по мнению И. Н. Полякова, инициатива Верховного Суда РФ состояла не только в том, чтобы уменьшить число жалоб, подаваемых в ЕСПЧ заявителями от России, но и улучшить имидж российских судов, таким образом хоть немного подняв престиж российской судебной системы, изрядно пошатнувшийся после распада СССР.

¹ Дело «Худоев против Российской Федерации» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. Российское издание. 2006. № 7. С. 57-99.

² Поляков И. Н. Разумные сроки судопроизводства: понятие и значение. // Российская юстиция. 2011. № 4. С.33-37.

³ Российское правосудие. 2008, № 8. С.14-25.

⁴ http://www.ssrif.ru/ss_detale.php?id=827.

⁵ Российская хроника Европейского суда. Приложение к «Бюллетеню Европейского Суда по правам человека». Специальный выпуск. 2009. № 4, С. 79-106.

Экономическая составляющая, как думается, в этом тоже имела место быть, так как, скорее всего, в цели Верховного суда входило также и снижение сумм денежных выплат за нарушение разумности уголовно-процессуальных сроков, поскольку суммы компенсаций в рублях будут значительно ниже эквивалентных им компенсаций в евро, присуждаемых Европейским судом. Пленум приводит статистику, очевидно говорящую о том, что финансовое бремя, которое несет Российская Федерация в случае возмещения заявителям судебных издержек в период разбирательства в ЕСПЧ и выплат компенсаций, присуждаемых Судом по результатам их рассмотрения, весьма существенно и отражается на федеральном бюджете. К примеру, из 7000 тыс. жалоб, принятых к рассмотрению в 2008 г., 5096 имели своим предметом нарушение установленных законом сроков судопроизводства и длительное неисполнение судебных решений. Из расчета на 7000 дел, количество дополнительных бюджетных ассигнований, затрачиваемых на возмещение судебных издержек в год заявителям, составило бы 72336,3 тыс. рублей.¹ Из расчета того, что по постановлениям ЕСПЧ по делам о возмещении по делам о нарушении сроков судопроизводства взыскивается от 900 до 6200 евро (1274 дела), а по делам о возмещении вреда, связанного с неисполнением судебного решения (3822 дела) от 1200 до 4900 евро, сумма возмещения вреда по совокупности этих двух категорий дел, в среднем составила бы 582634, 6 тыс. рублей.² Следовательно, расходы РФ в год на компенсации составили бы 654970,9 тыс. рублей.

Все вышеуказанные причины привели к тому что, Верховный Суд РФ, в порядке законодательной инициативы подготовил законопроекты о разумных сроках, которые были внесены Президентом РФ в Государственную Думу и приняты ею в качестве вышеупомянутых федеральных законов № 68 ФЗ и № 69 ФЗ от 30.04.2010г.³

Теперь обратимся к существу проблемы. Наряду с введением ст. 6.1 в УПК РФ, впервые закрепляющей существование разумного срока, Закон о компенсации вводит гарантию данного принципа, закрепляя право граждан на компенсацию за нарушение разумного срока. Положения Закона № 68 ФЗ содержат механизм реализации права на компенсацию в уголовном, гражданском и арбитражном производстве, в зависимости от характера и подсудности дела. В данной статье речь пойдет только о реализации принципа разумного срока и права на компенсацию в случае нарушения права на судопроизводство в разумный срок в уголовном судопроизводстве в случаях:

1) длительного судебного разбирательства по уголовным делам в судах общей юрисдикции;

2) длительного досудебного производства по уголовному делу.⁴

Законодатель закрепил еще одну юридическую возможность граждан на компенсацию – в случае длительного неисполнения судебного акта суда общей

¹ Постановление Пленума ВС РФ № 16 от 26.09.2008г., С. 19-20.

² Постановление Пленума ВС РФ № 16 от 26.09.2008г.

³ СЗ РФ. 2010 г. № 18., С. 2144 – 2145.

⁴ Закон № 68 ФЗ от 30.04. 2010 г. «О компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок». П. 1 ч.1 ст. 3.

юрисдикции по уголовным делам (п. 1 ч.2 ст. 3 Закона о компенсации), однако в данной статье мы сфокусируем свое внимание именно на двух первых случаях нарушения права граждан на разбирательство в разумный срок в уголовном судопроизводстве. Согласно Закону № 69 ФЗ, положения о разумном сроке уголовного судопроизводства помещены в главу 2 УПК РФ, которая именуется «Принципы уголовного судопроизводства». Это означает, что в российское уголовно-процессуальное право был введен новый принцип - принцип осуществления уголовного судопроизводства в разумный срок. Под принципами уголовного процесса можно понимать «основополагающие идеи, положения, определяющие демократическое построение уголовного процесса и нашедшие выражение в нормах права»¹. Значение принципов уголовного процесса очень велико, т. к. они выражают сущность процесса, его характерные черты, представляют систему юридических норм общего характера, которая служит основой уголовно-процессуального законодательства, несоблюдение которых при производстве по уголовным делам может повлечь отмену принимаемых решений.² Все вышесказанное должно свидетельствовать о том, что появление нового принципа обязательно должно влечь пересмотр норм и практики правоприменителя с целью приведения их в соответствие с новым принципом. Но реализуемо ли это на самом деле, и как относятся судьи к новеллам главы 2 УПК, принимая положения ст. 6.1 как новый принцип судопроизводства или считая это лишь новым частным требованием к уголовно-процессуальным срокам? Вопрос весьма дискуссионный.

Для того чтобы сформулировать ответ на этот вопрос, надо понять:

1) что же законодатель понимает под разумным сроком и 2) какими критериями должен руководствоваться суд, рассматривая вопрос о разумности срока и требование заявителя о компенсации за нарушение такого срока. УПК говорит нам, что «уголовное производство осуществляется в разумный срок» (ч.1 ст. 6.1 УПК РФ) – в данном случае законодатель ограничивается лишь такой формулировкой, не давая четкого определения понятия «разумный срок». Думается, что это весомая законодательная недоработка. Ведь правоприменитель, четко основываясь на нормах УПК, должен при рассмотрении дела о компенсации за нарушение права на разумный срок руководствоваться определенными критериями в определении того, что считать разумным сроком. Исходя из анализа практики ЕСПЧ, можно сделать вывод, что под «разумным сроком» понимается период, позволяющий избежать чрезмерного, необоснованного промедления при расследовании и рассмотрении уголовного дела.³ Такой нормой – дефиницией можно было бы дополнить ст.5 УПК РФ, в которой закрепляется содержание основных терминов, используемых, в том числе, судебной практикой, либо доработать норму ч. 1 ст. 6.1, внося в нее соответствующие коррективы.

¹ Уголовный процесс. Учебник для студентов юридических вузов и факультетов. Под ред. К.Ф. Гуценко. М., Зерцало-М, 2005. С. 96.

² Там же. С. 97.

³ Мик Де Сальвиа. Прецеденты Европейского суда по права человека. Спб., 2004. С. 60-462.

В вопросе о критериях определения разумного срока в уголовном судопроизводстве законодатель был более последователен и внес их в ч. 2. ст. 6.1. Однако еще задолго до того, когда в УПК РФ были внесены изменения, ЕСПЧ указал, что разумность продолжительности производства по делу надлежит оценивать в свете 1)* конкретных обстоятельств дела с учетом критериев, изложенных в нормах прецедентного права, создаваемых Европейским Судом. Также надлежит учитывать: 2) сложность дела, 3) действия заявителя и 4) действия компетентных властей. В последнем случае необходимо также принимать во внимание и то, 5) что для заявителя является важным в деле¹ (*прим. – нумерация автора). При формулировании ст. 6.1. УПК РФ указанные критерии были учтены. Так, к числу критериев определения разумного срока УПК РФ относит:

1) правовую и фактическую сложность уголовного дела; 2) поведение участников уголовного судопроизводства (все лица, участвующие в деле, должны вести себя так, чтобы в нарушении разумного срока судопроизводства не было их вины); в возникшем у заявителя материальном и моральном вреде должен быть виноват только суд, а в стадии предварительного следствия – следователь, начальник подразделения дознания, руководитель следственного органа и иные лица, осуществляющие уголовное преследование или рассмотрение уголовного дела; 3) достаточность и эффективность действий суда, прокурора, руководителя следственного органа, следователя начальника подразделения дознания, органа дознания, производимых в целях своевременного осуществления уголовного преследования или рассмотрения уголовного дела; 4) общую продолжительность уголовного судопроизводства.

Положения ст. 6.1 УПК не ставят под сомнение обоснованность и разумность существующих уголовно-процессуальных сроков. Однако законодательная идея «разумных сроков» обращает внимание правоприменителя на нецелесообразность выжидательной позиции (принятия решений в самом конце установленных законом сроков). Часть 4 ст. 6.1 УПК ориентирует должностных лиц и органы, осуществляющие уголовное судопроизводство, на такую организацию своей работы (как с точки зрения ведомства в целом, так и в рамках производства по конкретному уголовному делу), чтобы все сроки принятия ими процессуальных решений и совершения процессуальных действий не превышали разумных.² Однако нужно отметить, что согласно ч. 2 ст. 1 Закона о компенсации, даже нарушение установленных законодательством Российской Федерации сроков рассмотрения дела или исполнения судебного акта само по себе не означает нарушения права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок³.

По нашему мнению, было бы уместным считать, что вопрос о разумном сроке возникает только тогда, когда суд (следователь) выходит за пределы сро-

¹ Постановление ЕСПЧ от 15 июля 2002 (§ 125) по делу «Калашников против России» // Стандарты Европейского суда по правам человека и российская правоприменительная практика. М., 2005. С. 457.

² Смолин А. Ю. Разумный срок уголовного судопроизводства – проявление принципа процессуальной экономии. // Российский следователь. 2010. № 19. С. 9-11.

³ Определение ВС РФ от 10 августа 2010 г. № 4-Г10-25 // БВС № 8, 2001, п. 17.

ка, предусмотренного законом. Следовательно, проблема разумного (или неразумного) срока относится только к тому периоду времени, который начал течь после истечения основного срока, установленного законом. Исходя из сложившейся судебной практики, причины выхода суда за пределы законного процессуального срока весьма разнообразны, но не все они дают основание утверждать, что суд нарушает разумный срок судопроизводства. Например, если процесс был приостановлен по основаниям, указанным в законе (ст. 208 УПК РФ), то даже длительное нерассмотрение дела по существу не считается нарушающим разумный срок судопроизводства. Однако если суд или следователь в течение длительного периода после приостановления производства по делу не контролировал вопрос о том, отпали ли основания приостановления производства и из-за этого процесс затянулся на месяцы и годы, такое нарушение сроков по всем критериям может рассматриваться как неразумное¹. Стоит заметить, что несмотря на то, что у термина «разумный срок» отсутствует должная правовая дефиниция, сама категория разумности, в большинстве своем, носит оценочный характер и во многом зависит от усмотрения суда. Оценивать разумную продолжительность срока судопроизводства должны как суд, рассматривающий дело по существу, так и суд, который впоследствии может рассматривать требование заинтересованного лица о компенсации за нарушение разумного срока.

Несомненен тот факт, что в целях точного и правильного решения вопроса о разумном сроке и размерах компенсации за его нарушение все суды должны руководствоваться одними и теми же критериями. С учетом этих критериев суд, рассматривающий дело по существу, должен так организовать свою работу по подготовке дела к судебному разбирательству и само судебное разбирательство, чтобы уложиться в отведенный законом срок, а если суд этого сделать не сможет, то некоторое превышение срока должно быть незначительным и не отражаться пагубно на правах и интересах заинтересованных лиц.

Однако нельзя согласиться с тем утверждением, что важное значение критерий разумного срока имеет только для суда, который собственно рассматривает требование заявителя о денежной компенсации за нарушение его права на судопроизводство в разумный срок. Разумный срок уголовного судопроизводства, закрепленный как самостоятельный принцип уголовного процесса и определенный таковым законодателем, должен быть по своей силе и важности равен для всех судов, как для рассматривающих требования о компенсации, так и разрешающих дела по существу или в другой инстанции.

По нашему мнению, норма ст. 6.1 УПК РФ должна рассматриваться правоприменителем не как отдельная норма о сроках, а основополагающее положение для осуществления всей уголовно-процессуальной деятельности. Суды обязаны первоначально обращать внимание на разумность при осуществлении своих действий, а не подгонять конкретную процессуальную деятельность под разумные сроки, часто при уже превышенных установленных законом процессуальных сроках.

¹ Решение ВС РФ от 23 сентября 2010 г. по делу № ГКПИ10-862 // БВС РФ № 8, 2011, п.20.

Практика некоторых российских судов достаточно красноречиво свидетельствует о том, что главная причина нарушения разумных сроков коренится в недостаточно хорошей организации судебной деятельности. Организационные недостатки заключаются в том, что судьи не всегда тщательно изучают материалы уголовного дела, не приобщают все необходимые доказательства по гражданским и арбитражным делам; своевременно не извещают участников процесса о времени судебного разбирательства, что приводит к неоднократным отложениям дел. Встречаются случаи, когда отдельные судьи первое судебное заседание сразу назначают за пределами установленного законом срока рассмотрения дела или неоднократно откладывают дело на два, три и более месяцев, не указывая при этом дату следующего судебного заседания. Разумные сроки нарушаются также вследствие принятия судами ошибочных решений, которые отменяются вышестоящими судебными инстанциями с передачей дела на новое рассмотрение.¹ По гражданским и уголовным делам обычной стала практика несвоевременного изготовления протоколов судебных заседаний, а по гражданским делам – полных текстов мотивированных решений, вследствие чего нарушаются сроки их обжалования в апелляционном и кассационном порядке.

С другой стороны, можно расценить нормы о разумном сроке как одну из дополнительных процессуальных гарантий защиты прав и законных интересов лиц и организаций, потерпевших от преступлений.² Реализация положений Закона о компенсации должна способствовать более быстрому восстановлению на национальном уровне нарушенных несоблюдением требования разумного срока судопроизводства прав граждан, не доводя до обращения в Европейский суд по правам человека, который не в состоянии оперативно рассмотреть весь объем поступающих от российских граждан жалоб. Процессуальная регламентация права граждан требовать от судьи ускорения рассмотрения дела (ч.5. ст.6.1 УПК РФ) и право требования компенсации за нарушение права на судопроизводство и исполнение судебного акта в разумный срок вполне соответствует положению о назначении уголовного судопроизводства, которое, имеет своей целью как защиту личности, потерпевшей от преступления, так и лиц необоснованно и незаконно обвиненных, осужденных или ограниченных в правах и свободах.

Таким образом, введение в уголовно-процессуальное законодательство понятия разумного срока требует дальнейшего исследования критериев разумности, разъяснения их для судей при рассмотрении конкретных дел и дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок, а также возможного пересмотра ряда норм о процессуальных сроках с точки зрения введенного в 2010 г. критерия разумности. Помимо законодателя, которого ЕКПЧ обязывает более взвешенно подходить к нормативному установлению разумных процессуальных сроков, огромная роль в осуществлении всего вышеперечисленного лежит на судьях, от которых, по большей части, в дальнейшем и будет зависеть реализация положений Законов № 68 и № 69

¹ Поляков И. Н. Указ. соч.

² Смолин А. Ю. Указ. соч.

ФЗ. Начало было положено Постановлением № 30/64 , что будет в дальнейшем, покажет время.¹

ПРОБЛЕМЫ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

*Милёшина В. М.,
курсант Самарского юридического института ФСИИ России*

Стадия возбуждения уголовного дела – это самостоятельная, первоначальная стадия уголовного процесса, представляющая собой принятие решения уполномоченным на то государственным органом о возбуждении уголовного дела либо об отказе в возбуждении такового. Именно со стадии возбуждения уголовного дела, начинается расследование любого преступления.

Согласно статистике в январе – марте 2012 г. органами внутренних дел рассмотрено 5,8 млн заявлений, сообщений и иной информации о происшествиях. Всего возбуждено 434,4 тыс. уголовных дел, то есть только по каждому тринадцатому сообщению (7,5 %) принято решение о возбуждении уголовного дела. Тут же напрашивается вопрос, почему так много решений об отказе в возбуждении уголовных дел, по каким причинам не были возбуждены уголовные дела? Складывающаяся ситуация и определяет необходимость разработки вопросов, связанных со стадией возбуждения уголовного дела.

Для того, чтобы возбудить уголовное дело должны быть законные поводы и достаточные основания.

Поводы – это установленные законом источники, из которых органы и должностные лица, наделенные правом возбудить уголовное дело, получают информацию о совершенных или готовящихся преступлениях. В ст. 140 УПК РФ поводами для возбуждения уголовного дела служат:

- 1) заявление о преступлении;
- 2) явка с повинной;
- 3) сообщение о совершенном или готовящемся преступлении, полученное из иных источников;
- 4) постановление прокурора о направлении соответствующих материалов в орган предварительного расследования для решения вопроса об уголовном преследовании.

Основанием для возбуждения уголовного дела является наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления, однако закон не дает ответа на вопросы: «А что значит достаточно данных, указывающих на признаки преступления?», «Каковы пределы этой достаточности?».

Часть 2 ст. 140 УПК РФ говорит о признаках преступления, однако непонятно, установление каких признаков будет достаточным для принятия решения о возбуждении уголовного дела. Попробуем ответить на поставленные во-

¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 23.12.2010 № 30 и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 64 // Российская газета. 14.01.2011. № 5.

просы, ведь основной задачей стадии ВУД является установление в деянии признаков преступления или обстоятельств, исключающих производство по делу (оснований для отказа в возбуждении уголовного дела).

Некоторые авторы¹ отмечают, что на практике встречаются случаи, когда работники допускают ошибки, заявляя, что для возбуждения уголовного дела необходимо наличие достаточных данных, указывающих на признаки состава преступления. В то время как согласно рассматриваемой нами ст. 140 УПК РФ, установлению подлежат именно признаки преступления, а не элементы состава преступления. Необходимо различать эти понятия.

Признаки преступления – это уголовно-правовое понятие, они закреплены в ст. 14 УК РФ и к которым относятся: общественная опасность, виновность, противоправность и наказуемость. Раскроем эти понятия.

Общественная опасность составляет важнейшее социальное свойство преступления. Данное деяние выражается, в причинении либо создании угрозы причинения ущерба охраняемым УК РФ интересам.

Виновность представляет собой обязательный элемент каждого преступления. По содержанию вина это психическое отношение лица к совершаемому общественно опасному действию (бездействию) и его общественно опасным последствием.

Противоправность – запрещенность уголовным законом деяния.

Наказуемость есть реальная наказанность виновного в преступлении лица по приговору суда.

Элементы состава преступления – это категория теоретическая и к ним относятся: объект, объективная сторона, субъект и субъективная сторона преступления.

Изложенное позволяет провести границу между этими понятиями.

Некоторые ученые² считают, что на стадии ВУД нельзя установить все признаки преступления, зачастую невозможно установить виновность и наказуемость.

Согласно принципу вины (ст. 5 УК РФ), который гласит, что «лицо подлежит уголовной ответственности только за те общественно опасные действия (бездействия) и наступившие опасные последствия, в отношении которых установлена вина». А вину на стадии ВУД установить нельзя, так как, согласно п. 2. ст. 8 УПК РФ, никто не может быть признан виновным в совершении преступления и подвергнут уголовному наказанию иначе как по приговору суда и в порядке, установленном УПК РФ.

Наказуемость как признак преступления означает, что в случае совершения преступления виновное лицо может быть подвергнуто наказанию либо иным, предусмотренным законом, мерам уголовно-правового характера. Запрещенность общественно опасного деяния уголовным законом предопределяет и обязательное установление за его совершение соответствующего наказа-

¹ См. например Сереброва С. П. Проблемы рационализации досудебного производства. Н. Новгород: Нижегород. высш. шк. МВД России, 1997. С. 50 - 52

² См. например Сергеев Б. М. Отказ в возбуждении уголовного дела и его место на стадии возбуждения уголовного дела// Следователь. № 9. 2002. С.16.

ния. В Особенной части Уголовного кодекса указано, какие деяния считаются преступными и какое наказание за каждое из них может быть назначено. Если законодатель, запрещая то или иное деяние, не сопровождает этот запрет наказанием, деяние не считается преступным. Можно сделать вывод о том, что наказуемость наступит в том случае, если будет доказана вина в судебном порядке. И поэтому на стадии ВУД невозможно установить данный признак.

Мы считаем, что достаточными данными на момент ВУД будут такие признаки, как общественная опасность и противоправность.

Таким образом, в ст. 140 УПК РФ необходимо указать, что для возбуждения уголовного дела достаточно установить такие признаки преступления, как противоправность и общественную опасность.

ОБЖАЛОВАНИЕ ПРИГОВОРА, ВЫНЕСЕННОГО НА ОСНОВЕ СОГЛАШЕНИЯ О ПРИЗНАНИИ ВИНЫ, В СВЕТЕ ПРИНЦИПА СПРАВЕДЛИВОСТИ ПО УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫМ КОДЕКСАМ РЕСПУБЛИКИ СЕРБИЯ

*Туранянин Велько,
преподаватель юридического факультета Крагуевацкогo университета
(Республика Сербия)*

Соглашение о признании вины представляет собой довольно широко распространённый в мире порядок судопроизводства по уголовным делам, присущий правовым системам как США, так и европейских стран, в том числе Сербии. В настоящей работе автор рассматривает вопрос обжалования приговора, вынесенного в результате переговоров между обвинителем и обвиняемым, имеющих целью признание последним факта учинения преступления взамен на определённые привилегии, комментируя положения как действующего УПК Сербии, так и кодекса, который должен вступить в силу с 2013 г. и в котором радикально ограничено право на обжалование приговора – настолько, что рассмотрение дела во второй инстанции практически исключается, а это, по мнению автора, повлияло и на само понятие справедливости судебного разбирательства по уголовным делам.

Впервые в истории сербского законодательства соглашение о признании вины появилось в Уголовно-процессуальном кодексе 2001 г. после внесения в него изменений 2009 г.¹, которые и ввели в правовую систему Сербии этот американский институт, давно известный в большинстве европейских государств. Поскольку речь идёт о практически общепринятом институте, о котором немало написано², мы ограничимся здесь рассмотрением лишь одного аспекта –

¹ «Службени гласник Републике Србије» број 72/2009.

² См., например: Шкулић М. Коментар Законика о кривичном поступку Србије. Београд: Службени гласник, 2007. С. 930-968; Ђурђић В. Страначки споразум о признању кривице у кривичном поступку // Ревизија за криминологију и кривично право. Београд, 2009. Вол. 47. Бр. 3. С. 83-107; Бајовић В. Споразум о признању кривице // Ревизија за криминологију и кривично право. Београд, 2009. Вол. 47. Бр. 3. С. 319-333; Николић Д. Страначки споразум о кривици. Београд: Службени гласник, 2009. Противоположное мнение см.: Васильевић Т.

ляет собой исключение из правила, согласно которому жалобы рассматриваются вышестоящим судом. Суд рассматривает жалобу в пределах изложенных в ней доводов, а по своей инициативе проверяет лишь, был ли суд уполномочен принимать обжалуемое решение. Большой вопрос, почему законодатель решил, что жалоба в данном случае должна рассматриваться коллегией того же суда, который вынес обжалуемое решение. Это нельзя объяснить соображениями эффективности, потому что есть множество жалоб, рассматриваемых вышестоящими судами, и не понятно, почему аналогичный порядок оказался неприемлем в данной ситуации. Вполне приемлемым решением было бы установление сокращённого срока рассмотрения жалобы судом второй инстанции, при этом рассмотрение жалобы вышестоящим судом внесло бы в процесс дополнительные гарантии.

В ч. 3 ст. 282г УПК прямо предусмотрено, что судья, участвовавший в принятии решения об утверждении или отклонении соглашения о признании вины, не может входить в состав коллегии, рассматривающей жалобу на указанное решение. Полагаем, однако, что целесообразнее было бы отнести рассмотрение таких жалоб к компетенции вышестоящего суда: ведь при нынешней системе даже специально созданная для этих целей коллегия, коль скоро она находится в составе суда, принявшего обжалуемое решение, может иметь довольно много информации о конкретном деле, а это сказывается на беспристрастности суда.

Согласно ч.ч. 1 и 2 ст. 282г УПК жалобу на решение суда об отклонении соглашения о признании вины могут подавать публичный обвинитель, обвиняемый и его защитник; в случае же если соглашение о признании вины утверждено, жалобу на соответствующее решение могут подать лишь потерпевший и его представитель. Такое решение представляется абсолютно логичным. Отклонение соглашения невыгодно лишь обвиняемому, защитнику и публичному обвинителю, которые прилагали определённые усилия к достижению этого соглашения; если же соглашение утверждено, то это означает, что стороны достигли своей цели, и жаловаться им не на что. Что же касается потерпевшего, то ему нет смысла обжаловать решение об отклонении соглашения о признании вины, так как такое решение ни в коей мере не затрагивает его интересы; на решение же об утверждении соглашения о признании вины потерпевший и его представитель могут подать жалобу, но лишь в той части, в какой соглашение затрагивает интересы потерпевшего.

В обоих случаях срок обжалования составляет восемь дней, т. е. несколько больше, нежели в обычном производстве, где он составляет, как правило, три дня. Это исключение представляется вполне оправданным ввиду сложности данного вида производства, что требует достаточной продолжительности срока обжалования, т. е. чтобы этот срок не был ни слишком кратким, лишаящим участников процесса возможности качественно составить жалобу, ни слишком долгим, приводящим к затягиванию производства и, следовательно, к снижению его эффективности.

Не затрагивая в данной работе общий вопрос о судебных решениях, принимаемых по жалобам (ст. 401 УПК), отметим лишь, что в рамках производства

по соглашению о признании вины УПК предусматривает, что судебная коллегия по результатам рассмотрения жалобы на решение о таком соглашении может оставить эту жалобу без рассмотрения, если она подана по истечении установленного срока, удовлетворить её или отклонить как необоснованную (ч. 4 ст. 282г УПК). Интересно, что суд может оставить жалобу без рассмотрения, если она подана по истечении восьмидневного срока обжалования, однако не может, по буквальному смыслу закона, оставить без рассмотрения жалобу, поданную ненадлежащим лицом. Таким образом, законодатель не учитывает ситуацию, когда обвинитель, обвиняемый или защитник подают жалобу на решение об утверждении соглашения о признании вины, а равно ситуацию, когда потерпевший подаёт жалобу на решение об отклонении такого соглашения. Думается, что следовало бы предусмотреть в таких ситуациях оставление жалобы без рассмотрения: коль скоро правом обжалования наделён чётко установленный круг лиц, должны быть прописаны последствия подачи жалобы неуполномоченными лицами.

Вторым отличием анализируемого нами производства от общего порядка обжалования судебных решений является отсутствие у рассматривающей жалобу коллегии права изменить обжалуемое решение. Точнее, законодатель нигде не даёт ответа на вопрос, что должен сделать суд, удовлетворив жалобу, — отменить решение суда первой инстанции и отправить дело на новое рассмотрение либо изменить решение суда первой инстанции.

По нашему мнению, законодатель предполагал, что в таких ситуациях решение суда второй инстанции должно сводиться к удовлетворению жалобы и возвращению дела на новое рассмотрение с указанием суду первой инстанции на допущенные ошибки в оценке соглашения; при этом законодатель, видимо, исходил из того, что оценивать соглашение о признании вины должен именно суд первой инстанции как суд, непосредственно рассматривавший это соглашение в заседании с участием сторон. Думается, однако, что такая позиция не может считаться единственно верной. Суд первой инстанции тоже опирается главным образом на письменные материалы дела, а его устный диалог с присутствующими в судебном заседании сторонами полностью отражён в протоколе, так что суд второй инстанции имеет в своём распоряжении все необходимые сведения для вынесения решения об удовлетворении жалобы с изменением решения суда первой инстанции. Разумеется, суд как и первой, так и второй инстанции может утвердить соглашение о признании вины лишь в том случае, если уверен в его соответствии требованиям закона.

Наконец, третий вид решения, которое может быть принято судом второй инстанции, — отклонение жалобы как необоснованной и оставление в силе решения суда первой инстанции. Такое решение суд выносит во всех случаях, когда установит неосновательность изложенных в жалобе доводов (напомним, что при рассмотрении жалобы суд всегда ограничен этими доводами, проверяя по своей инициативе лишь соблюдение правил подсудности). Отклонение жалобы означает подтверждение решения суда первой инстанции и вступление его в законную силу.

Решение по жалобе является окончательным и обжалованию не подлежит (ч. 5 ст. 282г УПК). Это значит, что такое решение вступает в законную силу с момента вынесения; при этом решение об отклонении жалобы или оставлении её без рассмотрения означает и вступление в законную силу соглашения о признании вины. В случае же удовлетворения жалобы ситуация может быть двоякой. Если суд принимает решение об удовлетворении жалобы и изменении решения о соглашении, то это означает вступление в законную силу как самого решения, так и соглашения. Если же решение об удовлетворении жалобы предполагает возвращение дела на новое рассмотрение, то соглашение о признании вины, естественно, в законную силу не вступает. Тогда суд вновь рассматривает представленное соглашение и принимает по нему новое решение, которое стороны опять могут обжаловать. Заметим, что решение суда второй инстанции — это тоже решение, с вынесением и вступлением в законную силу которого связан переход процедуры соглашения о признании вины в завершающую фазу. Это фаза вынесения приговора, который может основываться лишь на решении суда об утверждении соглашения о признании вины, и этот приговор стороны не имеют права обжаловать.

Новый УПК внёс множество изменений в рассматриваемый нами институт — начиная с самого его наименования (теперь это называется соглашением о признании уголовного деяния) и до регулирования процедуры обжалования. Согласно ему, решение об отклонении соглашения о признании уголовного деяния либо об оставлении его без рассмотрения обжалованию не подлежит; приговор же, утверждающий такое соглашение, может быть обжалован лишь в случаях, когда он не связан с предметом соглашения (что на практике вряд ли может произойти), или когда выяснится, что деяние, в котором обвинялся осуждённый, не является уголовным деянием и нет оснований для применения мер безопасности, или в случае истечения сроков давности уголовного преследования, издания акта амнистии или помилования либо при наличии иных обстоятельств, совершенно исключающих уголовное преследование, а равно при недостаточности доказательств, без сомнения подтверждающих факт учинения обвиняемым инкриминируемого деяния (ст. 319 и ч. 1 ст. 338 УПК).

Из сказанного можно сделать несколько выводов. Во-первых, новый УПК, в отличие от действующего, не предусматривает промежуточную стадию между утверждением соглашения и вынесением приговора. Во-вторых, основания обжалования существенно ограничены. Руководствуясь соображениями процессуальной экономии и ускорения судопроизводства, законодатель сокращает возможности для обжалования¹, а это наносит ущерб справедливости су-

¹ Законодательства соседних государств содержат немало оснований для обжалования заключённого соглашения о признании вины. Например, на суд возлагается обязанность удостовериться в том, что заявление обвиняемого о признании вины сделано добровольно, сознательно и с полным пониманием правовых последствий этого заявления, а при наличии обстоятельств, указывающих на неспособность обвиняемого понимать значение и правовые последствия своего заявления, суд должен проверить эти обстоятельства, назначив психиатрическую экспертизу; несоблюдение судом указанной процедуры является основанием для подачи мотивированной жалобы. См.: Филиповић Љ. Судска пракса Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине, Пресуда бр. 07 0 К 005047 11 Кж 2 од 4. маја 2011. године // Правна мисао (Сарајево). Бр. 11-12. С. 128-131.

дебного разбирательства, причём страдают интересы как обвиняемого, так и других участников процесса, прежде всего, потерпевшего, чьи интересы по новому закону ни в коей мере не учитываются и не защищаются. Тем самым нарушается не только традиционный принцип рассмотрения дела в двух инстанциях, но и принцип справедливого судебного разбирательства в уголовном судопроизводстве.

Переговоры между обвинителем и обвиняемым о признании вины являются одним из общих институтов практически всех систем уголовного судопроизводства в европейских странах. Однако многие сегменты этого института регулируются по-разному: в одних государствах приговор, вынесенный на основе соглашения о признании вины, не подлежит обжалованию, другие же законодательства в вопросе обжалования не проводят никаких различий между соглашением о признании вины и общим порядком уголовного судопроизводства. Принципиальное решение, закреплённое в новом законодательстве Республики Сербия, предполагает, что с начала 2013 г. в уголовном судопроизводстве произойдут большие изменения, которые приведут к почти полной утрате участниками процесса права на обжалование. Обвинитель и обвиняемый будут радикально ограничены в этом праве, а потерпевший его полностью лишится.

Представляется, что сербский законодатель в повышении эффективности уголовного судопроизводства зашёл слишком далеко, пренебрегая вопросами справедливости и фактически действуя в ущерб последней. Сравнительная судебная практика ясно показывает, что допущение обжалования существенно повышает защищённость участников процесса, прежде всего обвиняемого. Исключение потерпевшего из круга лиц, которые могут обжаловать приговор, означает пренебрежение его интересами, непредоставление им адекватной защиты в условиях, когда процесс, происходящий главным образом между обвинителем и обвиняемым, выливается в их обоюдное попустительство. Такое законодательное решение означает ослабление начал справедливости.

СЛЕДООБРАЗОВАНИЕ И СИСТЕМНОСТЬ В РАЗВИТИИ СОВРЕМЕННОЙ КРИМИНАЛИСТИКИ

*Лузгин И. И.,
ст. преподаватель кафедры уголовного права и криминалистики
Полоцкого государственного университета
Республика Беларусь*

Уровень развития современной криминалистики во многом вытекает из её определения данного Р. С. Белкиным.¹ Что явилось важным основанием её современного развития. Из глубокого анализа данного определения вытекают существенно важные положения, позволяющие всё более расширять и углублять наши познания о предмете криминалистики. Являющиеся основой пред-

¹ Белкин Р.С. . Избранные труды / Р. С.Белкин. М. Изд-во НОРМА, 2010. С.682.

определившей как её движение в направлении технологического этапа развития, так и применения воплощённых криминалистических знаний в форме криминалистических технологий отражающих функциональность различных видов криминалистических систем.

Что в свою очередь, позволяет говорить и об их дальнейшем развитии, – в форме синергетических мегатехнологий формирования единых национальных, региональных и международного криминалистических пространств. В то же время, выступая и как элемент обеспечения национальной безопасности сотрудничающих государств¹.

Эффективность криминалистических технологий обуславливается постоянным совершенствованием её научной базы и постоянным притоком новых теоретических положений обеспечивающих уровень требований практики и тем самым постоянную актуальность и современность криминалистических мер по всему спектру ею решаемых задач.

Исходя из анализа понятия механизма слеодообразования, можно сделать вывод о том, что следовое отражение – это диалектически обусловленный ситуационно запечатлённый механизм событий имеющих, прежде всего информационно значимую сущность и процессуально обусловленное доказательственное значение².

Но в силу того, что системы взаимосвязей криминалистически значимых объектов имеют средообусловленную структуру, понятие механизма слеодообразования на сегодня требует своего дальнейшего уточнения.

Предельной иллюстрацией к данной проблеме могут являться градации различий в образовании традиционных и виртуальных следов. Очевидна и сама степень различия традиционных уровней следовой материальности (достаточно соотнести информационность и уровни поисковых возможностей трасологических, гентотипоскопических и дерматоглифических данных). Вместе с тем всё указанное свидетельствует не только о глубокой следовой информационно обусловленной взаимосвязи. Но о необходимости понимания этого процесса субъектами расследования не только как иерархической системы, но и прежде всего как ситуационно обусловленных и информационно взаимосвязанных систем³.

Степень информационности которых зависит не от уровней их отображений, а от степени их восприятий и системности и глубины обработки на уровне сформированных криминалистических технологий. Тем самым в теории, на наш взгляд, более правильно с методологической точки зрения можно было бы определять следовые формы отображений криминалистически значимой информации (КЗИ) и её взаимодействий как механизм средообразования.

Данное понятие обладает гораздо более высокой степенью общности по отношению к понятию слеодообразования. Так как характеристики сред более

¹ Лузгин И. И. Единое криминалистическое пространство как основа криминалистической безопасности Республики Беларусь / И.И.Лузгин // Вклад молодых учёных в развитие правовой науки Республики Беларусь / под ред. В. И. Семенкова [и др.]. Минск, 2011. С. 424-426.

² Белкин Р. С. Избранные труды / Р. С. Белкин. М. Изд-во НОРМА, 2010. С.277- 278.

³ Лузгин И. И. Теория следовых систем / И. И. Лузгин // Вестник Полоцкого государственного университета – Серия D: Экономические и юридические науки. 2009. № 10. С. 195-201.

стабильны. Что позволяет его оценивать не с позиции специфики образования каждого из следов по отношению к различным формам их отражений (в процессе чего часто теряется сам смысл построений их классификаций, – и, главное, – громоздко выглядящие классификации не способствуют их использованию в целях решения практических задач), а с позиции специфики следоотражения в средах отражения, как отдельного, так и всей совокупности в целом следов (в их внутренней системной взаимосвязи) исходя из функциональной обусловленности качеств каждой из сред.

Что позволит вычленивать и классифицировать по более высокоуровневому основанию не только каждый из большинства известных видов следов, но и технологически смоделировать потенциально все возможные варианты их образования для каждой из сред. Что справедливо и как в отношении моделирования потенциально возможных и пригодных для целей доказывания, но не используемых либо и вовсе не известных ранее следов.

Таким образом, возможна и параллельная разработка получения и технологии их обнаружения, фиксации, изъятия и исследования. Которые будут иметь как высокотехнологичный характер действия, так и степень функциональности в отношении решения вариантов практических задач.

Так как следовоспринимающие и отображающие среды имеют информационно обусловленный характер (что указывает на то, что в принципе возможен уровень достижения технологий, позволяющих произвольно изменять содержание их структуры влияющей на характер отображения в них) следы изначально отображаются в информационно обусловленной среде.

Сохранение ими своей индивидуальности, при наложении информации ситуационности и следоотражения обуславливает и ситуационную составляющую информационных взаимодействий второго порядка обеспечивающих считывание с самих сред как носителей знаковых систем, ситуационно обусловленных и ситуационно-значимых информационно обусловленных взаимодействий имеющих значение как доказательственные факты, встраиваемые в систему доказывания через систему процессуально обусловленных процедур.

Информационной сущностью знаковых систем имеющих средовые формы отображений криминалистически значимой информации является и тот факт, что исследуемые в процессуальном порядке объекты (часто имеющие достаточно условные основания так называться в силу их относительной материальности) выступают лишь носителями криминалистически значимой информации. В большинстве своём, используется для процесса доказывания лишь информация, в процессе их исследования извлечённая из них.

Среды отображения криминалистически значимой информации обладают динамикой функционирования. Вместе с процессом отображения включается процесс уничтожения информации, как элемент функциональной эргономики отображающей среды. В то же время, отображаемое всегда имеет комплексный характер, так как это ни что иное, как итог взаимодействий системных процессов функционально-динамических систем.

Сама же сущность отражения целостна, но исключительно сложна для непосредственного восприятия и оценки в том числе. На что указывает и отно-

сительная результативность предварительных исследований, не обеспеченных в должной степени криминалистическими технологиями. Уровень, которых на сегодня можно определить как информирующий в отличие информационного имеющего совершенно иную структурную взаимосвязь. Информирование – лишь объёмы данных, в отличие от информативности, – иерархии зависимостей в целостности каждого из них. Тем самым, какова системность обработки операционных решений – таков и оперативный результат.

Чтобы отражённое, (являясь на начальном моменте видимостью), стало сущностью (трансформируясь из КЗИ в доказательственную информацию) лежащей в основе ОРМ и следственных действий, направленных на результат, необходимы две качественно различные ступени познания: чувственное и логическое, абстрактное или теоретическое¹.

Потенциально познаваемые, согласно положений диалектики, явления на первом уровне познания лишь ощущаемы. В отличие от этого уровня познания, – чувственного, процессы, связи, взаимоотношения предметов и явлений отражающиеся динамикой процесса их познания на втором уровне указывают не только на их потенциальную познаваемость, но и на степень системности данного процесса отражаемого субъектами познания.

Но данное познание (что само по себе указывает на системность как на способ, метод, форму, методику и методологию в иерархии построения системы знаний в системе познаваемого) реализуемо лишь через систему абстрактного мышления, как высшую форму отражения объективной действительности, находящую своё практическое воплощение и в системе применения специальных знаний в том числе.

Вместе с тем, развитие математических форм обработки различных видов информации (в том числе и на основе использования в данных системах элементов искусственного интеллекта) позволяет дифференцированно подходить и к процессам разработки и использования такого рода методов. Как в работе с криминалистически значимой информацией, так и к созданию технологий обеспечивающих её получение и обработку. Перспективность такого рода подхода к данной проблеме заключается в том, что моделирование процессов как возникновения КЗИ в системах сред, так и системы её извлечения не имеют бесконечных вариантов проявлений и потенциально могут быть математически просчитаны.

В той же мере могут быть смоделированы потенциально оптимальные системы, обеспечивающие извлечение КЗИ и её криминалистический анализ. Что позволяет при соответствующем правовом обеспечении данного процесса в значительной мере продвинуться в направлении нового комплексно-технологического уровня применения специальных знаний по всем уровням их востребованности в практике решения правоохранительных задач.

В силу этого, в условиях современности, – специальные знания (в их криминалистической интерпретации) – это практическая форма реализации

¹ Грамович Г. И. Криминалистическая техника: (научные, правовые, методологические, организационные основы): монография / Г. И. Грамович. Минск: Акад.МВД Респ. Беларусь, 2004. С.46.

функции извлечения из систем отображения (как внешней видимости систем отражения), в том числе и с помощью технико–криминалистических методов и средств (ТКСМ), их информационной сущности на основе исследования как их внутренней информационной структуры, так и систем их ситуационно обусловленных взаимосвязей с учётом специфики отражения КЗИ в системах функциональных сред, в рамках правового поля в целях решения правовых задач. Это расширяет криминалистическую составляющую современной оценки содержания понятия специальных знаний по отношению к традиционной системе их восприятия в практике непосредственного процессуально обусловленного их применения. А использование криминалистической техники как реализационный элемент применения специальных знаний выступает в условиях современности как система технико–криминалистического обеспечения (ТКО).

Множественность отображающих сред, находящихся в динамике взаимодействий при едином механизме отражения и специфике отображения, обусловленной функциональностью сред, тем не менее, предопределяет многофункциональность создаваемых технико-криминалистических систем при логическом и интегральном единстве их информационно-коммуникативных и пространственно-распределённых платформ.

Необходимость комплексных и высокодинамичных систем технико-криминалистического обеспечения (ТКО) и используемых ТКСМ предопределяется и временным фактором взаимодействия процессов образования и исчезновения КЗИ. Так как внешне воспринимаемые как разнонаправленные, процессы образования и исчезновения информации в системе следоотражающих сред, в сущности, ни что иное, как единый средообусловленный их функциональностью процесс. Обладающий дискретной формой и ситуационной обусловленностью индивидуальных проявлений.

Что указывает не только на необходимость учёта характера взаимодействий данных процессов с их особенностями проявления и течения по каждой из сред, но и о реальности создания технологий ТКО по считываемости интегральной содержательной КЗИ по временному фактору в том числе. Что в ряде случаев играет для принятия тех или иных решений предопределяющую роль.

Существенное различие в понимании значения и роли средообусловленности следообразования от простого механизма следообразования заключается в том, что введение понятия средообусловленности следообразования позволяет изначально, на базово обусловленном уровне, дифференцировать особенности следообразования всех, как используемых на сегодня, так и вероятно возможных видов следов, в том числе и по отношению к характеру их проявления для каждой из такого рода отображающих КЗИ сред. Более того, в проективном плане это позволяет устанавливать и предопределять и сам характер всех возможных видов криминалистически значимой информации в системах отображающих сред. Как на основе матричного криминалистического анализа параметров отражающих и содержащих сред (путём компьютерного моделирования характеристик данных сред по отношению к характеру и уровню образования, отображения и хранения в них всех возможных следов), так и путём введения в их системы параметров как используемой на сегодня КЗИ, так и вовсе не из-

вестной, но возможной для получения доказательственной информации, что позволяет в принципе даже в автоматическом режиме с высокой степенью достоверности их наличие как отслеживать, так и отображать. А при обучении строить высокоэффективные системы тренажёров и симуляторов действий, как по субъектам, так и характеру выполняемых задач. Что позволяет на тех же принципах формировать и систему ТКСМ ТКО обеспечивающих оптимизацию решений при выявлении, обнаружении, изъятии, сохранении, исследовании и иных формах работы со всеми видами следов, выстраивая систему работы с ними не как видоразделённый и достаточно затратный как в физическом, так и во временном планах процесс, а формируя его как единую высокотехнологичную задачу, существенно влияющую как на результаты расследования, так и на динамику рассмотрения судебных дел.¹

В этом случае можно объединить на единой высокотехнологичной основе весь процесс ТКО по выявлению и созданию приборов, на единой информационной основе позволяющих выявлять и исследовать объекты не единого видового характера происхождения, а в целом изъятия и исследования КЗИ имеющей единую информационную сущность вне зависимости от области её происхождения. Что является более рациональным, так как, в отличие от изготовления приборов, приспособлений и разработки методов и приемов, predetermined своим появлением видами следов, имеющих широкий спектр проявлений, мы заменяем их значительно меньшим количеством, вместе с тем переводя принципы их действия на уровень информационно-коммуникативных технологий (ИКТ), но с использованием гораздо более комплексного характера систем ТКО ориентированных, прежде всего не на количественную составляющую видов следов, а на характер их отображения в системе средовоспринимающих и их отображающих сред.

Рациональность данного подхода заключается в том, что в этом случае мы исходим из того, что предполагаем неизменным наличие самого всеобщего свойства матери, – отражения. Исходя в системе формирования способов и приёмов и методов извлечения информации в модельном ряде ТКС и используемых ТКСМ и автоматизированных систем лишь из особенностей следовых отражений определяемых функциональностью наличествующих сред. Что позволяет работать со следами на основе их полиметрических данных и на основе их комплексных электронных копий-моделей, каждая из которых, отражая своё информационное поле, тем не менее, будет сохранять с входящими в состав следа видовыми информационными полями обобщённую информационно и ситуационно обусловленную их взаимосвязь, обеспечивая тем самым как изъятие, так и моделирование их, и оценку по ограниченному только вычислительными мощностями субъектов ТКО количеству параметров на компьютерных платформах в неразрушающих системах исследований. Базовой основой, которых могут стать как точечные сканирующие технологии с последу-

¹ Зорин Г. А. Характеристики криминалистических интегрированных технологий в системе единого информационно-криминалистического пространства Республики Беларусь / Г. А. Зорин // Инновационные проблемы и перспективы развития правоприменительной деятельности / под. общ. ред. Г. А. Зорина. Гродно, 2009. С.105-108.

ющей сшивкой изображений, так и голографические системы, обладающие практически неограниченным объёмом возможностей получения, хранения, переработки и передачи информации. При этом, значительную роль смогут сыграть и как встроенные, так и удалённые системы анализа типовых данных по имеющимся электронным образцам.

Таким образом, можно обеспечить значительно более высокий уровень эффективности изъятия, электронной «упаковки», предварительного полиметрического криминалистического сетевого анализа КЗИ, как на основе удалённого доступа к базам данных, так и на основе системы обратной связи передачи большинства криминалистически значимой информации в практически ничем не неограниченной степени, пространстве и объёме. Применяя криминалистические методики к объектам, содержащим КЗИ по всем уровням их информационно-содержательных полей.

Одним из главных значений применения такого рода криминалистических технологий является и тот факт, что при этом будет реализован принцип отказа от различного рода ПКЛ, так как данная технология реализации криминалистических технологий не имеет ограничений по дорожным и дистанционным характеристикам, и может в равной мере эффективно работать как в беспроводном режиме, так и используя автономные системы энергообеспечения.

Подводя итог анализу современного понимания категорий слепообразования и специальных знаний, вышеуказанное можно характеризовать как одно из направлений возможности реализации, с позиции системности, эффективности криминалистических знаний в практике в рамках ТКО, на основе современных криминалистических технологий.

ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ СПИСКОВ КАНДИДАТОВ В ПРИСЯЖНЫЕ ЗАСЕДАТЕЛИ

*Ускова К. Ю.,
студентка юридического факультета КемГУ*

Вынесение справедливого и объективного вердикта по уголовному делу, прежде всего, зависит от качественного состава суда присяжных заседателей.

Присяжные заседатели на период судебного разбирательства – это те же судьи, реализующие свое конституционное право на участие в отправлении правосудия, они являются не просто участниками судебного разбирательства, а его основной составляющей¹.

Формирование коллегии присяжных заседателей – сложная процедура, включающая в себя порядок составления списков присяжных заседателей, их отбор для осуществления правосудия и формирование коллегии непосредственно в судебном заседании. Первые из названных этапов не носят процессуального характера, однако имеют большое значение для дальнейшего хода судебного разбирательства и на сегодняшний день обладают рядом существенных недостатков.

Списки кандидатов в присяжные заседатели составляются исполнительно-распорядительными органами муниципальных образований отдельно по каждому муниципальному образованию субъекта Российской Федерации на основе персональных данных об избирателях, входящих в информационные ресурсы Государственной автоматизированной системы Российской Федерации «Выборы»². При этом следует отметить, что граждане, обладающие активным избирательным правом, тем самым являющиеся потенциальными кандидатами в присяжные, далеко не всегда отвечают критериям, установленным уголовно-процессуальным законом для таковых участников уголовного судопроизводства. Общий и запасной списки присяжных заседателей составляются администрацией субъекта Федерации и органами местного самоуправления по заявкам судов, имеющих потребность в присяжных заседателях, на основе списка избирателей путем случайной выборки. Кроме того, чиновники районных (городских) органов муниципальной власти, на которых возложена функция составления списков, никакой ответственности за итоги своей работы не несут. Это выражается в том, что в суд приходят списки с техническими неточностями и ошибками (например, неверно указаны фамилии граждан); в списки включаются умершие граждане, а также граждане, не соответствующие требованиям, предъявленным к кандидатам в присяжные заседатели, в том числе ГАС «Выборы» может содержать в своей базе сведения о лицах, являющихся ограниченно дееспособными без указания этого правового обстоятельства, так как данные лица обладают активным избирательным правом. Необходимо учесть, что

¹ Тащилин М. Т., Костылева Т. В. Составление списков присяжных заседателей// Российская юстиция. 2010, № 3, СПС КП.

² Ст. 4, 5 ФЗ «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации» от 20 августа 2004 г. № 113-ФЗ.

граждане часто не имеют возможности ознакомиться с составленным списком кандидатов и обратиться в орган государственной власти субъекта РФ с заявлением об их необоснованном включении, об исключении из списка или исправлении не точных сведений о кандидате.

Далее списки направляются в суд соответствующего субъекта Федерации, где отбор кандидатов возлагается непосредственно на секретаря судебного заседания или помощника судьи. Характер, пределы и средства проверки наличия обстоятельств, препятствующих участию лица в качестве присяжного заседателя, нормативно не определены. Тем самым, вопрос образования коллегии присяжных заседателей фактически отдан на рассмотрение аппарату суда. Закрытость данных действий от общественности, отсутствие общественного контроля дает основание предполагать, что так называемый «путь случайной выборки» является фикцией и она абсолютно не гарантирована. Таким образом, сама процедура составления предварительного списка кандидатов непрозрачна, а значит, соответствующий контроль отсутствует. Отсутствие нормативного регулирования деятельности работников суда может повлиять на принятие конечного решения по делу.

В комментариях к Уголовно-процессуальному кодексу РФ указано, что закон не запрещает сторонам и судье присутствовать при отборе присяжных заседателей методом случайной выборки, которую проводят секретарь судебного заседания или помощник судьи. Однако Верховный Суд РФ разъяснил, что участие подсудимых и других участников процесса в составлении предварительного списка присяжных заседателей законом не предусмотрено¹.

Существует возможный вариант проверки наличия обстоятельств, препятствующих участию лица в качестве присяжного заседателя: путем направления запросов в ИЦ МВД (с целью узнать об имеющейся у лица или его родственников судимости или об их привлечении к административной ответственности), в медицинские вытрезвители, в наркологические и психоневрологические диспансеры². Председательствующий может направить кандидата в присяжные на психиатрическое освидетельствование (ст. 23 Закона о психиатрической помощи), однако это носит исключительно добровольный характер и проводится по просьбе или с согласия гражданина. В данном случае возникает проблема о необходимости дополнительной проверки сведений о кандидатах в присяжные заседатели, а также создания более эффективных механизмов установления подлинных данных о личности.

Также поднимаются вопросы, касающиеся введения дополнительных требований к отбору присяжных заседателей: образовательный ценз, ценз оседлости, проведение специальных тестирований и т. д.

Важную роль играет оценка личности кандидата в присяжные заседатели, которая проводится в основном на основании добровольно предоставляемых

¹ Определение Судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда РФ от 22 февраля 2007 г., дело № 9-006-66сп// СПС КП.

² Куленкова М. П. Проблема формирования коллегии присяжных заседателей//Вестник Удмуртского университета. 2007, № 6 , с. 118.

гражданами сведений о себе¹. Несмотря на то, что они обязаны правдиво отвечать на задаваемые сторонами вопросы (ч. 3 ст. 328 УПК РФ), истинность их слов – это всего лишь предположение, и проверить их нет формальной возможности. Судебная практика свидетельствует, что выявление в последующем факта сообщения присяжным ложных сведений, является основанием для отмены приговора, постановленного на основании вердикта присяжных заседателей.

Отбор кандидатов в присяжные заседатели нуждается в дальнейшем совершенствовании его организационно-правовых основ, что может повысить эффективность деятельности суда присяжных, в том числе сократить число отменяемых приговоров.

ВОЗМОЖНОСТЬ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В КАЧЕСТВЕ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ЦИФРОВОЙ ИНФОРМАЦИИ, ПОЛУЧЕННОЙ РЕГИСТРИРУЮЩИМИ ПРИБОРАМИ

*Шлегель О. В.,
студентка юридического факультета КемГУ*

На современном этапе развития науки информационный подход является одним из доминирующих методов получения и использования знаний. Юриспруденция не является исключением. В этой связи, особую значимость приобретают специальные технологии, направленные на получение, обработку, передачу и хранение информации, определяемые как информационные технологии (ИТ-технологии). Вкратце остановимся на двух технологиях: видеорегистрации и биллинге.

В настоящее время существуют банки видеоинформации, информация в которых формируется в автоматическом режиме и хранится фиксированное количество времени. Такая информация получается с помощью, например:

- видеокамер на дорогах;
- авторегистраторов, которые устанавливаются на транспортных средствах;
- видеокамер в подъездах, возле банкоматов, в местах общественного пользования, в госорганах и т. п. Информация, содержащаяся в этих банках данных, тоже может быть использована в качестве доказательств.

Безусловно, информационные технологии в настоящее время оказывают достаточно существенную помощь в раскрытии преступлений. Так, например видеозаписи с камер наружного наблюдения либо камер, установленных на автодорогах (система «Поток»), могут помочь в установлении истинных виновников ДТП или личности предполагаемого преступника. Многие резонансные преступления прошлых лет были раскрыты именно с помощью данных технологий. Но, даже имея в качестве доказательства съемку с камеры слежения не всегда можно установить истину по делу. Наглядным примером служит случай,

¹ Гарашко А. Ю. Проблемы формирования и функционирования суда присяжных в России//Администратор суда, 2009, № 4, СПС КП.

произошедший в одном из продуктовых магазинов г. Томска. Не трезвый покупатель устроил скандал в магазине, вследствие чего кассир был вынужден вызвать охранников. Прибывшие на место сотрудники охраны, знали о том, как располагаются камеры слежения, установленные в магазине. Расположились к ним спиной и для того, что бы ни нарушать со своей стороны закон специально словесно провоцировали правонарушителя совершить противоправные действия в их адрес (попытаться напасть). После чего, охрана воспользовалась своим правом на необходимую оборону. А так как камеры наблюдения не оснащены функцией аудиозаписи, то доказать, что охранники намеренно спровоцировали правонарушителя, доказать оказалось невозможно. Поэтому судьи, а также эксперты, исследующие записи, должны быть осведомлены о таком способе обхода закона.

Но в подавляющем большинстве случаев именно благодаря съемкам, полученным с камер видеонаблюдения, удается задержать преступников. Лишний раз это доказывает случай, произошедший в г. Санкт-Петербурге рядом с одним из ночных клубов. В ночь с 23-го на 24-е апреля 2011 г., гр. А вместе со своей супругой, гр. В, выходили из ночного клуба. К ним подошли двое молодых парней, один из которых стал оскорблять гр. «В». Супруг попытался вступить за свою жену, один из парней гр. «Д», достал травматический пистолет («Оса») и произвел выстрел в гр. А., который получил тяжелое огнестрельное ранение в область правого глаза. После этого преступники скрылись с места происшествия. Происходящее было зафиксировано камерой скрытого наблюдения. На записи были видны сами преступники, а также то, в каком направлении они скрылись. Во многом именно благодаря этому оперативным работникам и удалось задержать преступников. В отношении них было возбуждено уголовное дело по ч. 1 ст. 111 УК РФ. Таким образом, мы видим, что ИТ-технологии являются очень важным элементом в судебной-следственной практике.

Научно-технический прогресс благоприятным образом сказывается и на совершенствовании средств и методов борьбы с преступностью. Так, в соответствии с ч. 1 ст. 186¹ УПК РФ, при наличии достаточных оснований полагать, что информация о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами имеет значение для уголовного дела, получение следователем указанной информации допускается на основании судебного решения, принимаемого в порядке, установленном ст. 165 УПК РФ. Указанное следственное действие появилось в арсенале следователя, благодаря Федеральному закону от 1 июля 2010 г. № 143-ФЗ, который внес соответствующие изменения и дополнения в УПК РФ. К слову, следует отметить, что это пример полезного нововведения в УПК РФ, который претерпел уже множество изменений.

Укажем, что перед нами не стоит задача рассмотреть процессуальные или криминалистические особенности проведения следственного действия «получение информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами», определить круг связанных с этим теоретических и практических проблем. Интерес представляет само значение для современного уголов-

ного процесса России данного следственного действия, которое также именуют «биллинг» или «детализация», в свете теории доказывания.

Общеизвестно, что результатом любого следственного действия является получение доказательства – информации, имеющей значение для установления обстоятельств по уголовному делу. Так, полученная в результате рассматриваемого следственного действия информация позволяет подтвердить или опровергнуть не только факт самого соединения между определенными абонентами или абонентскими устройствами, что может иметь существенное значение для доказывания виновности или невиновности подозреваемого, или обвиняемого, но и указывать на место нахождения лица, подвергаемого уголовному преследованию, в момент совершения преступления, его дальнейшее перемещение, локализацию места нахождения.

Так, сигнал абонентского устройства пеленгуется станцией сотового оператора, которая наиболее приближена к месту нахождения такого устройства. Таким образом, возможно, проследить маршрут передвижения подозреваемого, обвиняемого от места совершения преступления до его конечной точки. Например, завладев сотовым телефоном в микрорайоне «Красная горка» в пределах зоны действия станции, расположенной по адресу: г. Кемерово, ул. Краснофлотская, д. № N, преступник проследовал до микрорайона «МЖК», где сигнал сотового телефона был запеленгован последний раз станцией, расположенной около торгового центра «РАДУГА». Можно предположить, например, что преступник сбыл похищенный телефон в какой-либо комиссионный магазин, ломбард, расположенный как в самом торговом центре, так и рядом с ним.

Появление подобной информации в распоряжении следователя, позволяет выстраивать наиболее вероятные версии, позволяющие оперативнее и эффективнее раскрывать и расследовать преступления. К тому же, в качестве примера мог бы рассматриваться и иной вариант, например, когда совершено преступление, связанное с убийством, мошенничеством, похищением человека, посягательством на его половую неприкосновенность, жизнь.

Так, в городе Березовском Кемеровской области с мая по июнь 2000 г. действовала преступная группа так называемых «черных риэлторов», которую возглавляла гр. А. Выдавая себя за сотрудников риэлтерской фирмы «Уют» г. Кемерово, преступники входили в доверие к собственникам квартир и, путем обмана, оформляли необходимую документацию по сделке «купли-продажи» жилья. Некоторых бывших собственников, как возможных свидетелей, убивали и сжигали. Сама гр. А., как организатор преступной группы, участия в совершении сделок с имуществом и убийствах не принимала, осуществляя руководство посредством звонков на сотовые телефоны своих подельников. Преступная группа была обезврежена как благодаря свидетельским показаниям, так и благодаря полученным распечаткам звонков с сотового телефона гр. А.¹

Другой пример. В г. Новокузнецке 15.03.2009 г. около 18:00 были обнаружены трупы гр. З. и гр. З. с признаками насильственной смерти. На теле гр. З. эксперты насчитали 24 ножевых ранения. В ходе следственно-оперативных ме-

¹ Архив Кемеровского областного суда. Дело № 2-6/09.

роприятий был установлен подозреваемый гр. У., как выяснилось позже – знакомый гр. З. После совершения преступления У. скрылся в неизвестном направлении. Для его розыска был применен биллинг, что в конечном итоге, позволило установить местонахождение подозреваемого. Также, как показала детализация звонков с мобильного телефона У., в момент совершения преступления подозреваемый находился в непосредственной близости от места убийства¹.

Некоторые авторы, такие как Е. С. Лапин², В. Жуланов и др.³ классифицируют информацию, полученную о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами, следующим образом:

а) по предикативности (по отнесению получаемой указанной информации к тому или иному временному плану):

- ретроспективное, обращенное к прошлому (минувшему) относящемуся к уголовному делу событию, связанному с соединениями между абонентами (абонентскими устройствами);
- перспективное, относящееся к будущему, предусматривающее ситуацию, при которой может возникнуть такого рода криминалистически значимая информация в ходе расследования преступления;

б) по содержанию получаемой указанной информации:

- данные о времени и продолжительности телефонных переговоров абонента, а также о номерах абонентов, с которыми производилось соединение (как исходящие, так и входящие переговоры) (то есть детализация счета абонента (графики (протоколы) соединений абонента);
- данные о местонахождении абонента или аппарата мобильной связи в зоне действия той или иной базовой станции данного оператора сотовой связи в указанное время, которые позволяют установить примерное местонахождение звонившего (или получившего входящий звонок) в интересующее следствие время.

Цели получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами:

- получение новых (вещественных) доказательств (ч. 6 ст. 186¹ УПК РФ);
- проверка следственных версий и полученных доказательств;
- проверка заявленного алиби;
- обнаружение разыскиваемого лица;
- установление преступных связей, выявление возможных соучастников преступления.

Совокупность условий правомерности получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами:

¹ Архив Кемеровского областного суда. Дело № 09240150.

² Лапин Е. С. Технология получения информации о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами при расследовании преступлений против интеллектуальной собственности // Российский следователь. 2011. № 3. С. 2 - 5.

³ Жуланов В., Ищенко Е. Анализ информации из электронных баз данных в следственной группе // Законность, 2007, № 4. С. 26-29.

- наличие в производстве у следователя возбужденного (возобновленного производством) уголовного дела;
- производство этого следственного действия уполномоченным на то следователем;
- наличие достаточных оснований полагать, что информация о соединениях между абонентами и (или) абонентскими устройствами имеет значение для уголовного дела (ч. 1 ст. 186¹ УПК РФ);
- наличие возбужденного следователем с согласия руководителя следственного органа перед судом ходатайства о производстве данного следственного действия (вынесение соответствующего постановления) (ч. 2 ст. 164, ч. 1 ст. 165 УПК РФ);
- наличие постановления судьи о разрешении производства данного следственного действия (п. 12 ч. 2 ст. 29, ч. 4 ст. 165 УПК РФ).

Данная классификация на сегодняшний день является одной из наиболее точных. Она включает в себя множество очень важных элементов, таких, как: 1) разграничение целей получения информации в следственной деятельности; 2) совокупность условий правомерности получения информации о соединениях между абонентами.

Таким образом, современная правоприменительная действительность подтверждает актуальность описанного следственного действия, что иллюстрируется примерами судебной и следственной практики (примерно в 70 % от всех рассматриваемых дел применялось данное следственное действие)¹, а также свидетельствует о его реальной пользе в деле борьбы с преступностью.

ПРИМИРЕНИЕ СТОРОН В СУДЕБНОМ ПРОЦЕССЕ

*Соболев М. В.,
доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики
юридического факультета КемГУ*

Прежде чем начать говорить о мировом соглашении, которое среди иных процессуальных документов, имеет особенное значение на любой стадии процесса, обратимся к истории «мирового соглашения». Данным термином в юридической литературе называют исход в споре. Сама же процедура достижения мирового соглашения, называется по-разному: встречаются термины «примирительное производство», «примирительная процедура» или «согласительное производство» и «согласительная процедура». Как правило, приведенные термины употребляются как тождественные.²

Под мировым соглашением принято понимать двустороннюю сделку, в которой стороны идут на взаимные уступки друг другу, заново определяя свои права и обязанности по спорному правоотношению. Содержание мирового со-

¹ Архив Заводского районного суда г. Кемерово за 2011 г.

² Шеменова О. Н. Мировой судья в гражданском процессе. М., 2009. С. 96.

глашения составляют права и обязанности сторон спора, заключающих мировое соглашение. По мировому соглашению каждая из сторон принимает на себя те или иные обязанности и приобретает определенные права.

Первые упоминания об урегулировании правовых споров с помощью примирения можно найти в римском праве, где институт мирового соглашения был достаточно развит. Наиболее распространенным способом примирения спорящих сторон являлась мировая сделка, которая представляла собой соглашение об уступках каждой стороны, к которому прибегали в случае, когда стороны испытывали трудности в доказывании своих требований или же когда стороны не видели смысла в рассмотрении дела в дальнейшем. В Россию институт соглашения пришел из правовых систем континентальной Европы. Во Франции склонение сторон к миру считалось главной обязанностью церковных судов. В Голландии впервые появились судьи примирения. Впоследствии аналогичные органы были созданы в Англии. Судьи-примирители также существовали в Бельгии и ряде германских земель. В соответствии с австрийским процессуальным законодательством XIX в. всякое дело, прежде чем быть рассмотренным в суде, обсуждалось со сторонами с целью склонения их к миру¹.

Впервые в российском законодательстве об урегулировании споров путем мирового соглашения упомянуто в Новгородской берестяной грамоте (1281-1313 гг.). В дальнейшем упоминание о мировом соглашении мы встречаем практически во всех крупных памятниках русского права: Псковской Судной грамоте (1397 г.), Судебнике Ивана III (1497 г.), Соборном уложении 1649 г.

Гораздо больше внимания институту примирения сторон стало уделяться с конца 19 – начала 20 вв. В данный период виден сильный скачок в понимании значения мирного урегулирования споров. Процедура примирения становится действенным инструментом для достижения соглашения на взаимовыгодных условиях. Примирение сторон стало желательным способом урегулирования спора. При этом на судебные органы возлагается обязанность по применению мер, для прекращения распрей между гражданами. После введения института мировых судей даже было выдвинуто предложение, чтобы согласительное производство с целью заключения мирового соглашения стало основой, приоритетным началом над всеми остальными принципами деятельности мировых судей и способами урегулирования ими споров².

Существование данного института в уголовном судопроизводстве говорит о том, что принцип неотвратимости наказания – не единственная из возможных реакций государства и общества на совершенное преступление. Неотвратимость наказания в случаях совершения преступлений, не представляющих большой общественной опасности, но затрагивающих преимущественно права и интересы потерпевшего, с согласия последнего может быть заменена принципом неотвратимости заглаживания причиненного вреда.

¹Ясеновец И. Законодательство и процессуальная литература об институте мировых соглашений по Уставу гражданского судопроизводства 1864 года // <http://www.jurportal.com/documents/1019.htm>.

²Чечина Н. А. Мировые судьи в Российской Федерации (судебная реформа и новое законодательство) // Правоведение. 1999. № 4. С. 235.

В действующем законодательстве содержится немало положений направленных на мирное урегулирование споров. Заключение мирового соглашения возможно по уголовным делам небольшой и средней тяжести. А также по гражданским делам.

По делам частного обвинения круг обстоятельств, на основании которых возможно прекращение дела, значительно шире, чем по делам публичного и частно-публичного обвинения. Это обусловлено тем, что уголовные дела частного обвинения прекращаются как на общих основаниях, так и на основаниях, характерных только для этой категории уголовных дел. Одно из таких оснований содержится в части 2 статьи 20 УПК РФ, в которой сказано, что Уголовные дела о преступлениях, предусмотренных статьями 115 частью первой, 116 частью первой, 129 частью первой и 130 Уголовного кодекса Российской Федерации подлежат прекращению в связи с примирением потерпевшего с обвиняемым. Прекращение дела за примирением сторон является наиболее распространенной формой прекращения дел частного обвинения и наилучшим исходом для дел данной категории. Подобное решение должно носить добровольный и искренний характер. Это ситуация, когда без вынесения приговора по делу ликвидируется возникший между лицами конфликт.

Мировой судья должен создать условия для примирения: назначить время совместной явки сторон в суд; разъяснить им их право на примирение, условия и порядок примирения, в том числе возмещение судебных издержек; разъяснить им последствия их отказа от примирения и рассмотрения дела в суде; предложить сторонам примириться и оказать помощь в поиске взаимоприемлемых условий для примирения.

Если потерпевшим по делу является несовершеннолетний или иное лицо, которое не может само защищать свои интересы, прекращение дела за примирением потерпевшего с обвиняемым возможно только с согласия законного представителя потерпевшего.

Постановление о прекращении производства по уголовному делу в связи с примирением сторон может быть обжаловано заинтересованными в исходе дела лицами в апелляционном порядке.

Мировой судья не вправе вынести постановление о назначении судебного заседания, пока не убедится, что стороны отказались от примирения. Подтверждением отказа может быть специальное заявление об отказе от примирения стороны, возражение на примирение стороны, неподача к установленному мировым судьей времени заявления о примирении.

Аналогичная ситуация складывается в деятельности мирового судьи и в сфере гражданского судопроизводства. Часть 1 ст. 39 ГПК РФ предоставляет сторонам право «окончить дело мировым соглашением». Для реализации этого права участникам спора предоставлен ряд процессуальных возможностей: 1) заключить в судебном процессе мировое соглашение; 2) предоставить его на утверждение суду и ходатайствовать о прекращении производства по делу. О реализации сторонами права окончить дело мировым соглашением можно говорить лишь тогда, когда суд утвердит настоящее соглашение в определении об утверждении мирового соглашения и прекращении производства по делу.

Необходимо заметить, что были и авторы, которые высказывались против активной роли судьи в примирении сторон: «на практике чаще всего именно этим же судьям, которые участвовали в попытке примирения сторон, потом приходится рассматривать уголовное дело по существу. А ведь они в ходе примирения могут допустить высказывания, свидетельствующие об их отношении к делу, произвольно войти в оценку доказательств, либо иным образом дать повод для сомнения в объективности»¹.

Основное преимущество мирового соглашения над всеми другими судебными решениями, как указывает Д. Л. Давыденко, это ликвидация субъективной стороны спора и создание реальной возможности для добровольного исполнения обязанности должником².

В целом, в мировых соглашениях гораздо больше плюсов, нежели минусов. Связано это тем, что мировое соглашение, дает сторонам возможность добровольно выразить свое желание и волю на разрешение конфликтной ситуации в принципе. Мировое соглашение должно содержать компромиссные условия: каждая из сторон должна пойти навстречу другой, отказаться частично от своей позиции для достижения взаимовыгодных целей. Для истца при этом, с одной стороны появляется реальная возможность исполнения его требований, а для ответчика, в свою очередь, существует возможность прогнозирования и планирования исполнения взятых обязательств.

¹Дорошков В. В. Частное обвинение: правовая теория и судебная практика. М., 2000. С. 63.

²Давыденко Д. Л. Некоторые теоретические аспекты мирового соглашения // Юрист. 2003. № 3. С. 24.

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА..... 3

<i>Лебедева Е. К.</i> Противостояние законов	3
<i>Ивкович Никола</i> О соотношении позитивного и интуитивного права	6
<i>Синянский К. П.</i> Правовое государство как предмет политического анализа	12
<i>Погребная Т. С.</i> История развития коррупции в россии	15
<i>Hadi Nikolett</i> The fundamental rights of persons with disabilities in the Fundamental Law and in the European context.....	19
<i>Лебедева Е. К.</i> Политико-правовая мысль в даосизме.....	31
<i>Волкова А. О.</i> Юридическая ответственность	35
<i>Федотова В. А.</i> Проблема понимания термина «субъект права», отличия его от «субъекта правоотношения»	38
<i>Маркович Горан</i> Особенности этнической демократии в Боснии и Герцеговине	41
<i>Капица П. А.</i> Историко-правовой анализ положений «Учреждения для управления губерний Всероссийской империи» 1775 г., касающихся деятельности уездной общей полиции.....	47
<i>Сербунов Я. М.</i> Деятельность общественных организаций по оказанию помощи беженцам Первой мировой войны.....	51
<i>Млынарчик Л. В.</i> Общественное мнение как фактор, влияющий на деятельность органов внутренних дел.....	55
<i>Маршавелски А.</i> Право на революцию как общеправовой принцип.....	58
<i>Болотникова А.А.</i> Права женщин в дореволюционной России в наследственном праве в XIX – начале XX веков.....	68
<i>Боголюбов Е. А.</i> Типология государств: современные проблемы.....	71
<i>Давыдова Д. С.</i> Проблемы законодательства в области инноваций (на примере Кемеровской области).....	76
<i>Дзвоник М. П.</i> Специальная юридическая ответственность в сфере спорта	79

<i>Лебедева Е. К.</i> Модели правового государства и принцип разделения властей в либертарной модели.....	83
<i>Борисенко О. В.</i> К вопросу о структуре правовой культуры	89

АДМИНИСТРАТИВНОЕ ПРАВО..... 95

<i>Дигтярь А. А.</i> Место и роль государственной судебной администрации Украины в судебно-правовой реформе государства	95
<i>Фам С. К.</i> Полиция: основные направления и итоги реформы	98
<i>Арлюкова Е. Д.</i> Необходимость создания административных судов в Российской Федерации	102
<i>Ускова К. Ю.</i> Ответственность работодателя за незаконное привлечение к трудовой деятельности государственного или муниципального служащего	104
<i>Завьялова А. Н.</i> Проблема противодействия коррупции в рамках административного права.....	109
<i>Трубчанинов С. Ю.</i> Административная реформа 2006-2010 годов.....	114
<i>Сабыралиев А. К.</i> Направления и итоги реформы образования в России	122
<i>Антропова А. О.</i> Развитие законодательства о гражданской службе: антикоррупционная направленность.....	125
<i>Щеглова Н. С.</i> Административные жалобы как механизм защиты прав и интересов граждан.....	128
<i>Ларионов И. В.</i> К вопросу о совершенствовании управления иностранными делами в Республике Беларусь.....	131
<i>Мичурин П. К.</i> Административное приостановление деятельности.....	134
как вид административного наказания	134
<i>Демидов А. С.</i> Административно-правовые вопросы защиты персональных данных	139
<i>Калина О. Л.</i> К вопросу о законодательном закреплении гарантий безопасности адвокатской деятельности	145

Дерябина Е. В. К вопросу об административной ответственности за коррупционные правонарушения 153

КОНСТИТУЦИОННОЕ И МУНИЦИПАЛЬНОЕ ПРАВО 161

Шинкарев И. А. Правовая безопасность – неотъемлемый элемент национальной безопасности Республики Беларусь 161

Скрипникова А. Ю. Особенности правовых основ местного самоуправления в Российской Федерации 167

Щепанов М. А. Исполнение судебных актов в процессе реализации конституционных прав граждан на судебную защиту 174

Шабашова Т. А. Ограничение активного избирательного права осужденных ... 177

Прихожденко А. В. О роли Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод в становлении института прав человека на информацию 180

Павлович Гойко Конституционные и международно-правовые гарантии прав человека в Боснии и Герцеговине..... 184

Воронова А. О. Права и свободы человека и гражданина в контексте российского конституционализма 192

Плешкова А. С. Институт омбудсмана: история развития в РФ 199

Чупич Данило. Правовое положение омбудсмана в югославянских республиках 203

Лебедева Е. К. Современная демократия: возможности использования достижений научно-технического прогресса 216

Фатьянов И. В. О законодательном регулировании правовых экспериментов.. 221

Солодкова Е. В. К вопросу о местном управлении и самоуправлении в Республике Беларусь..... 225

Щеглова Н. С. К вопросу об особенностях российской модели конституционализма..... 229

Топлак Юрий Справедливая компенсация за нанесенный вред в связи с нарушением прав избирателя при голосовании в США и странах ЕС..... 232

ГРАЖДАНСКОЕ, СЕМЕЙНОЕ, ЖИЛИЩНОЕ ПРАВО..... 236

Попова Д. Г. Услуги в сфере социального обслуживания населения: понятие и отраслевая принадлежность 236

Mihilović Borko Consumers protection in Republic of Serbia 239

Строилова Е. С. Признание решения общего собрания собственников помещений недействительным 245

Лебедева Е. К. Проблемы наличия или отсутствия воли собственника на отчуждение имущества применительно к сделкам с пороками воли 247

Огородников Д. Р. О некоторых вопросах исполнения договоров перевозки пассажиров на железнодорожном транспорте 251

Засухин В. О. Обоснование защиты владения 253

Бершов И. О. Основания и условия ответственности за вред, причиненный незаконными действиями органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры или суда 256

Таманцева А. В. Трансграничное страхование: понятие и коллизионные вопросы 259

Трезубов Е. С. Квалификация совместного поручительства в отечественной судебной практике 263

ГРАЖДАНСКОЕ И АРБИТРАЖНОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО, ТРУДОВОЕ ПРАВО 267

Латыпов Т. М. Правовая природа дел о присуждении компенсации за нарушение права на судопроизводство в разумный срок или права на исполнение судебного акта в разумный срок 267

Антропова А. О. Процедура медиации в Российской Федерации: тенденции реформирования 270

Щеглова Н. С. К вопросу о соотношении международных стандартов правовой определенности и действующего гражданского процессуального законодательства 273

<i>Вацура П. Я., Зеленин К. Е.</i> Прецедентная практика Европейского суда по правам человека. Источник права или правовой регулятор?	278
<i>Куртуков Р. С.</i> Трансформация статуса индивидуального предпринимателя в современном российском трудовом законодательстве	282
<i>Пробегойлова А. Н.</i> К вопросу о дисциплинарной ответственности обучающихся по законодательству Республики Беларусь	285
<i>Carvalho A. S.</i> The prohibition of age discrimination in labour relations: international and legal framework in USA, EU and Portugal	292

УГОЛОВНОЕ, УГОЛОВНО-ИСПОЛНИТЕЛЬНОЕ ПРАВО И КРИМИНОЛОГИЯ..... 296

<i>Автухов К. А.</i> К вопросу о включении законных интересов в структуру правового статуса осужденного	296
<i>Грбич-Павлович Николина</i> Понятие и историческое развитие наказания в виде.... тюремного заключения, применяемого к несовершеннолетним, в Республике Сербской.....	302
<i>Лабор А. С.</i> Анализ дифференциации уголовной ответственности за кражу по уголовному законодательству Франции	309
<i>Савич Саня</i> История наказания в виде лишения свободы у сербов.....	311
<i>Костантян Л. Л.</i> Возникновение и юридическая природа помилования	316
<i>Никонова А. С.</i> Страховое мошенничество и меры борьбы с ним.....	319
<i>Щаслёнок Е. А.</i> Проблемы квалификации лжепредпринимательства по Уголовному кодексу Республики Беларусь.....	322
<i>Никитенко О. Г.</i> Действия, дезорганизирующие работу исправительного учреждения, исполняющего наказание в виде лишения свободы, или арестного дома: формирование признаков состава преступления	326
<i>Емлиханова В. А.</i> Актуальные проблемы социальной адаптации лиц, освободившихся из мест лишения свободы	329

<i>Пермикин Д. В.</i> Теоретические и правовые проблемы отставания несовершеннолетнего в психическом развитии, не связанном с психическим расстройством.....	333
<i>Петрович Владимир</i> Альтернативные уголовные санкции.....	336
<i>Тищенко Е. А.</i> Смертная казнь: быть или не быть?.....	342
<i>Засухин В. О.</i> Эвтаназия. Разрешение убийства.....	347
<i>Силаев С. А.</i> О назначении наказания за продолжаемое преступление.....	350
<i>Толоконников Н. В.</i> К вопросу о понятии криминальной среды.....	356
<i>Gál István László</i> Economic Crisis and Criminal Law in Hungary.....	360
<i>Kóhali László</i> Criminal Corruption in Hungary – the unfinished war.....	365
<i>Кобзева Т. А.</i> Организация проведения проверок сомнительных финансовых операций субъектов хозяйствования.....	372
<i>Хорошилова О. С.</i> Особенности назначения наказания за приготовление к преступлению и покушение на преступление.....	377
<i>Наумов А. А.</i> Понятие объекта преступления.....	382
УГОЛОВНОЕ ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО И КРИМИНАЛИСТИКА	387
<i>Дранезо Р. Г.</i> Оперативно-розыскная профилактика убийств, в которых огонь выступает как орудие либо как средство сокрытия.....	387
<i>Никитин М. А.</i> Роль прокурора в производстве по преданию суду. Сравнительно-правовой анализ на примере РФ, ФРГ, США и Англии	394
<i>Петрушин А. И.</i> Анализ практики принятия решения по результатам проверки сообщения о преступлении частного обвинения.....	397
<i>Пермикин Д. В.</i> Понятие, принципы ювенальной юстиции в России и её связь с гражданским обществом.....	401
<i>Семченко С. С.</i> Принцип разумного срока в уголовном судопроизводстве с точки зрения решений Европейского Суда по правам человека и практики судов РФ .	405
<i>Милёшина В. М.</i> Проблемы возбуждения уголовного дела.....	414

Туранянин Велько Обжалование приговора, вынесенного на основе соглашения о признании вины, в свете принципа справедливости по уголовно-процессуальным кодексам Республики Сербия.....	416
Лузгин И. И. Следообразование и системность в развитии современной криминалистики.....	421
Ускова К. Ю. Проблемы формирования списков кандидатов в присяжные заседатели.....	428
Шлегель О. В. Возможность использования в качестве доказательств цифровой информации, полученной регистрирующими приборами.....	430
Соболев М. В. Примирение сторон в судебном процессе	434

Научное издание

**ПРАВОВОЕ ОБРАЗОВАНИЕ
ГРАЖДАНСКОЕ ОБЩЕСТВО
СПРАВЕДЛИВОЕ ГОСУДАРСТВО**

Сборник статей
VI (XIII) Международной научной конференции
студентов и молодых ученых (26-27 апреля 2012 года)

Технический редактор Зайцев А.В.

Подписано к печати Формат 60x84¹/16.

Бумага офсетная. Печать офсетная.

Гарнитура Times New Roman.

Усл.-печ. л. 26,6. Уч.-изд. л.

Тираж _____ экз. Заказ № _____

ФГБОУ ВПО «Кемеровский государственный университет».
650043, г. Кемерово, ул. Красная, 6.