ЕВРАЗИЙСКАЯ АДВОКАТУРА № 2 (9) 2014

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

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

Редакционный совет

Председатель

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

Заместитель председателя

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

Члены редакционного совета

АДИЛОВ Надир Адил оглы – доктор философии по юридическим наукам, Генеральный секретарь Конфедерации юристов Азербайджана (Азербайджанская Республика, г. Баку);

БИРЮКОВ Павел Николаевич – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой международного и европейского права юридического факультета Воронежского государственного университета (Российская Федерация, г. Воронеж);

ВАН ЕРП Сьеф – магистр права, профессор кафедры гражданского права и европейского частного права и заведующий департаментом частного права Маастрихтского университета, Президент Нидерландской ассоциации сравнительного права, член исполнительного комитета Европейского юридического института (Нидерланды, г. Маастрихт);

ВЛАСОВ Анатолий Александрович – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры международного частного и гражданского права Московского государственного института международных отношений (Университета) Министерства иностранных дел Российской Федерации (Российская Федерация, г. Москва);

ВОРОНОВ Александр Алексеевич – доктор юридических наук, профессор, адвокат, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Воронежского филиала Российского нового университета (Российская Федерация, г. Воронеж);

ВУЯДИНОВИЧ Драгика – доктор права, профессор кафедры теории, философии и социологии права юридического факультета университета г. Белград (Республика Сербия, г. Белград);

ГАЛОГАНОВ Алексей Павлович – доктор юридических наук, адвокат, вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, Президент Адвокатской палаты Московской области (Российская Федерация, г. Москва);

ГРУДЦЫНА Людмила Юрьевна – доктор юридических наук, доцент, адвокат, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Финансового университета при Правительстве Российской Федерации (Российская Федерация, г. Москва);

ДЕХАНОВ Сергей Александрович – доктор юридических наук, доцент, адвокат, профессор кафедры авторского права, смежных прав и частноправовых дисциплин Российской государственной академии интеллектуальной собственности (Российская Федерация, г. Москва);

ЕГОРЫШЕВ Сергей Васильевич – доктор социологических наук, профессор, проректор по научной работе и практике Восточной экономико-юридической гуманитарной академии (Российская Федерация, г. Уфа);

ЖАНАБИЛОВ Нурлан Еркинович – доктор права, профессор, Почетный работник образования Казахстана, первый вице-президент Международного Союза (Содружества) адвокатов, Президент Международной ассоциации адвокатов «Азия Инюрколлегия», заведующий Секретариатом Государственного Секретаря Республики Казахстан (Республика Казахстан, г. Астана);

ЗИНН Арндт – доктор права, профессор, руководитель Института экономического уголовного права и руководитель кафедры немецкого и европейского уголовного права и уголовного процесса, международного уголовного права и сравнительного правоведения Университета г. Оснабрюк, директор Центра европейских и международных исследований уголовного права (Федеративная Республика Германия, г. Оснабрюк);

КОЛЕСНИКОВ Евгений Викторович – доктор юридических наук, профессор, Почетный работник высшего профессионального образования РФ, профессор кафедры конституционного и международного права Саратовской государственной юридической академии (Российская Федерация, г. Саратов);

КУДРЯВЦЕВ Владислав Леонидович – доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Научно-исследовательского центра Московской академии экономики и права (Российская Федерация, г. Москва);

ОГАВА Акитсю – магистр права, адвокат, патентный поверенный, доцент университета Торговли и Бизнеса, председатель Международного комитета Ассоциации адвокатов префектуры Айчи, член Комитета по международному обмену Ассоциации адвокатов Японии (Япония, г. Токио и г. Нагоя);

ПОПЕЛЮШКО Василий Александрович – доктор юридических наук, профессор, адвокат, директор Института права им. И. Малиновского Национального университета «Острожская академия» (Украина, г. Острог);

РАГУЛИН Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент, адвокат, руководитель центра исследования проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права (Российская Федерация, г. Уфа);

РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович – доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного права и уголовного процесса факультета государственного управления и права Восточно-Казахстанского государственного университета (Республика Казахстан, г. Усть-Каменогорск);

РОДРИГЕС Хосе Норонья – доктор права, адвокат, директор центра юридических и экономических наук, профессор права факультета экономики и управления Азорского университета (Республика Португалия, г. Понта Дельгада);

ХВАН Леонид Борисович – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры административного и финансового права Ташкентского государственного юридического института (Республика Узбекистан, г. Ташкент);

ЦОЛЛЬ Фредерик Анджей – доктор права, профессор кафедры гражданского права Ягеллонского университета, член-корреспондент Международной академии сравнительного права (Республика Польша, г. Краков);

ШАГИЕВА Розалина Васильевна – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры теории и истории государства и права Российской таможенной академии (Российская Федерация, г. Люберцы);

ШАКИРОВ Тимур Равильевич – магистр права, правовой советник программы по Европе Международной комиссии юристов (Швейцария, г. Женева);

ЮРЬЕВ Сергей Сергеевич – доктор юридических наук, профессор, адвокат, профессор кафедры адвокатуры и правоохранительной деятельности Российской академии адвокатуры и нотариата (Российская Федерация, г. Москва);

ЯНГ Саймон Нгай ман – магистр права, профессор юридического факультета Университета Гонконга, адвокат (Гонконг).

Редакционная коллегия

Главный редактор

РАГУЛИН Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент.

Члены редакционной коллегии

ГИМАЕВ Ильдар Закиевич – кандидат социологических наук, руководитель отдела специальных проектов;

КАНТЮКОВА Индира Тагировна – помощник главного редактора;

КУЛАГИН Александр Владимирович – руководитель редакционно-издательского центра ЕврАзНИИПП;

ПЕТРОВ Дмитрий Вячеславович – руководитель отдела новостей;

ПОЛЯНСКАЯ Вероника Владимировна – литературный редактор;

ФАРХУТДИНОВ Динар Инсурович – руководитель IT-отдела ЕврАзНИИПП;

ШАЙХУЛЛИН Марат Селирович – кандидат юридических наук, доцент, руководитель отдела научных публикаций.

Учредитель

АНО «Евразийский научно-исследовательский институт проблем права».
Свидетельство о регистрации Средства массовой информации: ПИ № ФС77-50845 от 14.08.2012 г.

Адреса редакции: 105120, г. Москва, пер. Малый Полуярославский, д. 3/5, стр. 1;
450059, г. Уфа, ул. Рихарда Зорге, д. 20. оф. 7. Фото на обложке – Кулагин А.В.
На форзаце обложки представлена фотография иконы Святого мученика, присяжного поверенного И.М. Ковшарова.
Отпечатано в типографии Евразийского научно-исследовательского института проблем права.
Сдано в печать: 30.03.14. Формат 62x84 1/8. Усл. печ л. 10. Тираж 500 экз. Цена свободная.
Подписной индекс в Объединенном каталоге «Пресса России»: 41210
website: www.eurasian-advocacy.ru, e-mail: eurasian-advocacy@mail.ru

EURASIAN ADVOCACY № 2 (9) 2014

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

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

Editorial Council

Chairman

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

Vice-chairman

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

Members of the Editorial Council

ADILOV Nadir Adil oglu – PhD, secretary general of the Confederation of Lawyers of Azerbaijan (Azerbaijan Republic, Baku);

BIRJUKOV Pavel Nikolaevich – LLD, professor, head of the chair of International and European law of law faculty of the Voronezh state university (Russian Federation, Voronezh);

DEKHANOV Sergey Aleksandrovich – LLD, associate professor, advocate, professor of chair of Copyright, Adjacent rights and Private law disciplines of the Russian State Academy of Intellectual Property (Russian Federation, Moscow);

EGORYSHEV Sergey Vasilevich – LLD, professor, vice-rector of Eastern Law and Economy Humanitarian Academy (Russian Federation, Ufa);

GALOGANOV Alexei Pavlovich – LLD, advocate, vice-president of the Federal Chamber of Advocates, president of Advocacy chamber of Moscow area (Russian Federation, Moscow);

GRUDTSYNA Lyudmila Yurievna – LLD, associate professor, advocate, professor of the chair of Civil law of the faculty of Law of the Financial University under the Government of the Russian Federation (Russian Federation, Moscow);

HVAN Leonid Borisovich – PhD, associate professor, associate professor of the chair of Administrative and Financial Law of the Tashkent State Legal Institute (Republic of Uzbekistan, Tashkent);

JURIEV Sergey Sergeyevich – LLD, professor, advocate, professor of chair of advocacy and law-enforcement activity of the Russian Academy of Advocacy and Notaries (Russian Federation, Moscow);

KOLESNIKOV Evgeny Viktorovich – LLD, professor, honourable worker of higher education of Russian Federation, professor of chair of Constitutional and international law of the Saratov State Legal Academy (Russian Federation, Saratov);

KUDRYAVTSEV Vladislav Leonidovich – LLD, leading research associate of the Scientific Research Center of the Moscow Academy of Economy and Law (Russian Federation, Moscow);

OGAWA Akitsuyu – LLM, advocate, patent attorney, chairman of International Committee of Aichi Bar Association, member of International Exchange Committee of Japan Federation of Bar Association, associate professor of Nagoya University of Commerce and Business (Japan, Tokyo and Nagoya);

POPELYUSHKO Vasily Aleksandrovich – LLD, professor, advocate, director of the Institute of Law of the National University «Ostrozhskaya Academy» (Ukraine, Ostrog);

RAGULIN Andrey Viktorovich – PhD, associate professor, advocate, head of the Center of Research of Problems of Organization and Activity of Advocacy of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law (Russian Federation, Ufa);

RAKHIMBERDIN Kuat Hazhumukhanovich – LLD, associate professor, head of the chair of criminal law and criminal procedure of the faculty of Public administration and Law of the East Kazakhstan State University (Republic of Kazakhstan, Ust-Kamenogorsk);

RODRIGUES José Noronha – PhD, advocate, Director of Center of Juridical and Economic Studies, professor of Law at Azores University (Portugal Republic, Açores, Ponta Delgada);

SHAGIYEVA Rozalina Vasilyevna – LLD, professor, professor of chair of the Theory and History of state and law of the Russian customs academy (Russian Federation, Lyubertsy);

SHAKIROV Timur Ravilyevich – LLM, legal adviser of the program for Europe of International Commission of Jurists (Switzerland, Geneva);

SINN Arndt – PhD, professor, head of Institute of Economic criminal law and the head of chair of German and European criminal law and criminal trial, international criminal law and comparative jurisprudence of University of Osnabruck, director of Center of the European and international researches of criminal law (ZEIS) (Federative Republic of Germany, Osnabruck);

VAN ERP Sjef – LLM, professor of chair of Civil law and European private law and Head of the Private Law Department of Maastricht University, President of the Netherlands Comparative Law Association, Member of Executive Committee of European Law Institute (Nedherlands, Maastricht);

VLASOV Anatoly Aleksandrovich – LLD, professor, professor of chair of International private and civil law of Moscow State Institute of International Relations (University) of Ministry of Foreign Affairs of Russian Federation (Russian Federation, Moscow);

VORONOV Alexander Alekseevich – LLD, professor, advocate, professor of chair of State Legal disciplines of Voronezh branch of Russian New University (Russian Federation, Voronezh);

VUJADINOVIC Dragica – PhD, professor at the Faculty of Law of University of Belgrade (Serbia Republic, Belgrade);

YOUNG Simon Ngai Man – LLM, advocate, professor of Faculty of Law of the University of Hong Kong (Hong Kong);

ZHANABILOV Nurlan Erkinovich – PhD, professor, honourable worker of education of Kazakhstan, First Vice-president of International Union (Commonwealth) of advocates, President of International association of advocates «Asia Injurkollegiya», Manager of Secretariat of State Secretary of Republic of Kazakhstan (Republic of Kazakhstan, Astana);

ZOLL Fryderyk Andrzej – PhD, professor, professor of chair of Civil law of Faculty of Law and Administration of Jagiellonian University (Republic of Poland, Krakow).

Editorial Board

Editor-in-Chief

RAGULIN Andrey Viktorovich – PhD, associate professor.

Members of the Editorial Board

GIMAYEV Ildar Zakiyevich – candidate of sociological sciences, the head of department of special projects

KANTYUKOVA Indira Tagirovna – assistant to the Editor-in-Chief;

KULAGIN Alexander Vladimirovich – head of the Publishing Center of EvrAzNIIPP;

PETROV Dmitry Vyacheslavovich –head of the News Department;

POLYANSKAYA Veronika Vladimirovna – copy editor;

FARKHUTDINOV Dinar Insurovich – head of the IT Department of EvrAzNIIPP;

SHAYKHULLIN Marat Selirovich – PhD, associate professor, head of the Department of Scientific Publications.

Founder

ANO «Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law».
Certificate on registration of mass media: ПИ № ФС77-50845 of 14.08.2012.

Все права защищены и охраняются законодательством Российской Федерации об авторском праве. Ни одна из частей настоящего издания и весь журнал в целом не могут быть воспроизведены, переведены на другой язык, сохранены на печатных формах или любым другим способом обращены в иную форму хранения информации без предварительного согласования и письменного разрешения редакции. Ссылки на настоящее издание обязательны. За содержание опубликованной рекламы редакция ответственности не несет. Точка зрения авторов статей, иных материалов, опубликованных в журнале, может не совпадать с точкой зрения редакции журнала.
© Евразийская адвокатура, 2014.

Содержание

ПЕРСОНА
Адвокат суду – не враг, адвокат суду – помощник! Интервью с судьей Верховного Суда РФ (в отставке), профессором кафедры судебной власти и организации правосудия факультета права Высшей школы экономики, доктором юридических наук Н.А. Колоколовым 7

СОБЫТИЯ
В Госдуме ФС РФ обсужден вопрос о создании нового ГПК РФ 13
Адвокатов напрасно обвиняли в «картельном сговоре» 13
Профессиональный налоговый вычет адвоката: новые разъяснения 13
Адвокаты Орловской области выразили недовольство 13
Избран новый Президент Адвокатской палаты Республики Ингушетия 14
Президент Адвокатской палаты Республики Марий Эл Ольга Полетило избрана представителем региона в Общественной палате РФ 14
Таджикистан: арест адвоката – это угроза независимости профессии 14
Адвокаты Нидерландов протестуют против сокращения бюджетных расходов на юридическую помощь 15
Адвокаты Франции против прослушивания переговоров с доверителями 15
Взаимодействие адвокатов Румынии и Сербии 15

ПРОБЛЕМЫ ОРГАНИЗАЦИИ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ АДВОКАТУРЫ
Заднепровский А.П.
Новая адвокатура Украины, или некоторые мысли о власти в адвокатуре и правах адвоката 16

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ АДВОКАТСКОЙ ПРАКТИКИ
Зорин Р.Г., Клименко А.Г., Шатликова А.А.
Тенденции и перспективы совершенствования механизма правового регулирования процедуры медиации в уголовном процессе Республики Беларусь и Российской Федерации 22

ЗАЩИТА ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ПРАВ АДВОКАТА
Рагулин А.В.
Противоречия между законодательством об адвокатуре и уголовно-процессуальным законодательством России в части регламентации профессиональных прав адвоката-защитника и их преодоление 31
Заборовский В.В.
Правовой анализ некоторых аспектов права адвоката на адвокатский запрос по законодательству Украины 48

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ЕВРАЗИЙСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ
Тиллабаев М.А., Хамдамова Ф.У.
Экстерриториальные обязательства государств в рамках международного права прав человека в контексте международного сотрудничества в целях развития 52

ПРАВОСУДИЕ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В ЕВРАЗИЙСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ
Мартышкин В.Н.
Христианское представление о суде и правосудии 56
Скитович В.В., Седельник В.В.
К вопросу об имплементации судебного прецедента в правовую систему Республики Беларусь 64
Хасанов Ф.З.
К вопросу о противодействии коррупции в сфере здравоохранения 71
Царенко В.И., Хома В.А.
Понятие защиты прав интеллектуальной собственности органами доходов и сборов Украины: сущность и определение 75

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ И ПРАКТИКИ
Ершов О.Г., Карпов К.В.
К дискуссии о разграничении трудового договора и договора подряда 80

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА И ОБРАЗОВАНИЕ
Тресков В.И.
У истоков Российской Конституции. Памяти академика Олега Емельяновича Кутафина 85

ПОЛИТИКА И ЭКОНОМИКА ЕВРАЗИИ
Аюпова З.К., Кусаинов Д.У.
Правовая система Республики Казахстан как основа модернизации экономики государства 90

ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ 94
СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ 95

Contents

PERSONA
Advocate is not the enemy to the court, but the assistant! Interview with the Judge of the Supreme Court of the Russian Federation (in resignation), professor of chair of judicial authority and the organization of justice of faculty of law of Higher School of Economics, doctor of jurisprudence N.A. Kolokolov 7

EVENTS
The question of creation of new civil procedural code of Russian Federation was discussed 13
Advocates was unreasonably accused in «cartel arrangement» 13
Professional tax deduction of advocate: new explanations 13
Advocates of the Oryol region showed discontent 13
New President of Bar of the Republic of Ingushetia was elected 14
President of Bar of Mari El Republic O. Poletilo was elected the representative of the region in the Civic chamber of the Russian Federation 14
Tajikistan: arrest of the advocate is a threat of independence of a profession 14
Advocates of Netherlands protest against reduction of budget of legal aid 15
Advocates of France against listening of negotiations with principals 15
Interaction of advocates of Romania and Serbia 15

PROBLEMS OF ORGANIZATION AND ADVOCACY PROFESSION FUNCTIONING
Zadneprovsky A.P.
New avocacy of Ukraine or some thoughts of the power in advocacy profession and the rights of the advocate ...16

ACTUAL PROBLEMS OF ADVOCACY PRACTICE
Zorin R.G., Klimenko A.G., Shatlikova A.A.
Tendencies and prospects of improvement of the mechanism of legal regulation of procedure of mediation in criminal trial of Republic of Belarus and Russian Federation 22

PROTECTION OF THE PROFESSIONAL RIGHTS OF ADVOCATE
Ragulin A.V.
Contradictions between the legislation on legal profession and the criminal procedure legislation of Russia regarding a regulation of professional privileges of the advocate-defender and their overcoming 31
Zaborovsky V.V.
Legal analysis of certain aspects of the right to counsel lawyer request 48

HUMAN RIGHTS IN THE EURASIAN SPACE
Tillabayev M.A., Hamdamova F.U.
Extraterritorial obligations of states under international human rights law in the context of international development cooperation 52

JUSTICE AND LAW-ENFORCEMENT ACTIVITY IN THE EURASIAN SPACE
Martyshkin V.N.
Christian idea about court and justice 56
Skitovich V.V., Sedelnik V.V.
The question of implementation by a judicial precedent in the legal system of the Republic of Belarus 64
Hasanov F.Z.
To the question of counteraction of corruption in the health care sphere 71
Tsarenko V.I., Khoma V.A.
Concept of property rights of intellectual protection by bodies of income and charges of Ukraine: the essence and definition 75

ACTUAL PROBLEMS OF LAW SCIENCE AND PRACTICE
Ershov O.G., Karpov K.V.
To discussion on the delimitation of the employment contract and an agreement 80

JURISPRUDENCE AND EDUCATION
Treskov V.I.
At sources of the Russian Constitution. In memory of the academician Oleg Emelyanovich Kutafin 85

POLITICS AND ECONOMICS OF EURASIA
Ayupova Z.K., Kussainov D.U.
The legal system of the Republic of Kazakhstan as the legal basis of the modernization of the economy of the state 90

INFORMATION FOR AUTHORS 94
INFORMATION ABOUT THE AUTHORS 96

АДВОКАТ СУДУ – НЕ ВРАГ, АДВОКАТ СУДУ – ПОМОЩНИК!

Интервью с судьей Верховного Суда РФ (в отставке), профессором кафедры судебной власти и организации правосудия факультета права Высшей школы экономики, доктором юридических наук Н.А. Колоколовым.

ADVOCATE IS NOT THE ENEMY TO THE COURT, BUT THE ASSISTANT!

Interview with the Judge of the Supreme Court of the Russian Federation (in resignation), professor of chair of judicial authority and the organization of justice of faculty of law of Higher School of Economics, doctor of jurisprudence N.A. Kolokolov.

Визитная карточка

Никита Александрович Колоколов родился 18 сентября 1955 года в городе Фатеж Курской области. Отец был военным, и семья постоянно переезжала с места на место, так что разнообразные впечатления о жизни были гарантированы с детства. Учиться пошел при керосиновой лампе, затем школа в Бухенвальде (ГДР), потом, по наполнению, еврейский класс в Кишиневе. После школы – конвейер тракторного завода, служба в ракетных частях СА и постепенное осознание, что основное призвание – юриспруденция. С выбором профессии определился в 1977 году.

В 1983 г. с отличием окончил Кишиневский государственный университет. В 1983–1991 гг. – следователь в системе МВД МССР. Фото Никиты Александровича до сих пор на доске почета.

Позже, разумно уклонившись от участия в молдавско-гагаузской и молдавско-приднестровской «войнах», переместился в новую Россию.

В 1991–1997 гг. – судья Промышленного районного суда г. Курска; в 1997–2002 гг. – судья Курского областного суда; в 2002–2007 – судья Верховного Суда РФ, затем в почетной отставке.

С 2005 года имеет высший квалификационный класс судьи.

В 1998 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему «Судебный контроль в стадии предварительного расследования преступлений: важная функция судебной власти: проблемы осуществления в условиях правовой реформы» (науч. руководитель – проф. А.Д. Бойков), в 2007 году – докторскую диссертацию на тему «Судебная власть – общеправовой феномен» (науч. консультант – проф. В.М. Баранов).

С 2007 г. Н.А. Колоколов – профессор кафедры судебной власти и организации правосудия факультета права Национального исследовательского университета – «Высшая школа экономики», возглавляемой судьей Конституционного Суда РФ проф. Т.Г. Морщаковой.

Основные сферы научных интересов: теория и история государства и права, организация судебной и правоохранительной деятельности, уголовный процесс, уголовное право и криминология.

Н.А. Колоколов – автор (соавтор) 800 научных работ. Наиболее известны: «Судебный контроль: некоторые проблемы истории и современности» (Курск, 1996), «Судебный контроль на предварительном расследовании» (Курск, 1997), «Судебная власть: о сущем феномена в логосе» (М., 2005), «О праве, суде и правосудии» (М., 2006), «Оперативный судебный контроль в уголовном процессе» (М., 2008), «Судебная власть: от лозунга к реальности» (М., 2010), «Практика применения УПК РФ» (М, 2006, 2008, 2009, 2011, 2013), «Мировая юстиция» (М., 2008, 2011), «Судебное производство в уголовном процессе Российской Федерации» (М., 2008, 2010), «Комментарий к постановлениям Пленума Верховного Суда РФ по уголовным делам» (М., 2008), «История российского правосудия» (М., 2008, 2009), «История судебной системы России» (М., 2011), «Судебный контроль в уголовном процессе» (М., 2004, 2009), «Уголовный процесс: алгоритм действий мирового судьи» (М., 2010), «Адвокат в уголовном процессе» (М., 2004, 2010), «Адвокатура в России» (2003, 2004, 2005, 2011), «Актуальные проблемы уголовного судопроизводства. Избрание меры пресечения судом» (М., 2011), «Уголовное судопроизводство: теория и практика» (М., 2011), «Производство по уголовным делам в суде первой инстанции» (М., 2011), «Апелляция, кассация, надзор: новеллы ГПК РФ и УПК РФ. Первый опыт критического осмысления» (М., 2011), «Уголовно-процессуальное право. Практикум» (М., 2011), «Уголовное право: Практикум» (М., 2012), «Уголовно-процессуальное право. Учебник» (М., 2012), «Теория уголовного процесса: презумпции и преюдиции» (М., 2012), «История государства и права России» (М., 2014).

В своих трудах, призывая к отходу от жесткого нормативизма, отстаивает точку зрения, согласно которой власть, в том числе и судебная, – это присущие биологической и социальной природе человека особые общественные отношения, наличие которых – необходимое условие функционирования политического общества. Судебная власть – способ всеобщей связи (коммуникации) между людьми, средство обеспечения взаимных обязательств, ресурс, который необходим народу, нации, политическому обществу для осуществления их целенаправленных действий правительством.

С 2004 года Н.А. Колоколов – главный редактор журнала «Мировой судья», с 2005 года – главный редактор журнала «Уголовное судопроизводство».

Член Союза журналистов России.

Хобби – «рыться» в книгах, путешествия.

– Здравствуйте, уважаемый Никита Александрович! Благодарю, что нашли время на интервью. Начнем, можно сказать, с традиционного нашего вопроса. Прошу Вас рассказать, когда и по какой причине Вы пришли в юриспруденцию.

– Как говорят, не благодаря, а вопреки… Фактически до 23-х лет я был убежденным «технарем», сначала мечтал о карьере военного моряка, после школы планировал поступать на архитектурный факультет… Короче, выбор профессии затянулся на несколько лет. Во время срочной службы в рамках «политучебы» по классикам марксизма я вдруг заинтересовался вопросами государства и права. Родители мой выбор поддержали. Спасибо им! Правда, мама, окончившая «Плешку» (Российскую экономическую академию имени Г.В. Плеханова), порой ворчала, что и она тоже хотела быть юристом, однако на юрфак не пошла принципиально: «Заставят против моей воли вынести смертный приговор».

– В рамках докторской диссертации «Судебная власть как общеправовой феномен», защищенной в 2006 году, Вы сформулировали положение о том, что для успешного выполнения судебной системой своих задач необходим ряд условий, а именно: ясное, четкое и единообразное понимание природы суда, его роли в механизме государства; закрепление за судом полномочий на творческое применение права; доверие к судейскому корпусу со стороны населения; надлежащее кадровое и материально-техническое обеспечение деятельности судов; доступность правосудия, прозрачность деятельности судов, наличие в процессуальном законодательстве механизма исправления судебных ошибок и наличие навыков судоговорения у представителей сторон. Насколько современная российская судебная система соответствует этим критериям?

– Судебная система – часть государственной системы, а она, в свою очередь, часть жизни общества… Общая теория систем держится на постулате «Все взаимозависимо». Судебная система исключением из этого общего правила не является. В Вашем вопросе правильно обозначены условия, в которых могут зародиться (а могут и не возникнуть), существовать и развиваться классические судебно-властные правоотношения.

Я не устаю повторять: в процессе главное – не суд, а стороны… Именно они должны четко представлять, что идут в суд – состязаться, а не к «большому начальнику» – жаловаться. Конфликт разрешим, причем по закону, и в первом, и во втором случаях, однако механизмы его разрешения разные.

В первом случае тяжущиеся знают, что все зависит исключительно от них самих. Иными словами, именно стороны в значительной степени определяют качество правосудия. Задача судьи – удержать противников в русле закона. Эти качества свойственны технологии правосудия Британии, и многим это нравится.

Во втором – подготовка сторон вторична, ибо у начальника свои планы. Впрочем, таковые могут у него быть и при правильном настрое сторон. В таком случае все претензии, конечно, к судье. Если процесс реально публичен, то заинтересованность суда тут же проявится и получит общественную оценку, а допущенная судом ошибка будет исправлена следующей инстанцией.

Это основа всех моих рассуждений о суде, обо всем остальном говорить можно бесконечно долго. Все, что хотелось сказать по этому поводу, давно уж сказано. Хотелось бы только одного, чтобы читатель вспомнил постулат, известный с древнейших времен: нельзя народу дать регламент жизни, который находится за рамками его правосознания.

Правосознание россиян – результат бесконечной цепочки заимствований чужих культур, начало которых весьма условно можно обозначить принятием христианства. О том, как с этого момента развивалась наша правовая система, очень хорошо сказали классики «золотого века». «Мы народ с тысячелетней историей, долго работаем над проектом какого-нибудь закона, в итоге – очередной Кодекс Наполеона» (Н.М. Карамзин); «Законы у нас могут быть греческим и английскими, а управление непременно будет турецким» (М.М. Сперанский). Наконец, вспомним И.А. Крылова: «А вы, друзья, как ни садитесь, все в музыканты не годитесь»… В таких условиях можно говорить только о некотором соответствии судебных установлений системе государственного управления. Даже очень быстрое вынесение спра-

ведливого решения (порой так только кажется) не является свидетельством доступности правосудия, ибо оно может оказаться неисполнимым…

Что касается проблем технического характера, связанных с организацией правосудия (кадры, знания, сооружения, оборудование, финансирование), то общество (в лице правящей элиты) к их решению по-настоящему и не приступало.

– Какие основные проблемы, на Ваш взгляд, стоят сегодня перед отечественной системой осуществления правосудия, и каковы способы их разрешения?

– Вопрос поставлен очень правильно! Чтобы правильно на него ответить, следует уяснить содержание такой философско-правовой категории, как «отечественная система осуществления правосудия». Если речь идет только о работе «судебной системы», то ответ следует искать в цифрах судебной статистики. С советских времен там сохранились показатели «рассмотрено», «обжаловано», «оставлено без изменения». Как будто речь идет не о людях и их судьбах, а о тракторах.

Если говорить о проблемах, так как это звучит в вопросе, начинать придется с философии. Кому не нравится эта наука наук? Со святых писаний в ней все сказано. Не случайно эти манускрипты на тысячи лет пережили своих авторов.

Хотелось бы, чтобы общество в целом и его элита в первую очередь определились в своем отношении к жизни. Порой складывается впечатление, что признаться в своей жизненной ориентации мы в основной массе не готовы.

Например, когда ректора Санкт-Петербургского государственного университета, специалиста в области уголовного права профессора Н.М. Кропачева спросили, каковым ему видится направление дальнейшего развития российского уголовного законодательства, он, скорее всего, не подумав о возможных последствиях, ответил, что в России «отсутствует концепция уголовно-правовой политики»[1]. Если учесть, что концепция уголовно-правовой, проще – уголовной, политики – в современных условиях обязательный элемент государственной политики, то получается, что у нас вообще нет концепции государственной политики. Возможно ли такое, даже в принципе?

Нет, конечно, существование общества без политики немыслимо. Остается лишь обосновать причину отсутствия в текущий момент времени официальной концепции того или иного вида государственной деятельности. Мой вывод: правящая элита по этическим соображениям не спешит «назвать многие вещи своими именами». Речь идет о признании результатов приватизации, проведенной в начале 90-х годов прошлого века, попытках её легитимизации. В основе всего вопрос о собственности, люди, ею владеющие, и определяют политику, в том числе по разрешению споров.

– В развитие темы предыдущего вопроса, если Вы не против, давайте рассмотрим отдельные его аспекты. Начнем, пожалуй, с недавно принятой государственной программы «Юстиция». Каково, на Ваш взгляд, её соотношение с ранее принятой и так до конца и не реализованной Концепцией судебной реформы, и насколько выполнимы её положения на практике?

– Программы, аналогичные названной, нельзя рассматривать в отрыве от социальной действительности, ибо они носят частный характер, отсутствие реальной возможности решить общие проблемы автоматически «хоронит» любые единичные программы.

– Как Вы оцениваете проводимое изменение системы судов, и какими Вам видятся его возможные последствия?

– Вопрос не в том, сколько в стране должно быть высших судов, главное, чтобы народ, даже спустя продолжительный период времени, расценивал их решения как справедливые. Отсутствие возможности в текущий момент времени разрешить вопросы, связанные с реальным территориальным устройством страны, организацией власти в государстве в целом и на местах, не позволяет определиться с концепцией судебной системы в классическом варианте. Если Россия – федерация, то и судебная власть должна делиться на федеральную (решение споров, имеющих общегосударственное значение) и региональную (разрешение всех прочих споров, которые за пределами конкретных регионов интересуют, в лучшем случае, узких специалистов).

Пока же Россия – страна, управляемая строго из центра, причем в ручном режиме. Запуск программ самостоятельного регионального управления пока положительных результатов не имеет.

– Как Вы оцениваете создание специальной комиссии по отбору судей в «новый» Верховный Суд РФ?

– Механизм подготовки кандидатов в судьи, отбора из них достойных, назначения судей на

1 Кропачев Н.М. Интервью номера. Юридическое образование в России сегодня нельзя назвать универсальным, однотипным и единым // Закон. – 2014. – № 1. – С. 10.

должность, обеспечения их переподготовки и карьерного роста ужасно сложен, более того, его «производственный цикл» – даже не годы, а несколько десятилетий. В условиях перманентного инновационного изменения подбора и расстановки кадров в целом удивляться ничему не нужно. Это все форма, содержание в судейской карьере – «добрая воля» лица, реально принимающего решение о назначении судьи на должность.

– Хотелось бы также задать вопрос о Вашей оценке функционирования институтов апелляции, кассации и надзора по уголовным делам в их современном виде.

– Отладка этих «новых технологий» судопроизводства займет, как минимум, десятилетие. Мои наблюдения таковы: пока судебные решения всех инстанций в уголовном процессе «пишутся» следователем. Он, и только он, формирует объем доказательств, на которых базируются все виды последующего судебного разбирательства.

Как правило, суды первой инстанции добросовестно их проверяют. Все! Больше проверять по делу нечего! В таких условиях потенциал апелляции, позволяющей исследовать некие «новые доказательства», оказывается излишним. Стороны, в подавляющем большинстве случаев, просят лишь о переоценке доказательств, добытых еще следователем, проверенных и оцененных судом первой инстанции.

С кассацией сложнее, участники процесса, вместе с ними и суды, никак не могут уйти от оценки доказательств. Над участниками процесса довлеет утопическая концепция: цель наказания понятна, оно должно быть «точным». Если же исходить из противоположной концепции: цель наказания – условна, точным оно быть в принципе не может, то общество поймет, что 99 % суеты вокруг обжалования – «мышиная возня». По большому счету обществу уже позволили попробовать на вкус такой вариант решения проблемы. В некоторых регионах надуманные споры о доказанности уходят в прошлое, так как до 80 % дел разрешается в рамках особого производства.

Надзор? Это, скорее всего, дань советскому прошлому, вера в «доброту и мудрость» начальника, которому, между прочим, для отчета тоже нужна своя статистика. Вот, выявил, исправил…

Несколько иначе данные институты развиваются в гражданском процессе. Там, в условиях низкой активности сторон, суды первой инстанции вообще ничего не делают, перекладывая свои прямые обязанности на апелляцию, которая буквально перегружена несвойственной ей работой, выполняемой за суды первой инстанции. В кассации стали появляться «пилотные решения», в которых чуть ли не «открытым текстом»: «Истец, твои доказательства уже в полном объеме и без противоречий оценены апелляцией, отстань, сторон – двое, а справедливость – одна».

Цифры надзора в гражданском процессе настолько незначительны, что можно констатировать необходимость оптимизации данного вида производства.

– Продолжая предыдущий вопрос, не могу не спросить и о том, как Вы оцениваете введение в УПК РФ возможности единоличного рассмотрения дела судьей в порядке апелляционного производства?

– Аксиома: коллегия судей всегда лучше, чем один судья! Однако её содержание как минимум в три раза дороже, а «пряников сладких не хватает на всех». Любой ответственный судья, прежде чем принять решение, посоветуется, а то и не раз, с коллегами, с руководством, так что за ним лишь «последнее слово».

Чтобы говорить об эффективности коллегии, нужно располагать цифрами, которые бы показали, что именно коллегиальность позволила вынести иное решение, чем, например, это планировалось докладчиком. Таких цифр нет, да и быть не может, ибо споры по поводу содержания коллегиального решения – тайна совещательной комнаты. От себя добавлю, личный опыт: три головы лучшей одной. Впрочем, порой и они не спасают…

– Вы считаете «обвинительный уклон» судебного процесса мифом или реальностью российского уголовного судопроизводства?

– Обвинительный уклон – реальность, причем им страдает все общество в целом, а судья – лишь последнее звено. Пока для общества преступник – враг, а его защитник-адвокат – пособник врага, правило «Сначала казнить, а потом разбираться» будет жить.

– Существует ли проблема учета правовых позиций Конституционного суда РФ судами общей юрисдикции?

– Правовые позиции Конституционного Суда РФ суды общей юрисдикции признают, особенно если это требуют конкретные вышестоящие суды…

– Как Вы оцениваете происходящее в последнее время сокращение подсудности суда присяжных?

– Жаль, народ не смог сказать своего веского слова в правосудии… Но вина не его, а сторон, в первую очередь, стороны обвинения – пока не дано ей говорить с народом.

Суд с участием присяжных заседателей, безусловно, – демократический институт. Спорить о необходимости существования такого суда – все равно, что спорить о необходимости демократии. Меня поразил ответ японского профессора А. Комориды на вопрос, зачем японцам суд с участием присяжных. Метр изрек: «Мы не знаем, но это демократический институт, следовательно, японское общество должно его принять».

– Существует ли сегодня проблема «количества оправдательных приговоров», и если да, насколько она отражает состояние и уровень развития уголовного судопроизводства в России?

– Оправдательный приговор – публичная констатация ошибки следователя, может быть, прокурора. Нужно ли доводить дело до публичного избиения стороны обвинения? Думается, что нет. Безнадежно спорные дела суду не нужны. У пунктуальных японцев оправдательных приговоров меньше, чем у нас. Беспокоит другое – осуждение невиновных, впрочем, как и поспешное оправдание виновных. В то же время ошибки такого рода всегда были, причем во всех без исключения юрисдикциях, так как работа с людьми – всегда риск.

– Существует ли необходимость реформирования института судебного контроля за предварительным расследованием в условиях сокращения прокурорского надзора за ним?

– Для ответа на данный вопрос изначально следует разобраться с проблемой, что есть предварительное расследование в современной России, какова в нем роль прокурора. Без упорядочивания функционирования институтов ведомственного контроля и прокурорского надзора говорить о реформировании судебного контроля преждевременно.

Пока же приходится констатировать наличие вопиющего произвола со стороны руководителей органов предварительного расследования, беззубости прокуроров, наличие совершенно недопустимых по характеру споров между следствием и прокурором в рамках судебно-контрольных производств, соответственно, игнорирования прав участников процесса, поскольку решение этого искусственно созданного законодателем конфликта не дело суда.

– А каким образом, на Ваш взгляд, следует внедрять в жизнь практику более широкого применения мер пресечения, не связанных с заключением под стражу?

– Число заключаемых под стражу непрерывно снижается. Однако вынужден повториться, мера пресечения – микроэлемент уголовной политики. Если мы не решили, что делать с преступниками в целом, то откуда нам знать, что делать с ними на каком-то определенном кратком отрезке судопроизводства. По этой причине отношение альтернативных мер пресечения (залог, домашний арест) к базовой – заключение под стражу – долго не выйдет за рамки пропорции один к ста.

– Каково Ваше мнение о законодательных новеллах, усложняющих процедуру условно-досрочного освобождения от отбывания наказания?

– В отсутствие пенитенциарной концепции нет и законодательства. Заключая человека под стражу, общество изначально должно четко понимать, чего оно хочет этим добиться, какими методами искомый результат будет достигнут. Естественно, неплохо было бы иметь представление, насколько все это реально в отношении каждого осужденного.

Недальновидно поступив в начале срока по принципу «С глаз долой, из сердца вон», стремительно разрушив социальные связи личности с обществом, на определенном этапе отбытия осужденным наказания мы вдруг лихорадочно начинаем думать, что с ним делать? Может быть, лучше вообще ничего не делать, оставить все как есть? Это тоже вариант решения. Тем более что за такой подход к решению проблемы никого не накажут, а условно-досрочно освобожденный в 40 % случаев подвержен рецидиву, со всеми вытекающими для согласившихся на его условно-досрочное освобождение чиновников последствиями…

– События последних нескольких лет показывают, что в России назревает реформирование системы оказания юридической помощи. Какие советы, направленные на совершенствование института отечественной адвокатуры, Вы бы дали лицам, которые будут отвечать за реализацию грядущей реформы?

– Начинать следует с уяснения: а чего бы хотели сами адвокаты? Насколько мне известно, единой позиции у них нет. Главное – реструктуризация системы оплаты адвокатской деятельности.

Россияне привыкли, что, например, бесплатная юридическая помощь – это удел обвиняемых

да подсудимых. «Милость к падшим» – наш общий крест, здесь без государственного бюджета не обойтись. Однако уголовный процесс – не единственная сфера существования института бесплатной юридической помощи. За рубежом она широко распространена в сфере гражданско-правовых отношений. Следовательно, всегда найдутся желающие финансировать борьбу за собственность, выиграет истец дело – рассчитается. Так что кредитор, как и истец, рискует лишь проигрышем дела. Бизнеса без риска не бывает.

– У многих моих коллег возникает вопрос, который я также не могу Вам не задать: каким образом можно преодолеть проблему недоверия суда к доказательствам, представленным стороной защиты, в частности – к свидетелям, о которых становится известно только в судебном заседании, и к заключениям специалиста, получаемым адвокатами-защитниками на договорной основе?

– Никакие доказательства не имеют заранее установленной силы, в том числе и те, в которые свято верит адвокат. Моя позиция – адвокат для судьи не враг, а помощник, который вовремя должен посеять разумные сомнения относительно обоснованности выводов стороны обвинения. Способность сеять такие сомнения – искусство защитника. Не важно, обратит он внимание суда на ошибочность обвинения репликой, передаст нужную информацию в иной форме, главное, чтобы его услышали.

Мой личный анализ: 99 % жалоб, подаваемых адвокатами в порядке кассации или надзора, свидетельствует, что они немотивированны, более того, подготовив многостраничный документ, адвокаты порой не видят реальных ошибок.

– Также хотелось бы узнать о Вашем отношении к таким доказательствам, которыми в последнее время нередко пользуется сторона защиты. Речь идет о заключениях психофизиологических исследований с применением полиграфа.

– Сложившаяся практика применения полиграфа во многом порочна, ибо эксперты, как правило, выходят за рамки своих полномочий. В любом случае, заключение полиграфолога – одно из массы доказательств, которое подлежит оценке.

– Вы осуществляете преподавательскую деятельность в одном из ведущих российских высших учебных заведений – Высшей школе экономики. Просим рассказать нашим читателям о некоторых инновационных составляющих процесса получения юридического образования в этом вузе.

– Вопрос организации юридического образования – проблема обширная, в двух словах не раскроешь. Вуз, даже такой как НИУ – ВШЭ, – всего лишь его элемент. Научный руководитель факультета, Председатель Высшего Арбитражного Суда РФ, профессор А.А. Иванов сказал, что главное в образовании – это его фундаментальность. Я с ним согласен полностью. Кроме того, наш вуз взял курс на то, чтобы 10 % преподавателей, 5 % студентов были из-за рубежа. И это правильно, поскольку право – мировая категория…

– И, наконец, последнее. Что Вы пожелаете нашему журналу?

– Естественно, интересных авторов, благодарных читателей и, как следствие этого, долголетия, новых форм общения с обществом.

– Большое спасибо Вам за беседу!

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

РОССИЯ

В Госдуме ФС РФ обсужден вопрос о создании нового ГПК РФ

«Безусловно, надо делать новый, «единый» Гражданский процессуальный кодекс», – заявил глава думского комитета по законодательству Павел Крашенинников. По его словам, это будет огромный документ, где будут учитываться все вопросы, начиная от экономических и налоговых споров и заканчивая штрафами за нарушения Правил дорожного движения. Запустить процесс работы над новым ГПК РФ хотят осенью. При этом, по словам П.В. Крашенинникова, нужно сначала принять президентский пакет законопроектов об изменении Арбитражного процессуального кодекса, а потом «посмотреть, как это работает, и учесть все плюсы и минусы». Только потом, в течение года–двух, можно подготовить концепцию «большого» ГПК, утвердить ее, желательно на президентском уровне, а затем каждую норму расписывать.

Адвокатов напрасно обвиняли в «картельном сговоре»

Президиум ВАС подтвердил незаконность предписания Федеральной антимонопольной службы, которая усмотрела картельный сговор в установлении АП Ростовской области минимального уровня гонорара адвоката. Ростовское управление ФАС установило, что областная адвокатская палата в 2011 году приняла решение, в котором рекомендовала адвокатам применять минимальные ставки оплаты юридической помощи. По мнению ФАС, данное решение ограничило возможности адвокатов и их образований конкурировать между собой по стоимости услуг, а также привело к нарушению прав клиентов. Палата адвокатов оспорила выводы ФАС в суде (дело А53-25904/2012), и арбитражи трех инстанций согласились с незаконностью предписания. По мнению судов, адвокаты не являются хозяйствующими субъектами, их деятельность не может быть скоординирована в смысле норм закона о защите конкуренции, и на нее не может распространяться соответствующий запрет. «Внесение сведений в реестр и выдача адвокатского удостоверения не является государственной регистрацией в значении, придаваемом Гражданским кодексом», – такими словами в ВАС отвергли доводы антимонопольщиков, что процедура «отвечает содержанию госрегистрации». По мнению ВАС, Ростовское УФАС неверно определило хозяйствующие субъекты, в отношении которых осуществлялась координация экономической деятельности. Кроме того, суды указали на рекомендательный характер спорного решения. Высшая судебная инстанция отклонила жалобу ФАС и оставила в силе судебные акты нижестоящих судов Северо-Кавказского округа.

Профессиональный налоговый вычет адвоката: новые разъяснения

Налог на доходы физических лиц (НДФЛ) с доходов адвокатов исчисляется коллегиями адвокатов, адвокатскими бюро и юридическими консультациями.

Министерство финансов России рассмотрело вопрос предоставления профессионального налогового вычета по НДФЛ в связи с осуществлением адвокатской деятельности в коллегии адвокатов (Письмо Минфина России от 29.01.2014 № 03-04-05/3641). Как отметило финансовое ведомство, при определении налоговой базы адвокаты имеют право на получение профессионального вычета в сумме фактически произведенных ими и документально подтвержденных расходов. Таким образом, коллегия адвокатов в качестве налогового агента вправе учитывать в течение налогового периода в составе профессионального налогового вычета, предоставляемого адвокату, расходы адвоката на обязательное пенсионное страхование и на уплату страховых взносов на обязательное медицинское страхование при наличии документов, подтверждающих данные расходы.

Адвокаты Орловской области выразили недовольство

Адвокатская палата Орловской области предложила правительству региона пересмотреть условия, необходимые для получения адвокатами, оказывающими бесплатную юридическую помощь, субсидий на оплату труда. В обращении, направленном в областное управление Минюста РФ, адвокаты, в частности, настаивают на исключении из постановления положения, которое обязывает их

представлять копии составленных для граждан исковых заявлений, жалоб и иных документов правового характера. В обращении указывается, что в таких документах нередко отражается информация личного, конфиденциального характера, составляющая адвокатскую тайну. Следовательно, указывает АП региона, данное требование нарушает законные права граждан на конфиденциальное получение юридической помощи и прямо противоречит федеральному законодательству. Кроме того, адвокатская палата призывает руководителей региона предусмотреть ежегодную индексацию размера оплаты труда адвокатов, оказывающих бесплатную юридическую помощь, и компенсировать их расходы на такие услуги в соответствии с уровнем инфляции в России. АП обращает внимание, что нынешний размер оплаты труда орловских адвокатов занижен по сравнению со средним уровнем цен на юридические услуги в области в 3–4 раза и продолжает уменьшаться в результате инфляции. Это обстоятельство может привести к отказу адвокатов от участия в государственной системе бесплатной юридической помощи, массовому нарушению прав граждан и невыполнению в области важнейшей госпрограммы, подчеркивается в обращении. Также адвокаты жалуются, что им приходится оплачивать за счет своих средств аренду офисов, коммунальные платежи, мебель, оргтехнику, правовые программы, расходные материалы и даже канцелярские принадлежности, необходимые для оказания бесплатной юридической помощи. В связи с этим в обращении содержится просьба выделить адвокатам помещения для оказания бесплатной юридической помощи на условиях безвозмездного пользования.

Избран новый Президент Адвокатской палаты Республики Ингушетия

11 марта 2014 года в здании Адвокатской палаты Республики Ингушетия состоялось заседание Совета Адвокатской палаты Республики Ингушетия. Одним из вопросов повестки дня было избрание членами Совета президента палаты в связи с поступившим заявлением о досрочном сложении с себя полномочий Президента Адвокатской палаты Республики Ингушетия Батыра Аликовича Ахильгова.

По результатам голосования и в соответствии с п. 3 статьи 31 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» на должность Президента Адвокатской палаты Республики Ингушетии была избрана Зарета Орцхоевна Хаутиева.

Президент Адвокатской палаты Республики Марий Эл Ольга Полетило избрана представителем региона в Общественной палате РФ

Кандидатура Ольги Полетило была утверждена в ходе выборов на альтернативной основе на недавнем заседании Общественной палаты Марий Эл. Ольга Полетило родилась 1 марта 1956 года в Йошкар-Оле. Окончила Казанский государственный университет. В 1978 году стала адвокатом Марийской коллегии адвокатов. С 1988 по 2002 год – заведующая юридической консультацией № 1 города Йошкар-Ола. В 2002 году была избрана президентом АП Республики Марий Эл.

ТАДЖИКИСТАН

Таджикистан: арест адвоката – это угроза независимости профессии

Международная комиссия юристов (МКЮ) выразила обеспокоенность арестом известного таджикского адвоката Фахриддина Зокирова, ранее представлявшего интересы бывшего министра промышленности Зайда Саидова, который был недавно осужден за ряд преступлений и приговорен к длительному сроку лишения свободы.

МКЮ заявила, что обеспокоена сообщениями о том, что арест адвоката связан с его активной защитительной позицией по делу З. Саидова. Ф. Зокиров был арестован органами Государственного финансового контроля и агентства по борьбе с коррупцией по обвинению в мошеннических банковских операциях, которые якобы имели место несколько лет назад. В то же время другие адвокаты З. Сайдова – Ш. Кудратов и И. Табаров – на пресс-конференции заявили, что они недавно столкнулись с различными угрозами и запугиванием в связи с их профессиональной деятельностью и подачей иска к руководителю органов Государственного финансового контроля и агентства по борьбе с коррупцией. «Оскорбительные преследования адвокатов и угрозы в их адрес в связи с их деятельностью противоречат международным стандартам независимости адвокатов и подрывают целостность судеб-

ной системы. При осуществлении своей профессиональной деятельности адвокаты должны оставаться свободными от угроз, запугивания и произвольного преследования и ареста. МКЮ призывает власти Таджикистана к тому, чтобы профессия адвоката была защищена, а система уголовного правосудия и её представители не должны злоупотреблять своими полномочиями и запугивать адвокатов», – заявил Р. Пиллэй, директор Программы МКЮ по Европе.

НИДЕРЛАНДЫ

Адвокаты Нидерландов протестуют против сокращения бюджетных расходов на юридическую помощь

Адвокаты Нидерландов обратились к правительству страны с заявлением о том, что они считают недопустимым предполагаемое сокращение финансирования системы юридической помощи на 85 миллионов евро. В заявлении отмечается, что сохранение доступной системы правовой помощи является отличительной чертой современного правового государства, а сокращение финансирования сделает юридическую помощь недоступной для большой группы жителей Нидерландов.

ФРАНЦИЯ

Адвокаты Франции против прослушивания переговоров с доверителями

Совет адвокатов Парижа обратился к Президенту Французской республики с письмом, в котором выразил озабоченность по поводу систематических непрекращающихся фактов прослушивания телефонных разговоров между адвокатами и их клиентами.

В обращении было отмечено, что в современное французское законодательство, применимое к прослушиванию телефонных разговоров, не предусматривает достаточных гарантий защиты прав адвокатов на профессиональную тайну, а также прав граждан на конфиденциальное общение с адвокатами и уважение частной жизни. Адвокаты в своем обращении сформулировали несколько предложений по совершенствованию правового режима перехвата телефонных и иных коммуникаций, при котором мотивированное решение суда о прослушивании разговоров адвоката не может быть принято, если только не существуют серьезные доказательства того, что он сам лично участвует или участвовал в совершении преступления или правонарушения, и прослушивание разговоров – это единственный способ доказать этот факт. При этом адвокаты настаивают на абсолютном запрете записи бесед адвоката и доверителя в рамках осуществления права на защиту и составляющих профессиональную тайну, а также на ограничении количества продлений разрешения на прослушивание переговоров и обязательном присутствии представителя адвокатского сообщества в лице Батонье при рассмотрении вопроса о прослушивании телефонных переговоров адвоката и продлении разрешения на него.

РУМЫНИЯ И СЕРБИЯ

Взаимодействие адвокатов Румынии и Сербии

22 февраля 2014 года в Белграде прошло торжественное заседание, посвященное 162-й годовщине принятия первого Сербского закона об адвокатской деятельности. В этой обстановке был подписан Меморандум о взаимопонимании и сотрудничестве профессиональных органов Сербии и Румынии. Это событие вписывается в практику Национального союза адвокатов Румынии: в недавнем прошлом аналогичный документ был подписан им с органами адвокатского самоуправления Венгрии и Республики Молдовы. Основные положения Меморандума относятся к развитию сотрудничества в конкретных областях адвокатской деятельности, касаются поощрения обмена материалами и документами, содействия в прямых контактах между коллегиями адвокатов, а также сотрудничества в целях выработки общих позиций в ходе мероприятий и рабочих сессий международных организаций, в которых обе стороны имеют статус членов (CCBE, UIA, IBA). Сессия прошла в присутствии Премьер-министра и Министра юстиции Сербии, представителей адвокатских профессиональных объединений из 12 европейских стран, более 400 адвокатов Сербии, а также представителей прессы.

Заднепровский А.П.

НОВАЯ АДВОКАТУРА УКРАИНЫ, ИЛИ НЕКОТОРЫЕ МЫСЛИ О ВЛАСТИ В АДВОКАТУРЕ И ПРАВАХ АДВОКАТА

Цель: *Исследование отрицательных последствий проведенной в Республике Украина реформы законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре.*

Методология: *Использовались историко-правовой и формально-юридический методы, метод теоретического моделирования, сравнительно-правовой метод.*

Результаты: *К основным отрицательным последствиям проведенной в Республике Украина реформы законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре автором отнесено то, что главой адвокатуры Украины избран действующий государственный чиновник, в ряде регионов органы адвокатского самоуправления сформированы недемократическим путем, у адвокатуры была изъята функция по управлению бесплатной правовой помощью, реформаторами высказана противоречащая основам организации и деятельности адвокатуры идея о создании в адвокатуре департамента собственной безопасности, были существенным образом сокращены права адвоката в уголовном судопроизводстве. Эти негативные последствия обстоятельно подвергнуты критике в работе.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья обладает высокой научной ценностью и имеет практическую значимость, поскольку является одной из первых попыток с позиции критического подхода рассмотреть проведенную на Украине реформу законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре.*

Ключевые слова: *адвокатура, законодательство, права адвоката.*

Zadneprovsky A.P.

NEW AVOCACY OF UKRAINE OR SOME THOUGHTS OF THE POWER IN ADVOCACY PROFESSION AND THE RIGHTS OF THE ADVOCATE

Purpose: *Research of negative consequences of the reform of the legislation carried out in the Republic of Ukraine about lawyer activity and advocacy profession.*

Methodology: *Historical and legal and formal – legal methods, method of theoretical modeling, comparative and legal method were used.*

Results: *To the main negative consequences of the reform of the legislation carried out in the Republic of Ukraine about lawyer activity and advocacy profession the author carried that the head of legal profession of Ukraine elected the acting government official, in a number of regions bodies of advocacy self-government are created not by a democratic way, function was withdrawn from legal profession on management of free legal aid, the idea contradicting bases of the organization and legal profession activity about creation in advocacy profession department of own safety is stated, the rights of the advocate in criminal trial were essentially reduced. These negative consequences are in details criticized in work.*

Novelty/originality/value: *Article possesses high scientific value and has the practical importance as is one of the first attempts from a position of critical approach to consider the reform of the legislation carried out in Ukraine about lawyer activity and advocacy profession.*

Keywords: *advocacy profession, legislation, rights of the lawyer.*

В 2012 году вступил в действие новый закон Украины об адвокатуре и адвокатской деятельности, который формально и к всеобщей радости адвокатов закрепил институт адвокатского самоуправления [1, 2]. Однако радость была преждевременной. Фактически все произошло иначе.

Властные структуры впервые в истории нашей адвокатуры за последние 150 лет при помощи жесткого административного ресурса, при массированном использовании двух ветвей власти, судебной и исполнительной, осуществили «захват» адвокатуры Украины и «избрали» её главой действующего государственного чиновника.

В некоторых регионах Украины органы адвокатского самоуправления были «избраны» совсем не демократическим путем и вопреки мнению подавляющего большинства адвокатов. Этими действиями власть показала, что адвокатура (читай: адвокаты) есть её вотчина, а институт адвокатского самоуправления и права адвокатов, прописанные в законе, примерно то же, чем были в действительности права человека, прописанные в сталинской конституции 1937 года.

В этом же году начал реально воплощаться в жизнь закон о бесплатной вторичной правовой помощи. И опять власть, ну куда же без нее. Орган исполнительной власти в лице Министерства юстиции Украины устроил практикующим адвокатам экзамен на право выполнения ими адвокатских функций и на право быть адвокатами.

Забрав у адвокатуры функцию по управлению бесплатной правовой помощью, а фактически функцию распределения дел по назначению, которую адвокаты выполняли, по крайней мере, с 1864 г., орган власти этим выразил «своей родной» адвокатуре огромное «Фи».

Отобранные для этой цели адвокаты… из числа адвокатов могут теперь ощущать себя функционерами этой самой власти, поскольку будут выполнять «спецпоручения» по непосредственному оказанию правовой помощи не органа адвокатского самоуправления, а органа исполнительной власти, и ей, этой власти, за это отчитываться. Этим независимый правозащитный институт – адвокатура и адвокаты поставлены под полное руководство органа исполнительной власти.

Кто из адвокатов и по какому делу сейчас участвует в делах по назначению, а дела бывают разные, особенно по оплате, трудозатратам и возможности перейти в соглашение (!), теперь определяет не орган адвокатского самоуправления, а представитель, уполномоченный на это органом исполнительной власти.

Возникает вопрос, что это за орган при министерстве юстиции по управлению адвокатурой, которого в законе об адвокатуре и адвокатской деятельности нет? И где здесь заканчивается адвокат, и начинается власть, и наоборот?

Целый пласт адвокатской деятельности попал в полную зависимость к органу исполнительной власти. Ответьте самим себе на вопрос. Будет ли адвокат, назначенный властью, бороться за справедливость для своего клиента с той же властью, если эта же власть назначила его осуществлять представительство или защиту интересов человека против самой власти? И вдобавок за это власть еще обязуется платить деньги и поставлять клиентуру в будущем. А как быть с предусмотренной для чиновников ответственностью за направление клиентов к адвокатам – тут уже элементы коррупции просто налицо. А если адвокат будет очень хорошо выполнять свои обязанности, доказывать, что она, власть, незаконно или несправедливо поступает с его клиентом, будет ли она, власть, и дальше направлять к такому адвокату клиентов?

В 2012 г. заработал новый УПК Украины, который некоторые новые руководители адвокатуры Украины пытались под страхом неминуемой ответственности запретить критиковать [6]. Благо, что высказывать свое мнение по поводу любого закона и даже подвергать закон критике еще не запрещено самим законом, а то неизвестно, что было бы с его критиками.

Полагаю, что новый УПК, задекларировав формально адвоката полноправным участником уголовного процесса, фактически отодвинул его, как активного участника процесса, на задний план [3], оставив ему по большинству уголовных дел место пассивного созерцателя за производством большинства следственных действий, о которых ни адвокат, ни его клиент до определенного момента могут и понятия не иметь.

Адвокат участвует в производстве следственных действий и приобретает статус защитника в случае, если его подзащитный задержан, арестован, ему объявлено о подозрении или представлены для ознакомления материалы дела, которые подлежат направлению в суд. А если этих формальностей нет, а их по большинству дел и не будет? Тогда с момента внесения события правонарушения в соответствующий реестр и до момента объявления о подозрении во всех проводимых следственных действиях защитника нет, а значит и возможности осуществлять полноценную защиту, осуществлять сбор доказательств тоже нет.

А в это время следователь в полную силу добывает доказательства в отношении конкретного лица, которое не формально, но является для него, следователя, будущим потенциальным подозреваемым, о чем это лицо даже понятия не имеет, допрашивает лиц, кроме потенциального подозреваемого, потому что его показания в стадии следствия вроде и не имеют сейчас большого значения.

Или: по всем делам, где официально, с санкции суда, проводятся негласные (секретные) следственные действия и добываются по новому УПК надлежащие доказательства, адвоката тоже нет. Раньше это была засекреченная оперативная разработка, о которой даже прокуроры и судьи не всегда знали, а полученные данные, как правило, не фигурировали в суде как доказательства, о них просто никто не знал.

После того, как доказательства собраны, дело подшито, следователь в один день объявляет о подозрении, о раскрытии дела, о предоставлении его для ознакомления и о своем решении направить дело в суд. Теперь, пожалуйста, гражданин Х, приглашайте адвоката со статусом защитника и защищайтесь на здоровье.

Что остается делать адвокату, и когда он будет собирать доказательства, подтверждающие невиновность или смягчающие ответственность его подзащитного [3]? И это власть называет расширением прав адвоката по новому УПК?!

Идем дальше. Любая информация, которую адвокат может в соответствии с новым законом

об адвокатуре и адвокатской деятельности запросить и использовать в качестве доказательства, как правило, содержится в определенном документе. А большинство сведений в документах, содержащих информацию о гражданине, являются, как правило, конфиденциальными. Значит адвокату культурно, в установленные законом сроки, формально будет отказано в её получении на основании закона, ограничивающего доступ к такой информации.

Все, точка. Реализация права адвоката на сбор доказательств и получение информации превращается в декларацию, не обеспеченную законодательно. А как можно подготовить иск об оспаривании или защите права собственности на объекты движимого или недвижимого имущества, если они зарегистрированы не на клиента адвоката, с которым клиент адвоката намерен спорить. Кто выдаст информацию адвокату на запрос, если все эти сведения носят гриф «доступ ограничен». Мне представляется, что ситуация в этой части стала значительно хуже, чем это было по действовавшему ранее закону об адвокатуре.

А такой «законодательный перл», иначе я назвать его не могу, как предоставление адвокатуре не свойственной ей функции по составлению протоколов о совершении административного проступка за непредставление информации и направление материалов в суд о привлечении определенных лиц к административной ответственности? Это вообще нонсенс. Понятно, когда адвокат обращается с жалобой или заявлением в орган судебной власти или в правоохранительный орган, указывает на совершение тем или иным лицом какого-либо правонарушения. Но какое адвокатура имеет отношение к составлению протокола об административном правонарушении? Эти функции по своей правовой природе присущи только органам, обладающим властными полномочиями.

Зачем было наделять адвокатуру подобными властными полномочиями и формально настолько близко приближать её к власти? Тоже вопрос. Ведь все понимают, настоящих документов или их копий, содержащих информацию о лицах, адвокаты все равно не получат. Ответы об ограниченности доступа к запрашиваемой информации нам очень быстро научатся отписывать. Что, будем ходить в суды по административным делам, тратить свое время и за свой счет привлекать должностных лиц к административной ответственности? И как вы думаете, кого будут защищать суды – адвокатов или должностных лиц органов власти?

Положения, регулирующие деятельность присяжных поверенных и адвокатуры, законодательно закреплены на большей части Украины, начиная с XIX века.

Революция 1917 г. только на очень короткий период времени разрушила институт присяжных поверенных, создав вместо них коллегии правозащитников. Затем очень быстро был восстановлен институт адвокатуры в виде коллегий адвокатов, а конституционно на территории Украины этот институт закреплен на основании еще сталинской конституции. Действовал институт адвокатуры в хрущевские, брежневские, горбачевские времена [4]. Действует он и в настоящее время в независимой Украине [5].

И во все времена адвокатура была удалена от власти настолько, чтобы иметь возможность быть реальным противовесом самой власти и создавать определенный баланс сил в обществе, а государству, хотя бы формально, называться правовым.

Никогда государство адвокатуру никакими властными полномочиями не наделяло, да они адвокатуре и не нужны. Все понимают, как только адвокатура получает властные полномочия, она тут же теряет свою независимость, потому что становится частью власти.

При анализе того, что происходит с адвокатурой и в адвокатуре в настоящее время, сразу напрашивается вопрос: «Зачем власть пытается подтянуть адвокатуру к себе и сблизить с собой, внедрить в адвокатуру своих чиновников, зачем пытается найти адвокатуре место очень близко возле властного аппарата и наделить её квазивластными, не присущими ей функциями? И почему новые руководители адвокатуры Украины этому не сопротивляются, а наоборот пытаются пассивно, а в некоторых случаях и активно, этому способствовать?». Создается ощущение, что им это очень даже нравится.

Это же классно, быть одновременно штатным сотрудником одного из высших эшелонов власти, приостановив для этого адвокатскую деятельность по основаниям несовместимости, и… руководить органом адвокатского самоуправления.

Где же больше находится такой руководитель: во власти или в адвокатуре? Ответ прост: он как Фигаро. И там, и там.

Мое личное мнение, что быть адвокатом, наделенным властными полномочиями, а еще больше быть во власти и не иметь статуса адвоката, даже временно, и одновременно руководить адвокатурой – это уже насмешка и над законом, и над институтами органов адвокатского самоуправления.

Ведь всем понятно, настоящего места во власти для адвокатуры нет и никогда не будет. Да и делать адвокатуре во власти совершенно нечего, потому что адвокатуре никогда не были свойственны властные функции.

Адвокатура и власть суть понятия несовместимые. Да и сама по себе адвокатура власти абсолютно не нужна.

Так для чего же тогда нужны адвокаты власти? Ответ очень прост. Нужны для того, чтобы владеть мыслями и руководить действиями 36000 умных, юридически грамотных людей, направлять их действия по нужному руслу. А это могут делать только свои люди. Люди, которые находятся либо непосредственно во власти, либо в полной зависимости от нее. Еще лучше, если эти люди и есть сама власть.

А органы адвокатского самоуправления Украины, общественной по своей сути организации, оказывается, являются органами государственного управления, потому что споры с ними переданы под юрисдикцию административных судов. Осталось только членам органов адвокатского самоуправления присвоить чины или ранги, а еще лучше навесить на них погоны. Руководителям, конечно, генеральские. А потом и всем адвокатам, но пониже рангом, и повышать звания за заслуги и выслугу лет.

Дальше в лес – больше дров. Появляется проект Положения о департаменте собственной безопасности в адвокатуре – прямой прообраз «спецслужбы», наделенной властными полномочиями.

Ну, чем не Сталинский и других вождей орган внутренней безопасности, всевластия и властной вседозволенности. Осталось выбрать название, например, из таких: ЧК, ОГПУ, НКВД.

Во все времена вопросы своей защиты, в том числе и от произвола власти, адвокатское сословие решало самостоятельно, используя предоставленные ему законодательные рычаги, закрепленные в общих для всех граждан законах и в специальных законах, регулирующих деятельность адвокатуры. Для этих целей законом предусмотрены совет адвокатов, КДКА и суд. Больше адвокатам ничего не надо.

Не тут-то было. В адвокатуру пришла новая власть, одновременно находящаяся в штате у настоящей власти. А власть должна всех опасаться и в первую очередь должна уметь защищать себя, да и показывать свою значимость тоже надо. Для защиты у власти должна быть своя личная спецслужба, тем более что содержать её будут… адвокаты Украины за счет своих взносов. Для этих целей надо создать в адвокатуре спецподразделение, которое все это и будет осуществлять. Одновременно ему можно поручить задачу по контролю за поведением адвокатов, их мыслями, отклонениями от движения по заранее намеченной руководством линии, все это фиксировать и доносить куда надо и кому надо.

Само слово «департамент» французского происхождения. Обозначает отдельное подразделение высших органов государственной власти, имеющее свой особый круг ведомств и управляемое директором. Также назвались во Франции с 1789 г. еще и территориальные области, составляющие отдельное гражданское управление.

Но ни при Наполеоне, люто ненавидевшем адвокатов, ни при диктатуре Сталина, совершенно безразлично относившегося к адвокатуре и опиравшегося не на закон, а на безграничную власть спецслужб, ни в период застоя и после в умах руководителей органов адвокатского самоуправления не могла даже возникнуть мысль о создании в структуре адвокатуры спецподразделения в виде департамента внутренней безопасности. А вот в новой украинской адвокатуре и для смеха на весь мир кто-то до этого додумался, несмотря на то, что создание такого подразделения в адвокатуре не предусмотрено законом Украины об адвокатуре и адвокатской деятельности.

Как может быть создан департамент собственной безопасности со статусом структурного подразделения при совете адвокатуры Украины и советах адвокатов на местах, если по своей правовой природе адвокатура является, хотя и профессиональной, но, по сути, общественной организацией, отделенной от государства?!

Мне представляется, что сама идея создания такого органа является унизительной для всего адвокатского сообщества Украины. Извините, я не хочу обидеть адвокатов, а наоборот хочу всех поднять до уровня тех, кого называют интеллектуальной совестью нации. Адвокаты ничем не отличаются от лиц, состоящих в союзах писателей, композиторов, художников, и так же как они отделены от власти. И они, и мы имеем один правовой статус – самозанятые лица. Различие заключается только в том, что адвокаты постоянно и близко соприкасаются с настоящей властью и, как правило, на негативном уровне. Адвокаты, отстаивая права своих клиентов и действуя в рамках законов, регулярно вступают с властью в допустимый словесный и документальный «бой». И не больше.

Желая приблизить адвокатуру к власти и поставив во главе украинской адвокатуры государственного чиновника, власть заблудилась в определении конституционного предназначения

адвокатуры и назначении органов адвокатского самоуправления. Государство должно не приближать к себе адвокатуру, а наоборот, как можно дальше отдалять адвокатуру от любых органов государственной власти и их влияния на нее.

Адвокатура, тесно сотрудничающая с любой ветвью власти или очень близко стоящая возле нее, а еще хуже, являющаяся её частью, перестает быть настоящим независимым правозащитным институтом, перестает быть способной ежедневно и, как правило, той самой власти противостоять. В таком случае и само государство перестает быть истинно правовым.

Адвокатура, находящаяся при власти или во власти либо руководимая непосредственно властью, не в состоянии в полной мере выполнять свою правозащитную функцию в борьбе с этой самой властью. В таком обществе создается внешняя видимость борьбы и состязательности сторон, особенно тогда, когда одной из сторон выступает одна ветвь власти, судьей выступает другая ветвь власти, а вдобавок еще и адвокат действует по поручению власти. В этой ситуации лица, пользующиеся услугами такой адвокатуры, реальной защиты получить не могут. Бороться «со своими или против своих» – неэтично и безнравственно. Да и результат заранее известен.

Видимо, приблизившись очень близко к власти, наши новые руководители адвокатуры Украины начали «задыхаться» от избытка этой самой власти, а потому решили действовать по прообразу служб внутренней безопасности правоохранительных органов, забыв, что адвокатура никогда правоохранительным органом не была и быть не может.

Я не знаю, чья это идея, но уж очень напоминает департамент безопасности, созданный руководителем одного из адвокатских объединений, если память мне не изменяет, называется он фундацией адвокатов. Смотреть на это действо со стороны уже не смешно, а даже опасно. Еще не начал в полную силу работать закон Украины об адвокатуре и адвокатской деятельности, еще не начали в полную силу работать все органы адвокатского самоуправления в центре и на местах, а уже вносится бредовая идея о создании Департамента собственной безопасности и в центре, и на местах.

И, внимание, самое главное. Орган внутренней безопасности адвокатуры должен подчиняться непосредственно председателям советов адвокатов в центре и на местах.

По такому же принципу работают спецслужбы всех государств, подчиняющиеся только первому лицу государства.

Неужели наших новых руководителей адвокатуры так «понесло», что они начали отождествлять себя с руководителями правоохранительных органов и, не дай Бог, с руководителями страны.

Скажу так: все это «пахнет очень дурно». Или у автора этой идеи (хотелось бы знать его имя) не все в порядке со здоровьем, тогда для этого существуют департаменты здравоохранения при органах исполнительной власти, да и адвокаты на лечение могли бы сброситься и оказать материальную помощь. Не бросать же товарища в беде.

Но я думаю, что автор этой идеи вполне адекватный и здоровый человек, отдающий отчет своим действиям, а все, что он делает, по его версии называется «строительством новой адвокатуры Украины».

Мне же все, что происходит в адвокатуре и с адвокатурой в Украине, напоминает искусственно и насильно, без каких-либо предпосылок, проводимую властью внутри адвокатуры революцию. Для чего этого делается, я могу только догадываться. Это выше моего понимания внутреннего строения адвокатуры, основ её деятельности, а также задач, которые она должна выполнять.

Вся беда нашего человека, приходящего во власть, заключается в том, что он не пытается развивать то, что ему досталось от предыдущей власти. Ему хочется все недостатки списать на предыдущую власть, затем сразу и все разрушить, и начать все перестраивать. При этом он толком не знает, что, как и для чего он собирается перестраивать, но делает вид, что все знает и умеет. И еще он как малое дитя никогда и ни за что потом не отвечает.

Адвокатура является одной из самых консервативных организаций любой страны, суть деятельности которой не меняется на протяжении многих столетий. Правила, по которым работает адвокатура, формируются и работают органы адвокатского самоуправления в большинстве стран, не меняются столетиями. Любая революция в адвокатуре – это резание живого организма без наркоза, что может привести к летальному исходу.

Могу утверждать, что классической адвокатуры, которая существует в странах старого света и худо-бедно существовала у нас, сейчас в Украине нет.

Мне трудно дать ответ, как в таких революционных условиях будет дальше развиваться адвокатура Украины. Но уж точно, если все будет идти так и дальше, ничего хорошего нас не ожидает. Я могу только догадываться, что будет дальше,

но оставлю это при себе, а кто хочет – пусть сам для себя домыслит.

Хочу, чтобы господа-«революционеры», которые хотят быть одновременно и при адвокатуре или в адвокатуре, и при власти или во власти, вспомнили, как поступает власть с теми, кто с ней вступает в очень близкие отношения. В этом случае ты обязательно становишься слугой власти, и не дай Бог затем вступить с ней в пререкания или в конфликт. А без постоянных, в рамках закона, пререканий и конфликтов между адвокатом и властью адвокатская деятельность невозможна.

Постоянный спор с властью – это и есть суть адвокатской деятельности по уголовным, административным, трудовым делам. Этот спор часто бывает и по гражданским, и хозяйственным делам.

«Любовь» между адвокатурой в лице некоторых адвокатов и властью, которая внешне вроде бы существует сейчас, не может быть долгой, и её последствия очень даже предсказуемы.

Думаю, что власть, с одной стороны, и руководство адвокатурой и адвокаты – с другой, должны быть толерантными по отношению друг к другу, но соблюдать между собой настолько большую дистанцию, чтобы невозможно было даже дотянуться друг к другу, а тем более соприкоснуться. И чем это расстояние будет больше, тем будет больше пользы конкретным гражданам, власти, адвокатам и в целом всему государству. А господам, пришедшим к руководству адвокатурой, могу для начала порекомендовать почитать на досуге литературу по истории развития мировой и нашей адвокатуры, доступную посредством Интернета. Может, после этого они и прозреют.

А мы поживем — увидим, что будет дальше. И, как говорится, упаси нас, Господи, от лукавого.

Пристатейный библиографический список

1. Заборовский В.В. Правовой анализ некоторых аспектов Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 4 (5). – С. 46–49.
2. Заборовский В.В. Особенности правового статуса адвоката в Украине // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 5 (6). – С. 58–60.
3. Люлич В.А. Закрепление права защитника на собирание доказательств в Уголовно-процессуальном кодексе Украины // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 2 (3). – С. 65–66.
4. Рагулин А.В. Институционализация профессиональных прав адвоката-защитника в советском законодательстве // Новый юридический журнал. – 2012. – № 3. – С. 101–110.
5. Рагулин А.В. Профессиональные права адвоката-защитника в Республике Украина // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 12 (31). – С. 117–119.
6. Попелюшко В.А. Штрихи к «портрету» нового уголовного процесса Украины // Евразийская адвокатура. – 2012. – № 1 (1). – С. 89–97.

References (transliterated)

1. Zaborovskij V.V. Pravovoj analiz nekotoryh aspektov Zakona Ukrainy «Ob advokature i advokatskoj dejatel'nosti» // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 4 (5). – S. 46–49.
2. Zaborovskij V.V. Osobennosti pravovogo statusa advokata v Ukraine // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 5 (6). – S. 58–60.
3. Ljulich V.A. Zakreplenie prava zashhitnika na sobiranie dokazatel'stv v Ugolovno-processual'nom kodekse Ukrainy // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 2 (3). – S. 65–66.
4. Ragulin A.V. Institucionalizacija professional'nyh prav advokata-zashhitnika v sovetskom zakonodatel'stve // Novyj juridicheskij zhurnal. – 2012. – № 3. – S. 101–110.
5. Ragulin A.V. Professional'nye prava advokata-zashhitnika v Respublike Ukraina // Evrazijskij juridicheskij zhurnal. – 2010. – № 12 (31). – S. 117–119.
6. Popeljushko V.A. Shtrihi k «portretu» novogo ugolovnogo processa Ukrainy // Evrazijskaja advokatura. – 2012. – № 1 (1). – S. 89–97.

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Jus est ars boni et aequi

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru info@eurasniipp.ru +7-903-31-257-90

Зорин Р.Г., Клименко А.Г., Шатликова А.А.

ТЕНДЕНЦИИ И ПЕРСПЕКТИВЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ МЕХАНИЗМА ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРОЦЕДУРЫ МЕДИАЦИИ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Цель: *Анализ правовых основ регулирования медиации в уголовном процессе.*

Методология: *Авторами использовались сравнительно-правовой метод и метод анализа.*

Результаты: *В статье на основе изучения и обобщения опыта зарубежных государств в применении медиации для разрешения уголовно-правовых конфликтов, а также на основе изучения процедуры медиации как одного из альтернативных способов разрешения споров, дается определение медиации в уголовном судопроизводстве как процедуры, в рамках которой независимое и беспристрастное третье лицо – посредник (медиатор) – участвует в разрешении уголовно-правового конфликта между сторонами. Именно медиация, как альтернативный способ разрешения правовых споров, поможет ускорить выполнение судебных решений в уголовном судопроизводстве. Авторы пришли к выводу, что для эффективной реализации данного механизма необходимо определить круг участников, основания и условия допустимости использования медиации, компетенцию медиатора. Принятие закона «О медиации» станет важным стимулом развития в Республике Беларусь медиации как комплексного явления, позволит расширить возможности граждан в выборе средств урегулирования возникающих конфликтов. С принятием закона будут созданы условия для интеграции медиации в национальную правовую культуру. В России положено начало становлению медиации как законной формы разрешения споров и социального института. Этому поспособствовало принятие ряда нормативных актов. Представляется необходимым дополнить действующее законодательство Республики Беларусь и Российской Федерации введением правового института медиации в уголовном процессе.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья имеет высокую практическую значимость, так как содержит обладающие новизной авторские обобщения и выводы, которые могут быть применены на практике. Научная новизна исследования предопределена тем, что во многих странах медиация до настоящего времени не получила своей законодательной регламентации в сфере уголовного судопроизводства.*

Ключевые слова: *уголовный процесс, медиация, участники, медиатор, решения, проблемы правового регулирования.*

Zorin R.G., Klimenko A.G., Shatlikova A.A.

TENDENCIES AND PROSPECTS OF IMPROVEMENT OF THE MECHANISM OF LEGAL REGULATION OF PROCEDURE OF MEDIATION IN CRIMINAL TRIAL OF REPUBLIC OF BELARUS AND RUSSIAN FEDERATION

Purpose: *The analysis of legal bases of regulation of mediation in criminal trial.*

Methodology: *Authors used a comparative and legal method and an analysis method.*

Results: *In article on the basis of studying and synthesis of experience of the foreign states in mediation application for permission of the criminal and legal conflicts, and also on the basis of studying of procedure of mediation as one of alternative ways of settlement of disputes it is possible to define mediation in criminal legal proceedings as procedure within which the independent and impartial third party – the intermediary (mediator) – participates in permission of the criminal and legal conflict between the parties. Mediation as an alternative way of permission of legal disputes, will help to accelerate implementation of judgments in criminal legal proceedings. Authors came to a conclusion that for effective realization of this mechanism it is necessary to define a circle of participants, the bases and conditions of an admissibility of use of mediation, competence of a mediator. Adoption of law «About mediation» becomes important incentive in development of Republic of Belarus to mediation as complex phenomenon, will allow to expand possibilities of citizens in a choice of means of settlement of the arising conflicts. With adoption of law conditions for integration of mediation in national legal culture will be created. In Russia the foundation to mediation formation as lawful form of settlement of disputes and social institute is laid. It was promoted by acceptance of a number of regulations. It is obviously necessary to add the current legislation of Republic of Belarus and the Russian Federation with introduction of legal institute of mediation in criminal trial.*

Novelty/originality/value: *Article has the high practical importance as contains author's generalizations possessing novelty and conclusions which can be put into practice. Scientific novelty of research is predetermined by that in many countries mediation didn't receive so far the legislative regulation in the sphere of criminal legal proceedings.*

Keywords: *criminal trial, mediation, participants, mediator, decisions, problems of legal regulation.*

В последнее время в связи с ускоренным развитием общественных отношений возникают проблемы со своевременным эффективным созданием законодателем норм, направленных на их урегулирование. Сегодня среди ученых, как отечественных, так и зарубежных, существуют дискуссии относительно роли и значения медиации в уголовном судопроизводстве, порядка её правового регулирования. Научная новизна исследования предопределена тем, что во многих странах медиация до настоящего времени не получила своей законодательной регламентации в сфере уголовного судопроизводства. Проблемами правового обеспечения медиации занимались В.А. Азаров, И.А. Бельская, Л.В. Головко, К.Б. Калиновский, Л. Зайцева, Е.И. Коваленко, Р.Р. Максудов, Е.В. Марковичева, И.Г. Смирнова, Ц.А. Шамликашвили и другие. Медиация получила достаточно широкое применение в Англии, Германии, Казахстане, России и в других странах [23].

«Разрешение уголовно-правового конфликта, который возникает в результате совершения лицом противоправного деяния, включает в себя и такие аспекты, как возмещение вреда лицу, в отношении которого было совершено деяние, восстановление нарушенного в результате преступления порядка, восстановление нормальной жизнедеятельности потерпевшего после совершения преступления, ресоциализация осужденного лица с целью предотвращения повторного совершения преступления и прочие. Учитывая указанные задачи, особую актуальность приобрела и концепция восстановительной юстиции, возникшая в 70–80-е годы прошлого столетия. Идея восстановительной юстиции основана на использовании альтернативных уголовному преследованию механизмов, основанных на примирении сторон конфликта и позволяющих разрешать уголовно-правовые конфликты с наибольшим положительным эффектом для сторон. Одним из наиболее эффективных способов разрешения конфликтов в рамках данной концепции является медиация, т. е. разрешение спора путем переговоров с участием третьего лица, в роли которого выступает посредник-медиатор» [2, С. 15]. «При описании основного назначения уголовного судопроизводства известный французский ученый-процессуалист J.-K. Soyer отмечает, что защита личности от незаконного преследования осуществляется путем соблюдения презумпции невиновности и права на защиту. При этом не могут быть нивелированы и другие фундаментальные ценности: необходимость защиты потерпевшего, наказание. Примирение этих противоречий не всегда легко, особенно в обществе, в котором происходят серьезные изменения. Следовательно, уголовное судопроизводство может выступать не только сферой конфликта интересов, но и инструментом примирения. Здесь мы подходим к попытке разрешения дилеммы о внедрении в процессуальную сферу медиационных начал» [1, С. 246]. «В целом под медиацией понимается процедура конструктивного разрешения конфликтов при содействии незаинтересованного посредника» [14, С. 50].

«Медиация применяется во многих зарубежных государствах для разрешения уголовно-правовых конфликтов. Модели медиации в зарубежных государствах различаются в зависимости от системы национального уголовного судопроизводства, однако её повсеместное распространение в последние десятилетия свидетельствует об эффективности её применения. Медиация зарождалась за рубежом в качестве способа разрешения уголовно-правового конфликта на основе экспериментальных программ, однако в последнее время выявляется тенденция к институционализации и нормативному закреплению медиации в уголовном процессе» [2, С. 18]. Х. Зер приводит данные о положительных результатах применения идей восстановительного правосудия на практике. Практическая реализация должна найти свое отражение в создании специальных служб и программ по организации примирительных встреч, закреплению полученных результатов и обеспечению их юридической оценки при решении вопроса об уголовной ответственности лица [11, С. 191]. По мнению Г. Еременко, «необходимо процедуру медиации закрепить в отдельном нормативно-правовом акте, так как принятие отдельного самостоятельного закона поможет легитимизировать медиацию и повысить доверие к ней. Единый закон – это также возможность в полной мере в одном нормативном акте установить нормативную регламентацию всех вопросов, касающихся применения медиации» [7]. Профессор Гамбургского университета К. Сесар считает: «…если восстановительная юстиция все же будет учреждена, её не следует включать в систему уголовной юстиции. Опасность заключается в том, что инструментарий восстановительной юстиции не будет применяться или будет применяться главным образом в декоративных целях; либо же механизмы восстановительной юстиции будут превращены в карательные (что произошло со многими процедурами общественной службы). Лучшим выходом, несомненно, является учреждение автономной системы восстановительной

юстиции» [20, С. 165]. По мнению И.Г. Смирновой, «медиация не должна регулироваться нормами УПК РФ, так как принципы медиации не всегда в полной мере корреспондируют уголовно-процессуальным принципам. Например, принцип презумпции невиновности: право подозреваемого, обвиняемого не признавать свою вину действует в течение всего производства по уголовному делу. Другое дело – медиация. Примирительное производство невозможно по определению, если правонарушитель не признает своей вины» [21]. Л.В. Головко считает, что «уголовно-правовая медиация полностью выпала из поля зрения или даже считается теоретически невозможной и на концептуальном уровне логически противоречивой, поскольку идеи и техника якобы несовместимы с механизмом действия уголовного права и уголовного процесса» [6, С. 127].

Рассмотрев различные позиции авторов по вопросу необходимости законодательного закрепления процедуры медиации, полагаем, что для Республики Беларусь наиболее приемлемо было бы создать единый закон, который бы регламентировал все вопросы, касающиеся данной процедуры, условия и порядок её применения в рамках уголовного процесса. Как справедливо отмечает Г. Еременко, «есть опасность того, что, забыв (или не успев) внести соответствующие нормы в специальное законодательство, мы просто ограничим сферу применения этого уникального инструмента» [7]. Создание единого нормативного акта позволит избежать данной проблемы. Однако считаем необходимым включить в УПК РБ также право потерпевшего, подозреваемого, обвиняемого на возможность использования альтернативного способа разрешения конфликтов путем применения процедуры медиации.

«Опыт зарубежных государств в применении медиации для разрешения уголовно-правового конфликта позволяет сделать вывод о наличии двух моделей медиации. Данные модели различаются в зависимости от предпосылок к возникновению медиации и внедрению её в правоприменительную практику:

1) англо-саксонская модель, в рамках которой медиация является проявлением теории восстановительной юстиции, т. е. рассматривается как общинный способ разрешения уголовно-правового конфликта и потому, как правило, не находит четкого законодательного регулирования. К указанной группе государств могут быть отнесены Великобритания, США, Канада, Новая Зеландия и пр.;

2) континентальная модель, в рамках которой медиация представляет собой процессуальный институт, как правило, закрепленный в законодательстве и воплощающий собой одну из возможных альтернатив уголовному преследованию. К данной группе государств можно отнести Францию, Германию, Португалию, Австрию, Норвегию и пр.» [2, С. 18].

«В мировой практике институт медиации в уголовном судопроизводстве применяется с целью: 1) усовершенствования судебной системы в сфере уголовного судопроизводства и её элементов; 2) использования альтернативных способов разрешения конфликтов, которые существуют параллельно с судебной системой; 3) рассмотрения преступлений небольшой степени тяжести, когда возможно примирение сторон или достаточно возмещения причиненного морального и материального вреда. Применение медиации в уголовном процессе заключается в том, чтобы разрешить конфликт в более короткие сроки, вне рамок уголовной юстиции, прибегая к посредничеству третьих лиц, ориентированных на профилактику и борьбу с преступностью» [13, С. 67].

«Важным направлением для внедрения процедуры медиации в практику является создание её правовой основы деятельности. В России с 1 января 2011 года вступили в силу Федеральный закон от 27.07.2010 № 193-ФЗ «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)», а также Федеральный закон от 27.07.2010 № 194-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об альтернативной процедуре урегулирования споров с участием посредника (процедуре медиации)». В развитие данных законодательных актов принято Постановление Правительства РФ от 03.12.2010 № 969 «О программе подготовки медиаторов», а также Приказом Минобрнауки РФ от 14.02.2011 № 187 по согласованию с Минюстом России утверждена Программа подготовки медиаторов, которая вступила в силу с 3 апреля 2011 года. Несмотря на наличие спорных положений в вышеназванных нормативных правовых актах, а также несогласие с отдельными их нормами, можно сделать вывод, что в России положено начало становлению медиации как законной формы разрешения споров и социального института. 28 января 2011 года в Казахстане принят и 5 августа введен в действие закон «О медиации». В Украине пока отсутствует соответствующая правовая база для работы медиаторов. В феврале 2011 года Верховная Рада

Украины зарегистрировала законопроект «О медиации», который был направлен на регулирование деятельности медиаторов и защиту репутации этой профессии. Однако, исходя из информации по рассмотрению законопроекта, которая размещена на сайте Верховной Рады Украины, данный проект не принят. Полагаем, следует продолжить работу по разработке и принятию в Украине закона, регулирующего вопросы медиации, поскольку отсутствие легитимации данного альтернативного способа урегулирования споров затрудняет его дальнейшее поступательное развитие. Однако для формирования практической базы медиации принятия соответствующих нормативных правовых актов не достаточно» [5]. Как справедливо отмечает С.К. Загайнова, «предстоит решить ряд достаточно сложных задач, в числе которых можно назвать две основные: формирование корпуса профессиональных медиаторов и разработка процессуальных механизмов взаимодействия медиации с судопроизводством» [8].

«Альтернативная процедура урегулирования споров с участием посредника (процедура медиации), принятая в России, не осталась без внимания законодателя и в нашей стране: в соответствии с планом подготовки законопроектов на 2011 год, утвержденным Указом Президента Республики Беларусь от 6 января 2011 г. № 10, подготовлен проект Закона Республики Беларусь «О медиации», который в настоящее время находится на рассмотрении в Палате представителей Национального собрания Республики Беларусь» [14, С. 50]. «Практика использования медиации при разрешении конфликтов (споров) показывает, что эффективность медиации резко повышается в тех странах, где она законодательно закреплена» [3]. «В соответствии со ст. 3 законопроекта Республики Беларусь «О медиации» основными принципами медиации являются: 1) добровольность; 2) конфиденциальность; 3) добросовестность, равноправие и сотрудничество сторон; 4) беспристрастность и независимость медиатора» [19].

Необходимым является также решение вопроса о том, кому принадлежит инициатива проведения процедуры медиации в уголовном процессе. Л. Зайцева пишет: «В тексте Рекомендации № R(99)19, принятой Комитетом Министров Совета Европы 15 сентября 1999 г., есть положения о том, что «законодательство должно способствовать проведению уголовно-правовой медиации». При наличии перечисленных в законе условий дознаватель, следователь, прокурор, суд должны разъяснять потерпевшему и подозреваемому, обвиняемому право на проведение переговоров о применении и возмещении вреда с участием посредника (медиатора). Применение такой процедуры возможно лишь с согласия обеих сторон. Поэтому при получении ходатайства потерпевшего и подозреваемого, обвиняемого о проведении процедуры примирения должностные лица, ведущие уголовный процесс, выносят постановление (определение) о приостановлении производства по делу на срок до одного месяца. В этом постановлении указывается о привлечении посредника (медиатора) для организации переговоров о примирении и возмещении вреда, излагаются данные о посреднике, сути подозрения или предъявленного обвинения, сведения о потерпевшем и подозреваемом, обвиняемом, их законных представителях». Проект Закона РБ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РБ по вопросу примирения с потерпевшим» предусматривает следующее положение по привлечению посредника (медиатора) для участия в примирении с потерпевшим: «орган, ведущий уголовный процесс, по ходатайству потерпевшего или подозреваемого, обвиняемого либо по собственной инициативе вызывает посредника (медиатора) для участия в их примирении и содействия в выработке условий мирового соглашения» [9, С. 76–77].

«Одним, на наш взгляд, из самых сложных концептуальных вопросов является вопрос: кто? (т. е. кто будет третьей независимой стороной в споре?). Так, в Англии и Уэльсе медиация может проводиться специализированными службами медиации, в Финляндии – вспомогательной по отношению к официальной судебной системе службой, занимающейся компенсацией жертвам правонарушений, в Норвегии – посредническими советами при муниципалитете, в Чехии и Польше – неправительственными организациями, бросившими вызов государственной системе правосудия, и т. п.» [21].

«В Республике Беларусь в качестве третьей стороны выступает медиатор (посредник). Проект Закона РБ «О внесении изменений и дополнений в Уголовно-процессуальный кодекс РБ по вопросу примирения с потерпевшим» предлагает дополнить статью 6 УПК РБ следующим понятием посредника (медиатора): это лицо, прошедшее специальную подготовку и привлекаемое органом, ведущим уголовный процесс, для участия в примирении потерпевшего с подозреваемым, обвиняемым и содействия выработке ими условий мирового соглашения» [19]. «В проекте Закона РБ «О медиации» заложены требования

к медиаторам, к их подготовке, тем самым государство заботится о формировании в стране корпуса профессиональных квалифицированных медиаторов. Так, в соответствии с ним медиатором может быть физическое лицо, имеющее высшее юридическое или иное высшее образование, прошедшее подготовку в порядке, устанавливаемом Министерством юстиции Республики Беларусь по предложению «Белорусского республиканского союза юристов» (БРСЮ), либо имеющее стаж работы не менее двух лет в качестве примирителя в соответствии с процессуальным законодательством, получившее свидетельство медиатора, выдаваемое Квалификационной комиссией медиации при Министерстве юстиции» [12, С. 83–84]. «Проект закона содержит незначительное количество норм, регламентирующих полномочия медиатора: 1) медиатор не вправе вносить сторонам свои предложения об урегулировании спора, а также, если стороны не договорились об ином, выступать третейским судьей по спору, который являлся или является предметом медиации; 2) в течение медиации медиатор может взаимодействовать как со всеми сторонами вместе, так и с каждой из них в отдельности. При этом медиатор не вправе ставить своими действиями какую-либо из сторон в преимущественное положение, равно как и умалять права и законные интересы одной из сторон; 3) медиатор не вправе разглашать информацию, относящуюся к медиации и ставшую ему известной при её проведении, без согласия сторон. В случае если медиатор получил от одной из сторон информацию, относящуюся к медиации, он может раскрыть такую информацию другой стороне только с согласия стороны, предоставившей информацию» [14, С. 52].

Л. Зайцева считает, что необходимо законодательно закрепить понятие медиации, включив соответствующую норму в УПК РБ [10]. О.В. Лукьяновская отмечает: «…представляется целесообразным нормативное закрепление также и ряда конкретных его прав и обязанностей. К числу прав медиатора могут быть, в частности, отнесены права:

– получать от сторон всю необходимую информацию о фактических обстоятельствах дела, имеющих значение для эффективности переговоров и достижения примирения;

– знакомиться с согласия сторон с документами, имеющими значение для примирения;

– по согласованию со сторонами определять место, время, продолжительность переговоров, круг участвующих лиц;

– требовать от сторон и присутствующих на переговорах лиц уважительного отношения друг к другу и этичного поведения;

– делать перерыв в переговорах, продлять и переносить дату и место проведения переговоров;

– прекратить переговоры, если одна из сторон нарушает требования законодательства;

– оказывать необходимую помощь сторонам в оформлении принятого соглашения.

К обязанностям медиатора могут быть отнесены действия, проведение которых необходимо в целях эффективного и быстрого разрешения конфликта, в том числе:

– демонстрировать и реально проявлять свою беспристрастность по отношению к сторонам и независимость в проведении медиации;

– своевременно и полно разъяснять сторонам особенности, порядок и последствия медиации, её отличия от судопроизводства по данному делу и её преимущества для сторон конфликта;

– проявлять уважительное отношение и корректность в равной мере как к правонарушителю, так и к потерпевшему, а также к иным лицам, присутствующим на переговорах;

– обеспечивать безопасность, уважение чести и достоинства всех участников во время переговоров;

– при необходимости раздельной беседы с каждой из сторон разъяснять причины этого, а также разъяснять необходимость передачи другой стороне информации, полученной в индивидуальной беседе, если без этой информации невозможно достижение соглашения;

– стремиться к достижению сторонами единого понимания фактических и правовых аспектов данного дела;

– воздерживаться от собственных оценок, комментариев или решений по поводу высказываний сторон;

– не подменять стороны в выработке соглашения, а содействовать их самостоятельности и достижению взаимного согласия по вопросу о возможности примирения, условиях и порядке заглаживания вреда потерпевшему, обеспечению законных интересов как потерпевшего, так и правонарушителя» [16, С. 78].

Таким образом, считаем необходимым законодательно закрепить в нормах УПК РБ не только понятие посредника (медиатора), но также его компетенцию, т. е. его права и обязанности, правовые условия и основания допуска к участию в уголовном деле.

«В Казахстане, так же как это предусмотрено и в законопроекте Республики Беларусь «О ме-

диации», в качестве третьей стороны выступает медиатор. Согласно Закону Республики Казахстан от 28.01.2011 № 401-IV ЗРК «О медиации» медиатором может быть независимое, беспристрастное, не заинтересованное в исходе дела физическое лицо, выбранное по взаимному согласию сторон медиации, включенное в реестр медиаторов и давшее согласие на выполнение функции медиатора. Деятельность медиатора может осуществляться как на профессиональной основе (профессиональный медиатор), так и на непрофессиональной основе» [18]. «Вскоре после принятия закона Республики Казахстан «О медиации» в структуре неправительственной организации – областного общественного объединения «Синергия» был сформирован Центр медиации и права «Достасу» (в переводе с казахского языка – «Примирение») для проведения процедуры медиации, а также для подготовки профессиональных медиаторов» [4]. «Согласно Закону Республики Казахстан «О медиации» медиатор вправе: 1) в ходе медиации проводить встречи как со всеми сторонами одновременно, так и с каждой из сторон в отдельности и предоставлять им устные и письменные рекомендации по разрешению спора (конфликта); 2) информировать общественность об осуществлении своей деятельности с соблюдением принципа конфиденциальности. Медиатор обязан: 1) при проведении медиации действовать только с согласия сторон медиации; 2) до начала медиации разъяснить сторонам медиации её цели, а также их права и обязанности; 3) профессиональный медиатор обязан соблюдать Кодекс профессиональной этики медиаторов, утверждаемый ассоциацией (союзом) медиаторов; 4) медиатор имеет также другие права и несет другие обязанности, предусмотренные законодательством Республики Казахстан» [18]. В Республике Казахстан внесены изменения в УПК, касающиеся вопроса процедуры медиации. В частности, закрепляется понятие медиатора, его права, предоставляется право сторонам на применение, в том числе в порядке медиации. Данное положение указывает на то, что закрепление процедуры является правовой гарантией сторон для её применения.

«Необходимо отметить, что во всем мире, и особенно в странах англо-саксонского права (прежде всего, в США), откуда современная медиация и начала распространяться по всему миру, только в последние несколько лет стали задумываться о проблеме ответственности медиатора, с точки зрения применения к нему санкций и предъявления исков. Причем этот вопрос встал на повестку дня лишь потому, что за последние 10 лет имели место единичные случаи обращения сторон, участвовавших в медиации (или их юристов), в связи с действиями медиатора, нанесшими им ущерб (материальный или моральный). В большинстве своем эти нарекания в адрес медиаторов были связаны с жалобами на нарушение принципа конфиденциальности, являющегося непреложным условием профессиональной этики медиатора. То есть речь шла лишь об утечке информации в результате процедуры медиации. Еще одним свидетельством неактуальности до последнего времени вопроса о профессиональной ответственности медиатора является тот факт, что в США лишь относительно недавно медиаторы (и то далеко не все) начали страховать свою ответственность в рамках профессиональной деятельности. Это говорит о многом, поскольку в США страхование профессиональной ответственности является необходимым условием осуществления практически любой деятельности – будь то юрист, психолог, врач и так далее. Возможно, конечно, что такое положение дел (то есть отказ медиаторов от подобной страховки) связано с тем, что сама медиативная деятельность мало регулируется на государственном уровне и развивается больше по инициативе «снизу». Общество доверяет тем, кого привлекает для помощи в урегулировании споров, то есть для медиации, не предъявляя к ним жестких формальных требований и ограничиваясь лишь требованием следовать правилам профессиональной этики. Вместе с тем сами клиенты медиатора в полной мере доверяют самим себе – как умным, информированным и практичным пользователям инструмента, каковым является медиация. Они понимают полезность этого инструмента для каждого гражданина, стремящегося наилучшим образом, с наименьшим ущербом для себя и близких разрешить сложные ситуации, возникающие в жизни» [22].

В Украине институт медиации законодательно не закреплен, однако существует Украинский центр медиации. Руководитель данного центра Г. Еременко отмечает: «Развитие практики медиации в Украине уже более или менее набирает обороты. И пока скептики обсуждают вопрос, насколько хороша медиация для Украины, прагматики размещают на сайтах информацию об услуге. И такая тенденция не может не радовать, с одной стороны. С другой стороны, приходится сталкиваться с ситуациями, когда начинается эксплуатироваться популярность новой услуги, что грозит репутации медиации и подрывает доверие к ней. Вопрос о необходимости принятия

отдельного специального закона, регулирующего вопросы применения медиации, является закономерным. Ведь есть страны, где медиация успешно практикуется без специального законодательства. А может, альтернативой закону является внесение специальных процессуальных норм в специальное законодательство? Возможно, и так. В свою очередь считаем важным принятие отдельного закона. Внесение отдельных норм в кодифицированные законодательные акты не дает гарантий единства подходов к тому, что такое медиация, каковы базовые требования к медиаторам, права и обязанности участников. Необходима также унификация основных понятий, которая задаст стандарт их использования в специальных нормативных актах. Именно поэтому было принято решение работать над законопроектом, который будет носить рамочный характер, а все специальные требования вынести в сферу регулирования специального законодательства. Кроме того, приходится признать, что при внесении специальных норм в отдельные нормативные акты будут попытки внести такие редакции определений и понятий, которые могут отражать специфику «внутрикорпоративных интересов» специалистов различных отраслей права. И тогда медиация в уголовном процессе может быть совершенно не похожа на медиацию семейных или гражданско-правовых споров. Задавая нормы, например, относительно требований к образованию медиаторов, создаются потенциальные гарантии защиты прав участников медиации. Потенциальный участник сможет в одном законодательном акте узнать о своих правах, обязанностях, ответственности медиатора, требованиях к легитимности специалиста, который предлагает услугу, и проч.» [7].

Следует определить и круг уголовно-процессуальных решений (актов), относящихся к процессу медиации в уголовном судопроизводстве. «Вопрос, который является очень важным в реализации процедуры медиации и в закреплении её результатов, – это юридическое сопровождение и, в частности, разработка самого медиативного соглашения. Можно выделить три основных соглашения, которые необходимо подготовить в ходе процедуры медиации. Первое – соглашение о применении процедуры медиации, это документ, фиксирующий намерение / обязательство сторон при возникновении спора использовать процедуру медиации. Второе – это соглашение о проведении самой процедуры, а третье – это соглашение по её результатам» [23, С. 25]. «Результатом медиации выступает соглашение или примирительный договор, передаваемый в орган, направивший случай на медиацию. Примирительный договор может учитываться данным органом при принятии решения о дальнейших действиях в отношении участников ситуации» [17, С. 19]. «В силу ст. 7 законопроекта Республики Беларусь «О медиации», имея намерение урегулировать в медиации все или отдельные споры, которые возникли из связывающего стороны правоотношения, стороны в письменном виде заключают соглашение о применении медиации. В нем стороны определяют срок и место проведения медиации, медиатора или организацию, обеспечивающую проведение медиации, а также иные согласованные условия. Сторонам предоставлено право выбора наиболее удобного для них способа заключения такого соглашения». Орган, ведущий уголовный процесс, приобщает к материалам уголовного дела мировое соглашение, заключенное между потерпевшим и подозреваемым, обвиняемым, и документы, подтверждающие возмещение вреда, причиненного преступлением [19].

«В ряде зарубежных стран медиация применяется, когда возможности институтов, традиционно занимающихся разрешением правовых конфликтов, оказываются недостаточными, и возникает необходимость поиска альтернативных подходов к разрешению уголовно-правовых споров. Это связано с тем, что правовые решения лишь отчасти могут охватить стремительно меняющуюся в последние десятилетия социально-экономическую реальность» [13, С. 67]. «Преимущества посредничества, – пишет П.В. Крашенинников, – состоят в том, что это гибкая неформальная экономичная и быстрая процедура, позволяющая участникам конфликта урегулировать разногласия, продолжая деловое сотрудничество и развивая партнерские отношения, что в итоге ведет к стабилизации отношений. Процедура медиации позволяет определить некие границы, разумные пределы, до которых могут дойти взаимные уступки сторон при поиске внесудебного соглашения. То есть она обозначает ту территорию свободы и доброй воли, на которой действительно возможно урегулирование споров» [15, С. 29].

Принятие закона «О медиации» станет важным стимулом развития в Республике Беларусь медиации как комплексного явления, позволит расширить возможности граждан в выборе средств урегулирования возникающих конфликтов. С принятием закона будут созданы условия для интеграции медиации в национальную правовую культуру.

На основании изложенного необходимо заключить следующее:

1. Необходимо урегулировать нормами УПК процессуальный статус медиатора, его права и обязанности, а также правовые условия и основания допуска медиатора к участию в уголовном деле, равно как и основания его отвода.

2. Законодательной регламентации требуют формы взаимодействия медиатора с органом, ведущим уголовный процесс, равно как и с иными субъектами уголовного процесса.

3. В случае согласия сторон признать возможность использования результатов акта медиации в качестве доказательств.

4. Признать наличие инициативы к вступлению в процедуру медиации за сторонами на добровольной основе. Представляется, что с подобной инициативой вправе выступать орган, ведущий уголовный процесс, если это служит обеспечению законных прав и интересов участников процесса.

5. Необходимо определить круг возможных и обязательных участников медиации в уголовном процессе.

6. Необходимо определить процессуальную форму (решения) процедуры медиации.

7. Необходимо нормативно установить процессуальные сроки производства медиации.

Пристатейный библиографический список

1. Soyer J-Cl. Droit penal et procedure penale. – Paris, 1992. – P. 246.
2. Арутюнян А.А. Медиация в уголовном процессе: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – М., 2012.
3. Бессонова В.В. Медиация как способ проведения переговоров в конструктивном духе // Предпринимательство и право: информационно-политический портал: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http: www.lexandbusiness.ru/view-article.php.id=903.
4. Блащенко М.П. Медиация в Казахстане – первый опыт внедрения и применения // Специализированный межрайонный экономический суд Карагандинской области: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://karsmes.kz/?page_id=501&lang=ru.
5. Владимирова О.В. Перспективы развития медиации в России и Украине // Белгородский университет кооперации, экономики и права: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.sworld.com.ua/konfer27/451.pdf.
6. Головко Л.В. Институт уголовно-правовой медиации и его перспективы в Российской Федерации // Закон. – 2009. – № 4. – С. 127.
7. Еременко Г. Медиация в Украине: «за» и «против» // Юрист & Закон: информационно-политический портал: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA002546.html.
8. Загайнова С.К. Современные проблемы и перспективы развития практической медиации в России // Развитие медиации в России: теория, практика, образование: Сб. статей / Под ред. Е.И. Носыревой, Д.Г. Фильченко. – М.: Берлин, 2012.
9. Зайцева Л. Примирение с потерпевшим – альтернативный способ урегулирования уголовно-правовых конфликтов // Судовы веснік. – 2011. – № 3. – С. 71–78.
10. Зайцева Л.Л. Институт примирения в уголовном процессе Республики Беларусь // [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/12572/1/16.pdf.
11. Зер Х. Восстановительное правосудие: новый взгляд на преступление и наказание: Пер. с англ. / Общ. ред. Л.М. Карнозовой; коммент. Л.М. Карнозовой и С.А. Пашина. – М.: МОО Центр «Судебно-правовая реформа», 2002.
12. Каменков В.С. Основные положения проекта закона «О медиации» // Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. – 2013. – № 2. – С. 82–85.
13. Карягина О.В. Перспективы медиации в российском уголовном процессе: зарубежный опыт примирительных процедур // Российская юстиция. – 2011. – № 6. – С. 66–68.
14. Коваленко Е.И. Правовые аспекты медиации как внесудебной (альтернативной) процедуры разрешения споров // Юстыцыя Беларусі. – 2013. – № 4. – С. 49–53.
15. Крашенинников П.В. Почему посреднику нужна своя буква закона? // Медиация и право. – 2007. – № 2 (4). – С. 13–20.
16. Лукьяновская О.В., Мельниченко Р.Г. Основы юридической конфликтологии и медиации. – Волгоград: ФГОУ ВПО «Волгоградская академия государственной службы», 2011. – С. 76–78.
17. Максудов Р.Р. Восстановительная медиация: идея и технология: Метод. рек. – М.: Ин-т права и публичной политики, 2009. – (Методы работы с несовершеннолетними правонарушителями).
18. О медиации: Закон Республики Казахстан, 28 янв. 2011 г., № 401-IV // Казахстанская правда: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=04918&all=all.
19. Проект Закона Республики Беларусь «О медиации» / Проекты законов // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http: // www.pravo.by/main.aspx?guid=3941&p0=2012058001.
20. Сесар К. Карательное отношение общества: Реальность и миф // Правоведение. – 1998. – № 4. – С. 162–171.
21. Смирнова И.Г. Медиация: тернистый путь в уголовном судопроизводстве // Право: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.lib.tsu.ru/mminfo/000063105/350/image/350-132.pdf.
22. Шамликашвили Ц.А. Ответственность медиатора: за что отвечает медиатор в процессе урегулирования спора и за что он отвечать не должен // Центр медиации и права: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.mediacia.com/wp/70-mlaw_ev_b-406.html.
23. Шамликашвили Ц.А. Юридическое сопровождение процедуры медиации // Корпоративный юрист. – 2009. – № 2. – С. 25.

24. Перспективы развития медиации в Республике Башкортостан: Обзор круглого стола // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 2 (3). – С. 9–11.

References (transliterated)

1. Soyer J-Cl. Droit penal et procedure penale. – Paris, 1992. – R. 246.

2. Arutjunjan A.A. Mediacija v ugolovnom processe: Avtoref. dis. … kand. jurid. nauk. – M., 2012.

3. Bessonova V.V. Mediacija kak sposob provedenija peregovorov v konstruktivnom duhe // Predprinimatel'stvo i pravo: informacionno-politicheskij portal: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http: www.lexandbusiness.ru/view-article.php.id=903.

4. Blashhenko M.P. Mediacija v Kazahstane – pervyj opyt vnedrenija i primenenija // Specializirovannyj mezhrajonnyj jekonomicheskij sud Karagandinskoj oblasti: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http:// karsmes.kz/?page_id=501&lang=ru.

5. Vladimirova O.V. Perspektivy razvitija mediacii v Rossii i Ukraine // Belgorodskij universitet kooperacii, jekonomiki i prava: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://www.sworld.com.ua/konfer27/451.pdf.

6. Golovko L.V. Institut ugolovno-pravovoj mediacii i ego perspektivy v Rossijskoj Federacii // Zakon. – 2009. – № 4. – S. 127.

7. Eremenko G. Mediacija v Ukraine: «za» i «protiv» // Jurist & Zakon: informacionno-politicheskij portal: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/EA002546.html.

8. Zagajnova S.K. Sovremennye problemy i perspektivy razvitija prakticheskoj mediacii v Rossii // Razvitie mediacii v Rossii: teorija, praktika, obrazovanie: Sb. statej / Pod red. E.I. Nosyrevoj, D.G. Fil'chenko. – M.: Berlin, 2012.

9. Zajceva L. Primirenie s poterpevshim – al'ternativnyj sposob uregulirovanija ugolovno-pravovyh konfliktov // Sudovy vesnik. – 2011. – № 3. – S. 71–78.

10. Zajceva L.L. Institut primirenija v ugolovnom processe Respubliki Belarus' // [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://elib.bsu.by/bitstream/123456789/12572/1/16.pdf.

11. Zer H. Vosstanovitel'noe pravosudie: novyj vzgljad na prestuplenie i nakazanie: Per. s angl. / Obshh. red. L.M. Karnozovoj; komment. L.M. Karnozovoj i S.A. Pashina. – M.: MOO Centr «Sudebno-pravovaja reforma», 2002.

12. Kamenkov V.S. Osnovnye polozhenija proekta zakona «O mediacii» // Vestnik Vysshego Hozjajstvennogo Suda Respubliki Belarus'. – 2013. – № 2. – S. 82–85.

13. Karjagina O.V. Perspektivy mediacii v rossijskom ugolovnom processe: zarubezhnyj opyt primiritel'nyh procedur // Rossijskaja justicija. – 2011. – № 6. – S. 66–68.

14. Kovalenko E.I. Pravovye aspekty mediacii kak vnesudebnoj (al'ternativnoj) procedury razreshenija sporov // Justycyja Belarusi. – 2013. – № 4. – S. 49–53.

15. Krasheninnikov P.V. Pochemu posredniku nuzhna svoja bukva zakona? // Mediacija i pravo. – 2007. – № 2 (4). – S. 13–20.

16. Luk'janovskaja O.V., Mel'nichenko R.G. Osnovy juridicheskoj konfliktologii i mediacii. – Volgograd: FGOU VPO «Volgogradskaja akademija gosudarstvennoj sluzhby», 2011. – S. 76 –78.

17. Maksudov R.R. Vosstanovitel'naja mediacija: ideja i tehnologija: Metod. rek. – M.: In-t prava i publichnoj politiki, 2009. – (Metody raboty s nesovershennoletnimi pravonarushiteljami).

18. O mediacii: Zakon Respubliki Kazahstan, 28 janv. 2011 g., № 401-IV // Kazahstanskaja pravda: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://www.pavlodar.com/zakon/?dok=04918&all=all.

19. Proekt Zakona Respubliki Belarus' «O mediacii» / Proekty zakonov // Nacional'nyj pravovoj internet-portal Respubliki Belarus': [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http: // www.pravo.by/main.aspx?guid=3941&p0=2012058001.

20. Sesar K. Karatel'noe otnoshenie obshhestva: Real'nost' i mif // Pravovedenie. – 1998. – № 4. – S. 162–171.

21. Smirnova I.G. Mediacija: ternistyj put' v ugolovnom sudoproizvodstve // Pravo: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://www.lib.tsu.ru/mminfo/000063105/350/image/350-132.pdf.

22. Shamlikashvili C.A. Otvetstvennost' mediatora: za chto otvechaet mediator v processe uregulirovanija spora i za chto on otvechat' ne dolzhen // Centr mediacii i prava: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://www.mediacia.com/wp/70-mlaw_ev_b-406.html.

23. Shamlikashvili C.A. Juridicheskoe soprovozhdenie procedury mediacii // Korporativnyj jurist. – 2009. – № 2. – S. 25.

24. Perspektivy razvitija mediacii v Respublike Bashkortostan: Obzor kruglogo stola // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 2 (3). – S. 9–11.

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Jus est ars boni et aequi

ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru info@eurasniipp.ru +7-903-31-257-90

Рагулин А.В.

ПРОТИВОРЕЧИЯ МЕЖДУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ ОБ АДВОКАТУРЕ И УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ РОССИИ В ЧАСТИ РЕГЛАМЕНТАЦИИ ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ПРАВ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА И ИХ ПРЕОДОЛЕНИЕ

Цель: *Выявление коллизий между законодательством об адвокатуре и уголовно-процессуальным законодательством России по вопросам, связанным с регламентацией профессиональных прав адвоката-защитника, и формирование рекомендаций по их преодолению.*

Методология: *Использовались формально-юридический метод и метод теоретического моделирования.*

Результаты: *Автором сформулированы предложения по разрешению коллизий между законодательством об адвокатуре и уголовно-процессуальным законодательством России применительно к таким профессиональным правам адвоката-защитника, как право на непосредственное участие в процессе доказывания, право на привлечение специалиста, право на беспрепятственные встречи с доверителем, право фиксировать информацию, содержащуюся в материалах уголовного дела, право совершать иные действия, не противоречащие законодательству, и др. Формулируется основное правило преодоления коллизий между законодательством об адвокатуре и уголовно-процессуальным законодательством России, согласно которому при определении объема и содержания профессиональных прав адвоката-защитника правоприменителям необходимо руководствоваться положением о приоритете норм законодательства об адвокатуре.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья обладает высокой научной ценностью и имеет практическую значимость, поскольку является одной из первых попыток рассмотреть вопрос о преодолении коллизий между законодательством об адвокатуре и уголовно-процессуальным законодательством России.*

Ключевые слова: *адвокатура, уголовный процесс, законодательство, коллизии, преодоление коллизий, профессиональные права адвоката.*

Ragulin A.V.

CONTRADICTIONS BETWEEN THE LEGISLATION ON LEGAL PROFESSION AND THE CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION OF RUSSIA REGARDING A REGULATION OF PROFESSIONAL PRIVILEGES OF THE ADVOCATE-DEFENDER AND THEIR OVERCOMING

Purpose: *Identification of collisions between the legislation on legal profession and the criminal procedure legislation of Russia on the questions connected with a regulation of professional privileges of the advocate-defender and their overcoming.*

Methodology: *Formal-legal method and method of theoretical modeling were used.*

Results: *The author formulated offers on permission of collisions between the legislation on legal profession and the criminal procedure legislation of Russia in relation to such professional privileges of the advocate-defender as the right for direct participation in proof process, the right for involvement of the expert, the right for free meetings with the principal, the right to fix information containing in materials of criminal case, the right to make other actions which are not contradicting the legislation, etc. The basic rule of overcoming of collisions between the legislation on legal profession and the criminal procedure legislation of Russia according to which it need to be guided by the provision on a priority of standards of the legislation on legal profession is formulated.*

Novelty/originality/value: *Article possesses high scientific value and has the practical importance as is one of the first attempts to consider a question of overcoming of collisions between the legislation on legal profession and the criminal procedure legislation of Russia.*

Keywords: *legal profession, criminal procedure, legislation, collisions, overcoming of collisions, professional privileges of the advocate-defender.*

Латинский термин «collisio» в юридической литературе трактуется как столкновение противоположных сил, стремлений или интересов. Исходя из этого, под юридическими коллизиями следует понимать расхождение или противоречие между отдельными нормами, актами, регулирующими одни и те же или смежные общественные отношения, а также противоречия, возникающие в процессе правоприменения и осуществления государственными органами и должностными лицами своих полномочий [55].

В литературе обоснованно обращается внимание на существование значительного количества коллизий между положениями ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – Закон об адвокатуре) и

процессуальным законодательством и отмечается, что они имеют место в связи с тем, что отраслевое законодательство не отражает специфику адвокатской деятельности, и при этом должностные лица игнорируют нормы специального законодательного акта, в которых эта специфика отражена, и руководствуются только нормами отраслевых кодексов и законов [8, 40].

Выделяется два основных способа разрешения коллизий: устранение коллизий, предполагающее разрешение коллизий окончательно, а также преодоление коллизий, т. е. разрешение их в конкретном случае в процессе правоприменительной деятельности.

Устранение коллизий возможно на законодательном уровне путем отмены одной или всех конфликтующих норм либо изменения одной или всех коллизирующих норм таким образом, чтобы они не вступали в конфликт, или путем устранения пробельности закона.

Для преодоления коллизий необходимо создание коллизионного механизма, состоящего из системы коллизионных предписаний, с помощью которых правоприменитель может преодолеть любую разновидность коллизий в праве [31].

Приоритетной формой следует считать устранение коллизий именно на законодательном уровне, а пока этого не сделано, их следует устранять на уровне правоприменения, при этом следует использовать систематическое толкование положений соответствующих правовых актов [58].

Согласно положениям ч. 1 ст. 4 Закона об адвокатуре, законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре состоит из настоящего Федерального закона, других федеральных законов, принимаемых в соответствии с федеральными законами нормативных правовых актов Правительства Российской Федерации и федеральных органов исполнительной власти, регулирующих указанную деятельность, а также из принимаемых в пределах полномочий, установленных настоящим Федеральным законом, законов и иных нормативных правовых актов субъектов Российской Федерации.

В то же время отечественное процессуальное законодательство содержит положения о его приоритетности над иными нормами федерального законодательства. Так, например, согласно ст. 7 УПК РФ суд, прокурор, следователь, орган дознания и дознаватель не вправе применять федеральный закон, противоречащий настоящему Кодексу (ч. 1); суд, установив в ходе производства по уголовному делу несоответствие федерального закона или иного нормативного правового акта настоящему Кодексу, принимает решение в соответствии с настоящим Кодексом (ч. 2). Содержание ст. 7 УПК РФ обусловливает существующую в правоприменительной практике проблему, при которой положения Закона об адвокатуре не применяются в случае, если они, по мнению следователя, прокурора или судьи, противоречат положениям УПК РФ.

Вместе с этим в юридической литературе неоднократно высказывалось мнение о том, что поскольку положения процессуального законодательства являются нормативно-правовыми актами общего характера, а Закон об адвокатуре является равным по юридической силе нормативно-правовым актом специального назначения, в силу правил конкуренции правовых норм общего и специального характера должны применяться нормы, содержащиеся в специальном законе, т. е. нормы, установленные Законом об адвокатуре [19]. Аналогичная позиция была высказана специалистами в области теории права: «…при коллизии между общим и специальным актом, если они приняты одним органом, то применяется последний» [30].

Основываясь на позиции о приоритете «специального» закона над «общим», Конституционный Суд РФ в своем Определении от 8 ноября 2005 г. № 439-О отметил, что «приоритет Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации перед другими федеральными законами не является безусловным. В частности, он может быть ограничен правилами о том, что в случае коллизии между различными законами равной юридической силы приоритетными признаются последующий закон и закон, который специально предназначен для регулирования соответствующих отношений. Более того, о безусловном приоритете норм уголовно-процессуального законодательства не может идти речь и в случаях, когда в иных (помимо Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, закрепляющего общие правила уголовного судопроизводства) законодательных актах устанавливаются дополнительные гарантии прав и законных интересов отдельных категорий лиц, обусловленные, в том числе, их особым правовым статусом. Разрешение же в процессе правоприменения коллизий между различными правовыми актами должно осуществляться, исходя из того, какой из этих актов предусматривает больший объем прав и свобод граждан и устанавливает более широкие их гарантии» [4]. Аналогичная позиция изложена и в Определении КС РФ от 21 октября 2008 г.

№ 673-О-О [4]. На основании вышеизложенного, нормы Закона об адвокатуре являются исходным началом для определения правовых основ и последующей реализации профессиональных прав адвоката-защитника. Поэтому при возникновении различного рода коллизий, в случае если в УПК РФ установлен меньший, чем в Законе об адвокатуре, объем прав адвоката-защитника, правоприменителям необходимо руководствоваться положением о приоритете норм Закона об адвокатуре.

Приведенная выше правовая позиция, сформулированная Конституционным Судом РФ, должна применяться и в отношении положений КоАП РФ, ГПК РФ и АПК РФ. Вместе с этим, учитывая позицию Конституционного Суда РФ, представляется необходимым внесение дополнений в положения процессуального законодательства, с тем, чтобы его нормы позволяли адвокатам в полной мере использовать положения Закона об адвокатуре в ходе осуществления практической деятельности. В то же время, если положения соответствующих актов расширяют профессиональные права адвоката [48, 49, 50] или иным образом улучшают его процессуальное положение по сравнению с Законом об адвокатуре, применению подлежат соответствующие процессуальные нормы.

Анализ юридической литературы и практики осуществления адвокатской деятельности показывает, что основные противоречия между положениями УПК РФ и Закона об адвокатуре лежат в сфере обеспечения гарантий независимости адвоката и правовой регламентации профессиональных прав адвоката-защитника.

1. В соответствии с ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре проведение оперативно-розыскных мероприятий и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения.

Наиболее ярко несоблюдение установлений ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре проявляется при проведении в помещении адвокатского образования так называемого «обыска в случаях, не терпящих отлагательства». В литературе по этому поводу отмечается, что установленное ч. 5 ст. 165 УПК РФ право следователя в исключительных случаях, когда осмотр жилища, обыск и выемка в жилище, а также личный обыск не терпят отлагательства, производить такие следственные действия на основании постановления без получения судебного решения с последующим уведомлением о таком действии судьи в отношении адвоката недопустимо, поскольку Закон об адвокатуре содержит императивную норму о получении предварительного разрешения суда на совершение следственного действия в отношении адвоката [11, 53]. Эта же позиция нашла свое отражение в определениях Конституционного Суда РФ, согласно которым положения статей 7, 29 и 182 УПК РФ в их конституционно-правовом истолковании, вытекающем из сохраняющих свою силу решений КС РФ, и в системном единстве с положениями п. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре не предполагают возможность производства обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования без принятия об этом специального судебного решения [34]. Таким образом, обыск в жилище адвоката, как и обыск в помещении адвокатского образования, во всех случаях должен сопровождаться предварительным судебным санкционированием, в противном случае он должен быть признан незаконным со всеми вытекающими отсюда правовыми последствиями.

Между тем в литературе отмечается [10], что в ч. 2 ст. 29 УПК РФ, в которой представлен исчерпывающий перечень проводимых в досудебном производстве по решению суда принудительных действий, не указывается на производство обыска в служебном помещении адвоката или адвокатского образования, что, несмотря на приведенное выше Определение КС РФ, на практике способствует распространению случаев производства обыска в помещении адвокатских образований без наличия специального судебного решения, вынесенного по этому поводу [1, 22, 23, 24, 25, 32].

Поскольку существует устойчивая тенденция игнорирования должностными лицами (на основании п. 1 ст. 7 УПК РФ) соответствующих норм Закона об адвокатуре, то адвокатский иммунитет и нерушимость адвокатской тайны необходимо обеспечить при помощи внесения изменений и дополнений в соответствующие нормы УПК РФ. Только в этом случае появится возможность преодолеть существующие пороки правоприменительной практики [40].

2. В соответствии с ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре полученные в ходе оперативно-розыскных мероприятий или следственных действий (в том числе после приостановления или прекращения статуса адвоката) сведения, предметы и документы могут быть использованы в качестве доказательств обвинения только в тех случаях, когда они не входят в производство адвоката по делам его доверителей. Указанные ограничения не распространяются на орудия преступления, а также на

предметы, которые запрещены к обращению или оборот которых ограничен в соответствии с законодательством РФ.

Понятие «производство адвоката» является синонимом по отношению к терминам «адвокатское досье», «адвокатское производство», и можно определить его как совокупность сведений (выраженных на материальных и иных носителях), предметов и документов, полученных адвокатом в связи с оказанием юридической помощи своему доверителю [5]. Несмотря на положения Закона об адвокатуре, в нормах УПК РФ, регламентирующих основания и порядок признания доказательств недопустимыми, не имеется указания на обстоятельства, приведенные в ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре, что, как показывает изучение материалов правоприменительной практики, существенным образом усложняет реализацию положений соответствующей нормы [45, 46].

Определенной преградой на пути к признанию доказательств недопустимыми является законодательная конструкция, употребленная в ч. 1 ст. 75 УПК РФ, согласно которой «доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса, являются недопустимыми». В ч. 2 ст. 75 УПК РФ указано, что к недопустимым доказательствам относятся «показания подозреваемого, обвиняемого, данные в ходе досудебного производства по уголовному делу в отсутствие защитника, включая случаи отказа от защитника, и не подтвержденные подозреваемым, обвиняемым в суде, показания потерпевшего, свидетеля, основанные на догадке, предположении, слухе, а также показания свидетеля, который не может указать источник своей осведомленности, иные доказательства, полученные с нарушением требований настоящего Кодекса».

Очевидно, что использованная законодательная конструкция позволяет признать полученные в ходе ОРМ или следственных действий сведения, предметы и документы в качестве доказательств обвинения даже в случаях, когда они входят в производство адвоката по делам его доверителей, поскольку в ст. 75 УПК РФ идет речь лишь о нарушениях норм УПК РФ при собирании доказательств, а о возможности признания недопустимыми доказательств, полученных с нарушением ч. 3 ст. 18 Закона об адвокатуре или любого другого закона, в ней речь нет. Полагаем, что данная коллизия должна быть устранена.

3. В соответствии с ч. 2 ст. 8 Закона об адвокатуре адвокат не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с её оказанием. Несмотря на кажущуюся однозначность возможного толкования вышеприведенного положения, реализация его на практике сопряжена со значительным количеством сложностей.

На основании п. 2 и 3 ч. 3 ст. 56 УПК РФ не подлежат допросу в качестве свидетелей: адвокат, защитник подозреваемого, обвиняемого – об обстоятельствах, ставших ему известными в связи с обращением к нему за юридической помощью или в связи с её оказанием, а также адвокат – об обстоятельствах, которые стали ему известны в связи с оказанием юридической помощи.

Нетрудно заметить, что в то время как на основании ст. 8 Закона об адвокатуре следует прийти к выводу о незаконности как допроса адвоката (в том числе адвоката-защитника), так и его вызова на допрос, исходя из содержания ст. 56 УПК РФ следует, что вызов на допрос как адвоката-защитника, так и адвоката, может быть осуществлен.

Вместе с этим, исходя из содержания ч. 1 ст. 56 УПК РФ, статус свидетеля связан не только с тем, что лицу могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела, но и с вызовом для дачи показаний. Таким образом, получается, что вызов лица на допрос уже придает ему статус свидетеля, а вызов адвоката на допрос, как мы уже отметили, УПК РФ не запрещен.

Вышеописанное рассогласование между Законом об адвокатуре и УПК РФ повлекло то, что факты вызовов и допросов адвокатов (в том числе адвокатов-защитников) по уголовным делам в отношении их доверителей, а затем их отстранение от участия в защите по уголовному делу в последнее время стали распространенным явлением [7].

Проблемы, связанные с вызовом и допросом адвоката (в том числе и адвоката-защитника) в качестве свидетеля, неоднократно становились предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ, в результате чего были сформированы следующие правовые позиции. В п. 6 Постановления Конституционного Суда РФ от 20 февраля 1996 г. № 5-П указано: «Из неотъемлемого права каждого человека на защиту себя и своих близких, права каждого человека не свидетельствовать против самого себя и не быть принуждаемым к даче таких показаний вытекает, что, как в части 1, так и в части 2 статьи 51, в число лиц, которые освобождаются от обязанности давать свидетельские показания, включаются те, кто обладает доверительной информацией, будь то в силу родственных связей или по роду своей профессиональной деятельности (адвокат, священник и т. д.)» [42].

Адвокат, независимо от времени и обстоятельств получения конфиденциальной информации в процессе профессиональной деятельности в рамках отношений с клиентом по оказанию ему квалифицированной юридической помощи, не может быть допрошен в качестве свидетеля. Возможность принудительного допроса в качестве свидетеля адвоката, допущенного в качестве защитника по уголовному делу, является незаконной и влечет признание нарушения права обвиняемого на защиту. Эту позицию занял Конституционный Суд РФ в Определении № 128-О от 6 июля 2000 г.[33].

Таким образом, адвокат-защитник, исполняющий соответствующие обязанности, не может быть вызван и допрошен в качестве свидетеля.

Вместе с этим, положения п. 2 ч. 3 ст. 56 УПК РФ, освобождающие адвоката от обязанности свидетельствовать о ставших ему известными обстоятельствах в случаях, когда это вызвано нежеланием разглашать конфиденциальные сведения, не исключают права адвоката-защитника (прекратившего исполнение обязанностей защитника) дать показания по уголовному делу, когда сам адвокат и его подзащитный заинтересованы в оглашении тех или иных сведений, полученных в связи с оказанием юридической помощи, но при условии изменения впоследствии его статуса и соблюдения прав и законных интересов доверителя [38].

Эта позиция КС РФ нашла свое развитие в Определении от 16 июля 2009 г. № 970-0-0 по жалобе гр-на А.М. Гаврилова. В нем КС РФ указал, что суд вправе допрашивать адвоката относительно нарушений УПК РФ, имевших место при проведении предварительного расследования, поскольку «такие сведения не могут рассматриваться как адвокатская тайна» [36]. Аналогичное мнение высказано в Определении Конституционного Суда РФ от 23 сентября 2010 г. № 1147-О-О [37]. Представляется, что последовательность Конституционного Суда РФ должна способствовать формированию единства правоприменительной практики.

Таким образом, адвокат, продолжающий оказывать доверителю юридическую помощь, а также адвокат-защитник, исполняющий данную функцию, несмотря на положения УПК РФ, не может быть ни вызван, ни допрошен в качестве свидетеля. Адвокат-защитник, прекративший исполнять соответствующую функцию, и адвокат может быть допрошен в качестве свидетеля по ходатайству его бывшего доверителя (и) или подзащитного при наличии согласия самого адвоката на дачу показаний в качестве свидетеля.

4. Анализ действующего законодательства позволяет выделить в числе профессиональных прав адвоката-защитника право на допуск к участию в уголовном судопроизводстве по конкретному уголовному делу при предъявлении удостоверения адвоката и ордера (ч. 3 и 5 ст. 15 Закона об адвокатуре, ч. 2 и 4 ст. 49 УПК РФ).

Согласно ч. 1 и 2 ст. 50 УПК РФ защитник приглашается подозреваемым, обвиняемым, его законным представителем, а также другими лицами по их поручению или с их согласия. По просьбе подозреваемого, обвиняемого участие защитника обеспечивается дознавателем, следователем или судом. При этом в УПК не конкретизируется, когда и каким именно образом должностные лица, осуществляющие уголовное судопроизводство, обеспечивают явку защитника, о вызове которого заявляет просьбу подозреваемый (обвиняемый). Таким образом, УПК РФ не содержит в себе четко прописанного механизма реализации права лица на приглашение защитника и, как следствие, права адвоката-защитника на вступление в уголовное дело.

Очевидно, что для вступления в уголовный процесс и для реализации предоставленных ему профессиональных прав защитник должен быть заранее уведомлен о задержании его подзащитного, месте его нахождения, месте и времени производства следственных действий, чтобы иметь возможность до их начала встретиться со своим подзащитным, а также спланировать свое рабочее время. Кроме того, правоприменительной практике известны случаи проведения следственных действий без участия защитника, о приглашении которого ходатайствует подозреваемый (обвиняемый) [47], а также случаи сокрытия от адвоката-защитника места нахождения его подзащитного, что является грубейшим нарушением ст. 16, 47, 49, 50, 51 УПК РФ [3, 54].

В силу положений, установленных приведенными выше статьями УПК РФ, лицо, ведущее производство по уголовному делу, должно создать все необходимые условия для работы адвоката-защитника, а именно: сообщить о задержании и месте нахождения его подзащитного, уведомить о времени и месте производства следственных действий, в которых тот вправе участвовать, а в случаях, когда адвокат в намеченное время занят в другом деле, по согласованию с ним перенести следственное действие на другое время и (или) дату. Несмотря на то, что прямого указания в тексте УПК о подобном уведомлении следователем адвоката-защитника нет, в одном из своих постановлений Верховный суд РФ указал, что о

предстоящих следственных действиях защитник должен быть заранее извещен [13, 14, 55].

Уведомление защитника о времени и месте производства следственных действий следует рассматривать как обеспечение ему возможности осуществить свое право на участие в доказывании по делу, при этом, как правильно отмечается в литературе, закон не устанавливает каких-либо условий (например, в виде ходатайств или заявлений защитника) для выполнения следователем своей обязанности [29]. Представляется необходимым указание в ст. 49 УПК РФ на обязанность заблаговременного уведомления защитника, избранного подозреваемым (обвиняемым), о необходимости приступить к участию в уголовном деле.

5. Важной проблемой, активно обсуждаемой в научных работах и в среде практикующих юристов, является поиск ответа на вопрос о том, что же именно в ходе своей защитительной деятельности собирает и представляет адвокат-защитник: доказательства или доказательственную информацию. Анализ исследований, посвященных этим проблемам, позволил выделить две основные точки зрения по данному вопросу:

1. Адвокат имеет право самостоятельно собирать доказательства.

2. Адвокат собирает лишь сведения, служащие информационной основой для дальнейшего формирования доказательств.

Представляется, что истоки спора о том, вправе ли адвокат-защитник собирать доказательства, лежат в противоречивости содержащихся в УПК РФ и Законе об адвокатуре нормативных положений. Согласно ст. 74 УПК РФ доказательствами по уголовному делу являются любые сведения, на основе которых суд, прокурор, следователь, дознаватель в порядке, определенном УПК РФ, устанавливает наличие или отсутствие обстоятельств, подлежащих доказыванию при производстве по уголовному делу, а также иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела. В качестве доказательств допускаются показания подозреваемого, обвиняемого; показания потерпевшего, свидетеля; заключение и показания эксперта; заключение и показания специалиста; вещественные доказательства; протоколы следственных и судебных действий; иные документы.

В соответствии с п. 2–3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ адвокат имеет право собирать и представлять доказательства, необходимые для оказания юридической помощи, в порядке, установленном ч. 3 ст. 86 УПК РФ.

Содержание ч. 3 ст. 86 УПК РФ позволяет говорить о том, что защитник вправе собирать доказательства путем: получения предметов, документов и иных сведений, опроса лиц с их согласия, истребования справок, характеристик, иных документов от органов государственной власти и местного самоуправления, общественных объединений и организаций, которые обязаны предоставлять запрашиваемые документы или их копии.

Положения ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре позволяют констатировать, что адвокат вправе:

1) собирать сведения, необходимые для оказания юридической помощи, в том числе запрашивать справки, характеристики и иные документы от органов государственной власти, органов местного самоуправления, а также общественных объединений и иных организаций;

2) опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь;

3) собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации;

4) привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи.

Анализ вышеприведенных норм позволяет прийти к следующим выводам:

1. В ст. 53 УПК РФ указано, что адвокат имеет право собирать и представлять доказательства по правилам, описанным в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, однако согласно ч. 3 ст. 86 УПК РФ адвокат вправе лишь собирать доказательства, а о праве адвоката представлять их в этой статье закона ничего не говорится.

2. Законодатель не установил процессуальный порядок производства действий адвоката, описанных в ч. 3 ст. 86 УПК РФ, по собиранию и представлению доказательств.

3. В Законе об адвокатуре, в отличие от УПК РФ, не упоминается о праве адвоката собирать доказательства, а говорится о праве собирать сведения и собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством РФ.

Несмотря на наличие вышеуказанных рассогласований, практика адвокатской деятельности показывает, что предусмотренные в российском законодательстве способы собирания адвокатами доказательственной информации используются достаточно широко, хотя правоприменительная

практика показывает, что адвокат фактически не имеет права собирать доказательства, но имеет возможность собирать информацию об источниках доказательств, которая после её процессуальной проверки путем проведения следственных действий может быть признана доказательством.

Учитывая изложенное, следует предложить следующие варианты решения проблемы регламентации профессионального права адвоката на непосредственное участие в доказывании.

Первый вариант заключается в закреплении в положениях действующего законодательства норм, регламентирующих процессуальный порядок собирания и представления адвокатом доказательств, а также в указании в них на то, что адвокат имеет право представлять доказательства. Этот вариант решения рассматриваемой проблемы позволит адвокату-защитнику собирать и представлять доказательства, которые не требуют дополнительной процессуальной проверки, но, разумеется, требуют своей оценки в совокупности с другими доказательствами.

Второй вариант разрешения рассматриваемой проблемы, на наш взгляд, наиболее оптимальный в современных условиях, может заключаться в приведении п. 2–3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ и ч. 3 ст. 86 УПК РФ в соответствие с положениями ст. 6 Закона об адвокатуре, т. е. в изложении этих норм таким образом, чтобы в них указывалось не на право адвоката собирать (представлять) доказательства, а на право адвоката собирать доказательственную информацию, которая по ходатайству адвоката может быть предоставлена следователю (дознавателю) и суду для проверки и процессуального закрепления.

Оптимальным является именно второй вариант, потому что он не потребует коренной перестройки положений УПК РФ и правоприменительной практики, поскольку, согласно ч. 2 ст. 74 УПК РФ, среди источников доказательств в УПК РФ не упоминается ни опросов лиц, ни предметов и документов, собранных и представленных адвокатом-защитником. Есть лишь показания лиц, происхождение которых основано на производстве следственных действий, и вещественные доказательства, которыми признаются предметы только в случае, если они исследовались следователем и приобщены к делу его специальным постановлением (ст. 81 УПК РФ). Существуют и «иные документы», которые, исходя из текста УПК РФ, приобщаются к делу лишь по усмотрению должностного лица, осуществляющего процедуру судопроизводства (ст. 84 УПК РФ). Кроме того, в случае придания материалам, собранным адвокатами, статуса доказательств приоритет в любом случае будет отдан доказательствам, собираемым следователем или дознавателем.

Вместе с этим, согласно ст. 159 УПК РФ, защитнику не может быть отказано в допросе свидетелей, производстве судебной экспертизы и других следственных действий, если обстоятельства, об установлении которых он ходатайствует, имеют значение для данного уголовного дела. Эта норма в настоящее время является единственной гарантией того, что доказательственная информация, положенная в основу соответствующего ходатайства адвоката-защитника, будет использоваться в доказывании по уголовному делу. Несмотря на наличие этой нормы, злободневной проблемой является игнорирование её положений должностными лицами, осуществляющими производство по делу. Так, более 60 % из 500 опрошенных нами адвокатов указали, что они иногда сталкивались с игнорированием ходатайств, о которых идет речь в ч. 2 ст. 159 УПК РФ, причем 29 % адвокатов указали, что постоянно встречаются с отказом в удовлетворении тех ходатайств, в удовлетворении которых не может быть отказано. Результаты опросов подтверждаются и данными, приводимыми в литературе [6, 39].

Вышеописанная правоприменительная проблема существует, прежде всего, из-за низкой правовой культуры и даже правового нигилизма отдельных представителей правоохранительных органов, а также из-за отсутствия процессуальной санкции за описанные выше действия должностных лиц, осуществляющих предварительное расследование. Очевидно, что для борьбы с этим незаконным явлением, по сути являющимся злоупотреблением процессуальными правами со стороны этих лиц, а одновременно и грубым попранием права на защиту и законное досудебное и судебное разбирательство, в законодательстве, регламентирующем процедуру судопроизводства, должна содержаться процессуальная санкция за подобные действия. Только в этом случае второй из предложенных вариантов решения проблемы регламентации права адвоката-защитника на участие в процессе доказывания может быть признан имеющим право на существование.

6. В п. 4 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре указывается, что адвокат вправе привлекать на договорной основе специалистов для разъяснения вопросов, связанных с оказанием юридической помощи. В п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ также отмечается профессиональное право адвоката-защитника привлекать специалиста в соответствии со ст. 58 УПК РФ. Однако при действующей редакции

ст. 58 УПК РФ законодатель по непонятным причинам оставил без регламентации процессуальные аспекты привлечения специалиста к участию в деле со стороны адвоката-защитника и, тем самым, создал коллизию.

В п. 4 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре и п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ законодатель указал на право адвоката-защитника привлекать специалиста, при этом в ч. 2 ст. 58 УПК РФ он определил, что вызов специалиста и порядок его участия в уголовном судопроизводстве определяются статьями 168 и 270 УПК РФ. Но в этих нормах законодатель ни слова не сказал о том, что специалист может быть привлечен к участию в уголовном деле по инициативе адвоката-защитника. Так, в ст. 168 УПК РФ законодатель указал: «Следователь вправе привлечь к участию в следственном действии специалиста в соответствии с требованиями части пятой статьи 164 настоящего Кодекса. Перед началом следственного действия, в котором участвует специалист, следователь удостоверяется в его компетентности, выясняет его отношение к подозреваемому, обвиняемому и потерпевшему, разъясняет специалисту его права и ответственность, предусмотренные статьей 58 настоящего Кодекса». В ст. 270 УПК РФ законодатель указал: «…председательствующий разъясняет специалисту его права и ответственность, предусмотренные статьей 58 настоящего Кодекса, о чем специалист дает подписку, которая приобщается к протоколу судебного заседания». В связи с изложенным получается, что не только доказательственный статус заключения специалиста, установленный ч. 2 ст. 74 УПК РФ, но даже сама уголовно-процессуальная возможность привлечения адвокатом-защитником специалиста оказывается под сомнением.

Необходимо отметить, что в юридической литературе, рассматривая положения ст. 53, 58 и 168 УПК РФ, исследователи обращают внимание на то, что в настоящее время защитник, наряду со следователем, наделен правом привлекать специалиста к участию в следственных действиях для осуществления последним функций, возложенных на него законом. Из этого можно сделать вывод: следователь не может воспрепятствовать участию в следственном действии специалиста, приглашенного защитником, за исключением случаев, прямо указанных в УПК РФ (ст. 62 УПК РФ) [27].

Право защитника привлекать специалиста для участия в следственных и иных процессуальных действиях является одним из средств его участия в процессе собирания (формирования) доказательств, а само участие в этом специалиста служит способом реализации правомочий защитника, предусмотренных ч. 3 ст. 86 УПК РФ. И если в ч. 1 ст. 168 УПК РФ говорится только о следственных действиях, то ч. 1 ст. 58 УПК РФ предусматривает возможность использования помощи специалиста во всех процессуальных действиях, что, исходя из буквального толкования положений УПК РФ, позволяет привлекать специалиста к любому процессуальному действию, производимому с участием защитника.

Несколько иные правила установлены для привлечения специалиста адвокатом-защитником в судебном разбирательстве. Согласно ч. 4 ст. 271 УПК РФ суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе лица в судебном заседании в качестве свидетеля или специалиста, явившегося в суд по инициативе сторон, что является залогом реальной состязательности в суде при рассмотрении уголовных дел.

Наряду с этим, пробелом процессуально-правового регламентирования вопросов участия специалиста в уголовном процессе, а как следствие этого, и привлечения специалиста адвокатом-защитником, является то, что в УПК РФ отсутствует закрепление процессуального механизма получения показаний специалиста и совокупности требований, предъявляемых к его заключению. Отсутствие указанной процессуально-правовой регламентации снижает доказательственную ценность показаний и заключения специалиста и, следовательно, не позволяет в полной мере реализовывать профессиональное право адвоката-защитника на привлечение специалиста.

7. На основании п. 5 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре адвокат вправе беспрепятственно встречаться со своим доверителем наедине в условиях, обеспечивающих конфиденциальность (в том числе в период его содержания под стражей), без ограничения числа свиданий и их продолжительности.

Сопоставительный анализ положений УПК РФ и Закона об адвокатуре позволяет сделать вывод о том, что п. 3 ч. 4 ст. 46 и ч. 4 ст. 92 УПК РФ вступают в противоречие с п. 5 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, поскольку в них, с одной стороны, не содержится указание на то, что свидания адвоката-защитника с подозреваемым не подлежат ограничению по их числу и продолжительности. С другой стороны, нормы УПК РФ содержат в себе возможность ограничения свидания адвоката-защитника, производимого до первого допроса подозреваемого, интервалом времени, равным двум часам.

В силу того, что положения п. 5 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре содержат больший объем прав,

чем ст. 46, 53 и ст. 92 УПК РФ, а также поскольку Закон об адвокатуре был принят позднее УПК РФ, и его предназначение состоит в специальном регулировании правового положения адвоката-защитника, нормы Закона об адвокатуре имеют приоритет над нормами УПК РФ, позволяющими ограничивать количество и продолжительность свидания адвоката-защитника с его подзащитным.

При разрешении коллизии между ст. 46, 53 и ст. 92 УПК РФ и п. 5 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре приоритет, в силу правовой позиции, сформулированной в Определении КС РФ от 8 ноября 2005 г. № 439-О и Определении от 21 октября 2008 г. № 673-О-О, должен отдаваться п. 5 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, вследствие чего ограничение свиданий адвоката-защитника с подозреваемым по их числу и продолжительности, а также ограничение продолжительности свидания подозреваемого и его защитника на основании ч. 2 ст. 92 УПК РФ является не соответствующим Конституции РФ.

Согласно ст. 18 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» подозреваемым и обвиняемым предоставляются свидания с защитником с момента фактического задержания. Свидания предоставляются наедине и конфиденциально без ограничения их числа и продолжительности, за исключением случаев, предусмотренных УПК РФ. Используемая в законе формулировка о том, что «свидания могут иметь место в условиях, позволяющих сотруднику места содержания под стражей видеть их, но не слышать», породила то, что некоторые ученые и практики полагают, что право на конфиденциальность свидания может быть ограничено, поскольку в ст. 18 указанного выше закона речь идет лишь о сотрудниках мест содержания под стражей, а не о сотрудниках полиции, прокуратуры либо других государственных органов [17, 18]. Кроме того, сторонники этого подхода считают абсолютно законными проведение ОРМ в отношении адвоката или его подзащитного в процессе их конфиденциального свидания, при этом они основывают свою позицию на ряде положений Определения КС РФ по делу Паршуткина [33] и Определения по делу Черновой [35]. Этот подход на практике породил значительное количество фактов прослушивания разговоров адвокатов и их подзащитных, содержащихся в следственных изоляторах, в момент осуществления встреч между ними [2] и справедливую негативную реакцию на подобные действия со стороны представителей адвокатского сообщества [57]. Вряд ли следует согласиться с мнением тех исследователей и работников органов предварительного расследования, которые полагают, что возможность ограничения конфиденциальности свидания адвоката с подзащитным является допустимой. С указанным мнением согласиться нельзя хотя бы потому, что как раз в приводимом ими в обоснование своей позиции Определении Конституционного Суда РФ по делу Паршуткина отмечено, что «разъясняя основные ориентиры понимания и признания таких гарантий, Кодекс поведения для юристов в Европейском сообществе (принят 28 октября 1988 года Советом коллегий адвокатов и юридических сообществ Европейского союза в Страсбурге) относит к сущностным признакам адвокатской деятельности обеспечение клиенту условий, при которых он может свободно сообщать адвокату сведения, которые не сообщил бы другим лицам» [20, 41]. Таким образом, возможность обеспечения доверителю условий, при которых он свободно может сообщать адвокату сведения, является важнейшим признаком адвокатской деятельности, а применительно к рассматриваемому нами вопросу речь идет как раз об этом, т. е. об обеспечении адвокату и его подзащитному условий для конфиденциального общения при отсутствии проведения во время этого общения ОРМ. Очевидно, что отсутствие этих самых условий либо внешнее присутствие их, но наличие тайного проведения в рамках ОРМ прослушивания разговора адвоката с его подзащитным, посягает на сущностные основы адвокатской деятельности, так как вряд ли лицо стало бы делиться с адвокатом информацией по делу, если бы оно знало или допускало возможность, что эта информация не будет сохранена в тайне, что её могут записать, прослушать посторонние лица, а затем в дальнейшем её использовать, пусть и не в целях уголовно-процессуального доказывания.

Следует отметить, что в абз. 5 ст. 18 рассматриваемого ФЗ указывается, что «свидания с родственниками и иными лицами осуществляются под контролем сотрудников мест содержания под стражей и, в случае попытки передачи подозреваемому или обвиняемому запрещенных к хранению и использованию предметов, веществ и продуктов питания либо сведений, которые могут препятствовать установлению истины по уголовному делу или способствовать совершению преступления, прерываются досрочно». Таким образом, закон не предполагает, что контроль за свиданием адвоката с подзащитным может подвергаться прослушиванию или оперативно-розыскному документированию [26, 54] либо

осуществляться иными лицами, кроме сотрудников мест содержания под стражей, что также указывает на несоответствие закону приведенной выше позиции об ограничении конфиденциальности общения адвоката с подзащитным. Кроме того, согласно ч. 3 ст. 8 Закона об адвокатуре проведение ОРМ и следственных действий в отношении адвоката (в том числе в жилых и служебных помещениях, используемых им для осуществления адвокатской деятельности) допускается только на основании судебного решения. Хотя противники нашей позиции могут заявить примерно следующее: «Оперативно-розыскные мероприятия проводятся не в отношении адвоката, а в отношении его подзащитного».

С учетом вышеизложенного представляется, что для обеспечения конфиденциальности встреч адвоката с подзащитным именно в том смысле, который придается этому понятию Конституционным Судом РФ, необходимо указание в абз. 2 ст. 18 ФЗ «О содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых в совершении преступлений» на то, что встречи подозреваемого или обвиняемого с его защитником могут иметь место в условиях, позволяющих не только сотруднику места содержания под стражей, но и иным лицам видеть их, но не слышать. Также требуется установление запрета на проведение ОРМ в отношении адвоката и подзащитного во время встречи адвоката с ним. Подобные уточнения требуется внести и в Закон об адвокатуре.

8. В соответствии с п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре адвокату-защитнику предоставлено право фиксировать (в том числе с помощью технических средств) информацию, содержащуюся в материалах дела, по которому он оказывает юридическую помощь, соблюдая при этом государственную и иную охраняемую законом тайну. Однако профессиональное право адвоката-защитника, обозначенное в п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, в ст. 53 УПК РФ или иных нормах УПК РФ детально не регламентировано, что создает дополнительные сложности в его реализации.

Вместе с этим, согласно п. 1 ч. 11 ст. 53 УПК РФ и положениям п. 7 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, адвокат вправе использовать иные, не запрещенные УПК РФ средства и способы защиты, совершать иные действия, не противоречащие законодательству. Кроме того, в ч. 2 ст. 166 УПК РФ указывается на то, что при производстве следственного действия могут применяться стенографирование, фотографирование, киносъемка, аудио- и видеозапись, а в положениях данной нормы не указывается, что применять их вправе только следователь и не вправе применять адвокат-защитник. В ч. 2 ст. 166 УПК РФ указано, что фотографические негативы и снимки, материалы аудио- и видеозаписи хранятся при уголовном деле. Используемая в этой норме формулировка не исключает возможности предоставления адвокату-защитнику копий с соответствующих фотографий и записей.

Согласно Постановлению КС РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П «отказ защитнику в ознакомлении с материалами следствия, которые были добыты с участием подозреваемого или стали ему известны иным образом до признания его подозреваемым, как и ограничение права защитника выписывать из материалов, с которыми он был ознакомлен до окончания следствия, любые сведения и в любом объеме, не имеют разумного основания, не могут быть оправданы интересами следствия или иными конституционно значимыми целями, допускающими соразмерные ограничения прав и свобод» [43]. Данная позиция применима и к вопросу об использовании адвокатом технических средств как для фиксации и копирования информации (для копирования или фотосъемки материалов уголовного дела), так и для фиксации хода и результатов процессуальных действий, в которых адвокат-защитник принимает участие.

Анализируя содержание положений ст. 166 УПК РФ, отметим, что адвокат-защитник помимо следственных действий в рамках предварительного расследования участвует еще и в процессуальных действиях. В литературе отмечается, что УПК РФ предусматривает три разновидности процессуальных действий: следственные, судебные и иные, предусмотренные УПК [44]. Процессуальные действия, производимые в ходе предварительного расследования, представляют собой действия, не направленные на собирание и проверку доказательств. К этим действиям следует относить, например, ознакомление с материалами уголовного дела, ознакомление с различными постановлениями, содержащими процессуальные решения, и т. п. [9, 12, 21, 28, 59]. При этом положения ст. 6 Закона об адвокатуре и ст. 53 УПК РФ не содержат в себе прямого указания на возможность применения адвокатом-защитником технических средств при проведении процессуальных действий. Вместе с этим, систематическое толкование положений Закона об адвокатуре и УПК РФ позволяет прийти к выводу о том, что использование адвокатом технических средств при участии в следственных или процессуальных действиях и при фиксации их хода и результатов разрешено (или, по крайней мере, не запрещено)

законом, поэтому запреты должностных лиц на использование адвокатом-защитником технических средств в ходе следственных или процессуальных действий не основаны на законе.

Для исключения необоснованных запретов на использование адвокатом технических средств для фиксации хода и результатов следственных и процессуальных действий было бы целесообразно закрепить в Законе об адвокатуре более развернутое описание соответствующего профессионального права в целях исключения ограничительного толкования содержащихся в нем нормативных установлений.

9. В соответствии с п. 6 ч. 1 ст. 53 УПК РФ с момента допуска к участию в уголовном деле адвокат-защитник вправе знакомиться с протоколом задержания, постановлением о применении меры пресечения, протоколами следственных действий, произведенных с участием подозреваемого, обвиняемого, иными документами, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подозреваемому, обвиняемому. Исходя из буквального понимания вышеприведенного положения УПК РФ в совокупности с п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, адвокат имеет право фотографировать и (или) копировать протоколы следственных действий, в которых он участвовал, а также протоколы следственных действий, которые предъявлялись или должны были предъявляться его подзащитному, в том случае, когда эти следственные действия были проведены до вступления адвоката-защитника в дело. Несмотря на это, адвокаты-защитники нередко сталкиваются с тем, что лица, осуществляющие предварительное расследование, не позволяют им снимать копии с протоколов следственных действий, произведенных с участием их подзащитного, или иных документов, которые предъявлялись либо должны были предъявляться подзащитному.

Анализ материалов правоприменительной практики показывает, что следователи (дознаватели) в обоснование своей позиции ссылаются на то, что в ст. 6 Закона об адвокатуре и в п. 6 ч. 1 ст. 53 УПК РФ прямо не указывается, что адвокат-защитник имеет право делать выписки из данных документов или копировать их, поэтому отказ следователя в предоставлении адвокату соответствующих материалов уголовного дела для копирования, по их мнению, не является нарушением. Необоснованные запреты подобного рода связаны как с тем, что некоторые следователи (дознаватели) не желают предоставлять стороне защиты никакую информацию, с помощью которой она может эффективно реализовывать свою процессуальную функцию, так и с тем, что они при отсутствии надлежащего контроля со стороны защиты могут фальсифицировать материалы уголовного дела. Подобные запреты, устанавливаемые сотрудниками правоохранительных органов, являются необоснованными и незаконными как в связи с содержанием п. 6 ч. 1 ст. 53 УПК РФ и п. 6 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре, так и в связи с указанием в Постановлении Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П на то, что «отказ защитнику в ознакомлении с материалами следствия, которые были добыты с участием подозреваемого или стали ему известны иным образом до признания его подозреваемым, как и ограничение права защитника выписывать из материалов, с которыми он был ознакомлен до окончания следствия, любые сведения и в любом объеме, не имеют разумного основания, не могут быть оправданы интересами следствия или иными конституционно значимыми целями, допускающими соразмерные ограничения прав и свобод (ст. 55 ч. 3 Конституции Российской Федерации)» [15]. Аналогичные доводы изложены и в Определении Конституционного суда РФ от 12 мая 2003 г. № 173-О [52].

Согласно ч. 2 ст. 16 УПК суд, прокурор и следователь обязаны обеспечивать обвиняемому возможность защищаться всеми не запрещенными УПК РФ способами и средствами, а исходя из содержания ч. 1 ст. 11 УПК РФ, эти должностные лица обязаны обеспечить адвокату-защитнику возможность осуществления его профессиональных прав. При этом в соответствии с п. 7 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре адвокат вправе совершать иные действия (помимо указанных в ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре), не противоречащие законодательству Российской Федерации. В п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ указывается, что адвокат-защитник вправе использовать иные не запрещенные настоящим УПК РФ средства и способы защиты. Анализ текста УПК РФ показывает, что в его нормах не содержится запрет на снятие копий с документов, с которыми адвокат вправе знакомиться на основании ст. 53 УПК РФ.

В ст. 55 Конституции РФ говорится о возможности ограничения прав и свобод человека только федеральным законом и только в целях защиты основ конституционного строя, других существенных целях, при этом федерального закона, содержащего запрет адвокату снимать копии с документов, с которыми адвокат вправе знакомиться, нет. Следует при этом учитывать, что лица, проводящие предварительное расследование, руководствуются, как правило, лишь УПК РФ (причем

нередко в достаточно своеобразной интерпретации его норм), не принимая во внимание ни Закон об адвокатуре, ни, тем более, Постановления КС РФ. Поэтому для повышения уровня правовой регламентации рассматриваемого профессионального права в тексте Закона об адвокатуре следует более детально регламентировать право адвоката-защитника на ознакомление с материалами дела, с которыми он вправе знакомиться в ходе предварительного расследования, и прямо разрешить снимать с них копии.

10. Согласно п. 7 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре адвокат вправе совершать иные действия (помимо указанных в ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре), не противоречащие законодательству Российской Федерации. В п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ также отмечается, что защитник вправе использовать иные, т. е. не перечисленные в тексте ст. 53 УПК РФ и не запрещенные УПК РФ, средства и способы защиты.

В вышеприведенных нормах законодателем употреблены разнопорядковые термины, поэтому из буквального их толкования получается, что п. 7 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре запрещает совершение адвокатом-защитником любых действий, противоречащих российскому законодательству, а УПК РФ несколько сужает положения п. 7 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре и содержит норму о запрете совершения только тех действий, которые представляют собой средства и способы защиты, прямо запрещенные УПК РФ.

В литературе отмечается, что формулировки ст. 46, 47, 53 УПК РФ «защищаться иными средствами и способами, не запрещенными настоящим Кодексом», или «использовать иные средства и способы защиты, не запрещенные настоящим Кодексом», предоставляют неоправданно широкий круг этих самых возможностей по защите прав обвиняемого (подозреваемого). Полагаем возможным согласиться с мнением о том, что в тексте УПК РФ необходимо указание на то, что средства и способы защиты не должны противоречить федеральному закону вообще, а не только УПК РФ [16].

Положения п. 7 ч. 3 ст. 6 Закона об адвокатуре и п. 11 ч. 1 ст. 53 УПК РФ могут и должны применяться не только для правового обоснования конкретных действий, но и при разрешении любых спорных вопросов, связанных с применением любых профессиональных прав адвоката-защитника. По сути положения этих правовых норм содержат в себе некую презумпцию, которую можно назвать «презумпцией наличия профессионального права адвоката-защитника». Причем применять эти нормы необходимо именно в следующем смысле: если какие-либо отдельные аспекты, связанные с реализацией конкретных профессиональных прав адвоката-защитника, законом прямо не запрещены либо не регламентированы, адвокат вправе совершать соответствующие действия или требовать их совершения от должностных лиц, осуществляющих производство по уголовному делу.

11. В соответствии с ч. 4 ст. 18 Закона об адвокатуре адвокат, члены его семьи и их имущество находятся под защитой государства. Органы внутренних дел обязаны принимать необходимые меры по обеспечению безопасности адвоката, членов его семьи, сохранности принадлежащего им имущества.

К мерам безопасности, которые в соответствии с действующим законодательством (ст. 6 ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства») могут быть применены к адвокату-защитнику, его родственникам и близким, относятся личная охрана, охрана жилища и имущества; выдача специальных средств индивидуальной защиты, связи и оповещения об опасности; обеспечение конфиденциальности сведений о защищаемом лице; переселение на другое место жительства; замена документов; изменение внешности; изменение места работы (службы) или учебы; временное помещение в безопасное место; применение дополнительных мер безопасности в отношении защищаемого лица, содержащегося под стражей или находящегося в месте отбывания наказания, в том числе перевод из одного места содержания под стражей или отбывания наказания в другое, а также другие меры безопасности.

Анализ действующего российского законодательства позволяет отметить, что юридико-техническая конструкция ч. 4 ст. 18 Закона об адвокатуре, как сама по себе, так и с учетом систематического толкования законодательства в сфере защиты прав и свобод участников уголовного судопроизводства, не может не вызывать нареканий.

Необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что в анализируемой норме обязанность по осуществлению государственной защиты адвоката и членов его семьи законом возлагается исключительно на органы внутренних дел. Однако на основании ч. 3 ст. 3 ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» осуществление мер безопасности возлагается не только на органы внутренних дел, но и на органы федеральной службы безопасности, таможенные органы и

органы по контролю за оборотом наркотических средств и психотропных веществ по уголовным делам, находящимся в их производстве или отнесенным к их ведению, а также на иные государственные органы, на которые может быть возложено в соответствии с законодательством РФ осуществление отдельных мер безопасности. Так, например, соответствующие функции обязаны осуществлять не только органы внутренних дел на основании п. 11 ст. 2 ФЗ «О полиции», но и органы Федеральной службы безопасности на основании ст. 10 ФЗ «О федеральной службе безопасности», а также органы Федеральной службы РФ по контролю за оборотом наркотиков на основании ст. 25 Положения «О Федеральной службе Российской Федерации по контролю за оборотом наркотиков». Таким образом, формулировка, употребленная в ч. 4 ст. 18 Закона об адвокатуре, не в полной мере соответствует положениям ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» и иных нормативных актов.

Согласно ч. 4 ст. 18 Закона об адвокатуре к защищаемым субъектам относятся адвокат и члены его семьи. Однако системный анализ законодательства в сфере охраны участников уголовного судопроизводства показывает, что к субъектам, в отношении которых применяются меры защиты, относятся не только сами участники уголовного судопроизводства и члены их семьи, но и иные лица.

На основании ч. 3 ст. 2 ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» государственной защите подлежат участники уголовного судопроизводства, а также близкие родственники, родственники и близкие лица, противоправное посягательство на которых оказывается в целях воздействия на лиц, являющихся участниками уголовного судопроизводства. Наряду с этим, в ст. 295 УК РФ, устанавливающей ответственность за «посягательство на жизнь лица, осуществляющего правосудие или предварительное расследование», в качестве потерпевших лиц указываются не только сами участники уголовного судопроизводства, но и их близкие. Аналогичный перечень потерпевших определен и в ст. 296 УК РФ, в которой установлена ответственность за «угрозу или насильственные действия в связи с осуществлением правосудия или производством предварительного расследования».

Наряду с этим следует отметить, что в ФЗ «О полиции» нет прямого указания на то, что органы внутренних дел обязаны обеспечивать безопасность адвокатов. В п. 11 ст. 2 ФЗ «О полиции» указывается, что одним из направлений деятельности полиции является «государственная защита потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства, судей, прокуроров, следователей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов, а также других защищаемых лиц». Из этого следует сделать два основных вывода:

1. Государственная защита адвоката как участника уголовного судопроизводства силами органов внутренних дел будет несколько затруднена по той причине, что адвокаты, в том числе и адвокаты-защитники, прямо не указаны в п. 11 ст. 2 ФЗ «О полиции».

2. Государственная защита полицией адвоката не в связи с его участием в уголовном судопроизводстве ФЗ «О полиции» прямо не предусмотрена, поэтому она может быть осуществлена на тех же основах, что и защита обычных граждан от преступных посягательств, что, по сути, сводит на нет положения ч. 4 ст. 18 Закона об адвокатуре. Не предусмотрена такая защита и в отношении адвоката, выполняющего функцию представителя свидетеля.

Таким образом, если охрана адвоката-защитника как участника уголовного судопроизводства со стороны органов внутренних дел возможна на основании положений ч. 3 ст. 11 УПК РФ, ч. 3 ст. 2 ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» и п. 11 ст. 2 ФЗ «О полиции», то государственная защита адвоката вне связи с его участием в уголовном судопроизводстве, несмотря на то, что о ней ведется речь в ч. 4 ст. 18 Закона об адвокатуре, является декларативной. По крайней мере, декларативным является желание законодателя: с одной стороны, он в ч. 4 ст. 18 Закона об адвокатуре подчеркивает особый статус адвоката, с другой стороны, мер, направленных на практическую реализацию гарантии, изложенной в этой правовой норме, он не предпринял.

Этот пробел необходимо устранить путем изложения п. 11 ст. 2 ФЗ «О полиции» в иной редакции. Естественно это изменение автоматически не решает вопрос, поставленный самим же законодателем в ч. 4 ст. 18 Закона об адвокатуре, однако оно создает предпосылку для последующего принятия специального Федерального закона «О государственной защите адвокатов» либо, наоборот, распространения действия ФЗ «О государственной защите потерпевших, свидетелей и иных участников уголовного судопроизводства» на адвокатов, не являющихся участниками уголовного судопроизводства.

Пристатейный библиографический список

1. http://pressa.irk.ru/sm/2008/17/020002.html.
2. http://www.fparf.ru/news/smi/54.htm.
3. http://www.ng.ru/ideas/2011-05-23/9_femida.html.
4. Адвокатская деятельность и адвокатура: Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. – М.: Информ-Право, 2010. – С. 358–365.
5. Адвокатское досье: Практич. пособ. / А.В. Чесноков, Е.С. Шугрина. – М.: Норма: Инфра-М, 2011. – С. 11.
6. Андреева Н., Липцер Е., Ставицкая А. Методические рекомендации по ведению защиты лица, в отношении которого есть основания предполагать, что оно является жертвой нарушения прав человека / Под общ. ред. К. Москаленко. – М., 2004. – С. 20.
7. Анисимов С. Отстранен от дела незаконно // Новая адвокатская газета. – 2012. – № 18 (131).
8. Баев М.О., Баева Н.А. Тактико-этические начала деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве. – М.: Юрлитинформ, 2009. – С. 251.
9. Балакшин В.С. Иные процессуальные действия как средства уголовно-процессуального доказывания // Вестник Оренбургского государственного университета. – 2006. – № 3. – С. 25–30.
10. Божьев В. Пятилетие уголовно-процессуального кодекса // Законность. – 2007. – № 1. – С. 10.
11. Буробин В., Плетнев В. Правовой режим адвокатской тайны. Понятие правового режима адвокатской тайны и его содержание // Закон и право. – 2006. – № 5. – С. 28.
12. Буров Ю.В., Насонова И.А. Процессуальные действия на этапе окончания предварительного следствия // Общество и право: Научно-практический журнал. – 2008. – № 3 (21). – С. 216–219.
13. Бюллетень ВС РФ . – 1990. – № 2. – С. 10.
14. Бюллетень ВС РФ. – 1992. – № 4. – С. 8–9.
15. Вестник Конституционного Суда РФ. – 2000. – № 5. – С. 46–52.
16. Волколуп (Гладышева) О.В. Система уголовного судопроизводства и проблема её совершенствования. – СПб., 2003. –С. 49–50.
17. Гармаев Ю.П. Незаконная деятельность адвокатов в уголовном судопроизводстве: Учебник. – М.: Экзамен, 2005. – С. 30, 48, 52.
18. Гармаев Ю.П. Противодействие незаконным способам защиты на предварительном следствии // Российский следователь. – 2002. – № 8. – С. 16–19.
19. Дикусар В.М. Комментарий к статье 8 // Комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» / Под общ. ред. И.Л. Трунова. – М.: Эксмо, 2005. – С. 49.
20. Дикусар В.М. Адвокатская тайна – необходимое условие существования адвокатуры и одновременно процессуальная гарантия полноты, объективности и состязательности судопроизводства // Адвокатура. Государство. Общество: Сб. материалов 6 ежегодной науч.-практ. конференции, 2009 г. / Федер. Палата адвокатов. Рос. Федерации. – М.: Информ-Право, 2009. – С. 45.
21. Елисеев Н.Г. Процессуальные действия // Закон. – 2007. – № 3. – С. 112–117.
22. Заключение Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации о практике следственных органов г. Москвы, нарушающей права адвокатов // Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. – 2010. – № 3 (29). – С. 53.
23. Защитник нуждается в защите // Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. – 2010. – № 3 (29). – С. 160.
24. Информационная справка о состоянии адвокатуры и адвокатской деятельности в 2009 г. // Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. – 2010. – № 2 (28). – С. 41.
25. Колосовский С. Вас еще не обыскали? Будьте готовы! // Новая адвокатская газета. – 2009. – № 20 (61).
26. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации. – М.: Эксмо. – 2003. – С. 107.
27. Комментарий к. Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. В.В. Мозякова. – М., 2002. – С. 151.
28. Кузнецов А.Н. Следственные и иные процессуальные действия как способы собирания доказательств в уголовном процессе: Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Воронеж, 2005.
29. Лисицин Р. Что делать следователю, если защитник не явился на допрос // Российская юстиция. – 2000. – № 6. – С. 40–42.
30. Малько А.В. Теория государства и права: Учебник. – М.: Юристь, 2001. – С. 230.
31. Незнамова З.А. Коллизии в уголовном праве: Автореф. дис. … д-ра юрид. наук. – Екатеринбург, 1995. – С. 8.
32. Опасная профессия // АГ. – 2009. – № 3 (44).
33. Определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2000 № 128-О «По жалобе гражданина Паршуткина Виктора Васильевича на нарушение его конституционных прав и свобод пунктом 1 части второй статьи 72 УПК РСФСР и статьями 15 и 16 Положения об адвокатуре РСФСР» // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2001. – № 1.
34. Определение Конституционного Суда РФ от 08.11.2005 № 439-О «По жалобе граждан С.В. Бородина, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. – 2006. – № 2.
35. Определение Конституционного Суда РФ от 14 июля 1998 г. № 86-О «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об оперативно-розыскной деятельности» по жалобе гражданки И.Г. Черновой» // Российская газета. – 1998. – № 152 (11 августа).
36. Определение Конституционного Суда РФ от 16 июля 2009 г. № 970-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Гаврилова Александра Михайловича на нарушение его конституционных прав пунктом 3 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (Текст Определения официально опубликован не был) [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.ksrf.ru/Decision/Pages/default.aspx.

37. Определение Конституционного Суда РФ от 23.09.2010 № 1146-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Республики Узбекистан Эшонкулова Азамата Хатамбаевича на нарушение его конституционных прав положениями статей 49, 51 и 377 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.ksrf.ru/Decision/Pages/default.aspx.

38. Определение Конституционного Суда РФ от 6 марта 2003 г. № 108-О по жалобе гражданина Цицкишвили Гиви Важевича на нарушение его конституционных прав пунктом 2 части третьей статьи 56 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: // СЗ РФ. – 2003. – № 21. – Ст. 2060.

39. Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию: Монография. – М.: Проспект, 2009. – С. 83.

40. Пилипенко Ю.С. Адвокатская тайна: Законодательный, этический, правоприменительный аспекты. – М.: Информ-Право, 2009. – С. 243–245.

41. Полянский Н.Н. Правда и ложь в уголовной защите. – М.: Правовая защита, 1927. – С. 30.

42. Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 20 февраля 1996 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений ФЗ от 8 мая 1994 г. «О статусе депутата Совета Федерации и статусе депутата Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации»» // СЗ РФ. – 1996. – № 9. – Ст. 828

43. Постановление Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 11-П «По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 47 и части второй статьи 51 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.И. Маслова» // Вестник Конституционного суда РФ. – 2000. – № 5.

44. Пристансков Д. Процессуальные гарантии // ЭЖ-Юрист. – 2005. – № 19.

45. Рагулин А.В. Некоторые аспекты признания доказательств, собранных по уголовному делу, недопустимыми // Обеспечение законности в российском уголовном судопроизводстве: Материалы Международной научно-практической конференции (Саранск, 7–8 декабря 2006 г.) / Редколл.: Л.Д. Калинкина (отв. ред.), Н.Р. Мухудинова, О.А. Сухова. – Саранск: Мордовское кн. изд-во, 2006. – С. 334–339.

46. Рагулин А.В. Общие положения учения о профессиональной защите по уголовным делам. – М.: Юрлитинформ, 2008. – С. 210–256.

47. Рагулин А.В. Правовой статус профессионального защитника как участника уголовного процесса: Учеб. пособ. – Уфа: Академия ВЭГУ: Восточный университет, – 2009. – С. 67–68.

48. Рагулин А.В. «Профессиональные права адвоката-защитника»: формулирование определения понятия // Адвокатская практика. – 2012. – № 4. – С. 21–25.

49. Рагулин А.В. К вопросу об определении понятия «профессиональные права адвоката-защитника // Правовая инициатива. – 2011. – № 2. – С. 16.

50. Рагулин А.В. О совершенствовании законодательства в направлении охраны профессиональных прав адвокатов // Ученые труды Российской Академии адвокатуры и нотариата. – 2009. – № 4. – С. 14–19.

51. Рекомендации по обеспечению адвокатской тайны и гарантий независимости адвоката при осуществлении адвокатами профессиональной деятельности. Утверждены решением Совета ФПА РФ от 30 ноября 2009 г. // Адвокатская деятельность и адвокатура: Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. – М.: Информ-Право, 2010. – С. 602.

52. Российская газета. – 2003. – № 135 (3249) (10 июля).

53. Руднев В.И. Проведение оперативно-розыскных и следственных действий в отношении адвокатов возможно на основании судебного решения // Адвокат. – 2004. –№ 9.

54. Рыжаков А.П. Защитник в уголовном процессе: Науч.-практич. руководство. – М.: Экзамен, 2007. – С. 260–261.

55. Тихомиров М.Ю. Коллизионное право. – М., 2000.

56. Царев В.М. Эффективность участия защитника в доказывании на предварительном следствии. – Краснодар, 1990. – С. 97.

57. Чуркин А.В. О правомерности проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвоката во время конфиденциального свидания с подзащитным в условиях следственного изолятора либо ИВС // Адвокат. – 2006. – № 2.

58. Шайхуллин М.С. Принцип законности во взаимоотношениях адвокатуры и органов государственной власти // Евразийская адвокатура. – 2012. – № 1 (1). – С. 20–23.

59. Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. – М.: Юрлитинформ, 2004.

References (transliterated)

1. http://pressa.irk.ru/sm/2008/17/020002.html.
2. http://www.fparf.ru/news/smi/54.htm.
3. http://www.ng.ru/ideas/2011-05-23/9_femida.html.
4. Advokatskaja dejatel'nost' i advokatura: Sbornik normativnyh aktov i dokumentov / Pod obshh. red. E.V. Semenjako, Ju.S. Pilipenko. – M.: Inform-Pravo, 2010. – S. 358–365.
5. Advokatskoe dos'e: Praktich. posob. / A.V. Chesnokov, E.S. Shugrina. – M.: Norma: Infra-M, 2011. – S. 11.
6. Andreeva N., Lipcer E., Stavickaja A. Metodicheskie rekomendacii po vedeniju zashhity lica, v otnoshenii kotorogo est' osnovanija predpolagat', chto ono javljaetsja zhertvoj narushenija prav cheloveka / Pod obshh. red. K. Moskalenko. – M., 2004. – S. 20.
7. Anisimov S. Otstranen ot dela nezakonno // Novaja advokatskaja gazeta. – 2012. – № 18 (131).
8. Baev M.O., Baeva N.A. Taktiko-jeticheskie nachala dejatel'nosti advokata-zashhitnika v ugolovnom sudoproizvodstve. – M.: Jurlitinform, 2009. – S. 251.
9. Balakshin V.S. Inye processual'nye dejstvija kak sredstva ugolovno-processual'nogo dokazyvanija // Vestnik Orenburgskogo gosudarstvennogo universiteta. – 2006. – № 3. – S. 25–30.
10. Bozh'ev V. Pjatiletie ugolovno-processual'nogo kodeksa // Zakonnost'. – 2007. – № 1. – S. 10.

11. Burobin V., Pletnev V. Pravovoj rezhim advokatskoj tajny. Ponjatie pravovogo rezhima advokatskoj tajny i ego soderzhanie // Zakon i pravo. – 2006. – № 5. – S. 28.

12. Burov Ju.V., Nasonova I.A. Processual'nye dejstvija na jetape okonchanija predvaritel'nogo sledstvija // Obshhestvo i pravo: Nauchno-prakticheskij zhurnal. – 2008. – № 3 (21). – C. 216–219.

13. Bjulleten' VS RF . – 1990. – № 2. – S. 10.

14. Bjulleten' VS RF. – 1992. – № 4. – S. 8–9.

15. Vestnik Konstitucionnogo Suda RF. – 2000. – № 5. – S. 46–52.

16. Volkolup (Gladysheva) O.V. Sistema ugolovnogo sudoproizvodstva i problema ee sovershenstvovanija. – SPb., 2003. –S. 49–50.

17. Garmaev Ju.P. Nezakonnaja dejatel'nost' advokatov v ugolovnom sudoproizvodstve: Uchebnik. – M.: Jekzamen, 2005. – S. 30, 48, 52.

18. Garmaev Ju.P. Protivodejstvie nezakonnym sposobam zashhity na predvaritel'nom sledstvii // Rossijskij sledovatel'. – 2002. – № 8. – S. 16–19.

19. Dikusar V.M. Kommentarij k stat'e 8 // Kommentarij k Federal'nomu zakonu «Ob advokatskoj dejatel'nosti i advokature v Rossijskoj Federacii» / Pod obshh. red. I.L. Trunova. – M.: Jeksmo, 2005. – S. 49.

20. Dikusar V.M. Advokatskaja tajna – neobhodimoe uslovie sushhestvovanija advokatury i odnovremenno processual'naja garantija polnoty, ob#ektivnosti i sostjazatel'nosti sudoproizvodstva // Advokatura. Gosudarstvo. Obshhestvo: Sb. materialov 6 ezhegodnoj nauch.-prakt. konferencii, 2009 g. / Feder. Palata advokatov. Ros. Federacii. – M.: Inform-Pravo, 2009. – C. 45.

21. Eliseev N.G. Processual'nye dejstvija // Zakon. – 2007. – № 3. – S. 112–117.

22. Zakljuchenie Upolnomochennogo po pravam cheloveka v Rossijskoj Federacii o praktike sledstvennyh organov g. Moskvy, narushajushhej prava advokatov // Vestnik Federal'noj palaty advokatov Rossijskoj Federacii. – 2010. – № 3 (29). – S. 53.

23. Zashhitnik nuzhdaetsja v zashhite // Vestnik Federal'-noj palaty advokatov Rossijskoj Federacii. – 2010. – № 3 (29). – S. 160.

24. Informacionnaja spravka o sostojanii advokatury i advokatskoj dejatel'nosti v 2009 g. // Vestnik Federal'noj palaty advokatov Rossijskoj Federacii. – 2010. – № 2 (28). – C. 41.

25. Kolosovskij S. Vas eshhe ne obyskali? Bud'te gotovy! // Novaja advokatskaja gazeta. – 2009. – № 20 (61).

26. Kommentarij k Ugolovno-processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii. – M.: Jeksmo. – 2003. – S. 107.

27. Kommentarij k. Ugolovno-processual'nomu kodeksu Rossijskoj Federacii / Pod red. V.V. Mozjakova. – M., 2002. – S. 151.

28. Kuznecov A.N. Sledstvennye i inye processual'nye dejstvija kak sposoby sobiranija dokazatel'stv v ugolovnom processe: Avtoref. dis. … kand. jurid. nauk. – Voronezh, 2005.

29. Lisicin R. Chto delat' sledovatelju, esli zashhitnik ne javilsja na dopros // Rossijskaja justicija. – 2000. – № 6. – S. 40–42.

30. Mal'ko A.V. Teorija gosudarstva i prava: Uchebnik. – M.: Jurist', 2001. – S. 230.

31. Neznamova Z.A. Kollizii v ugolovnom prave: Avtoref. dis. … d-ra jurid. nauk. – Ekaterinburg, 1995. – S. 8.

32. Opasnaja professija // AG. – 2009. – № 3 (44).

33. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 06.07.2000 № 128-O «Po zhalobe grazhdanina Parshutkina Viktora Vasil'evicha na narushenie ego konstitucionnyh prav i svobod punktom 1 chasti vtoroj stat'i 72 UPK RSFSR i stat'jami 15 i 16 Polozhenija ob advokature RSFSR» // Vestnik Konstitucionnogo Suda RF. – 2001. – № 1.

34. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 08.11.2005 № 439-O «Po zhalobe grazhdan S.V. Borodina, V.N. Burobina, A.V. Bykovskogo i drugih na narushenie ih konstitucionnyh prav stat'jami 7, 29, 182 i 183 Ugolovno-processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii» // Vestnik Konstitucionnogo Suda RF. – 2006. – № 2.

35. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 14 ijulja 1998 g. № 86-O «Po delu o proverke konstitucionnosti otdel'nyh polozhenij Federal'nogo zakona «Ob operativno-rozysknoj dejatel'nosti» po zhalobe grazhdanki I.G. Chernovoj» // Rossijskaja gazeta. – 1998. – № 152 (11 avgusta).

36. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 16 ijulja 2009 g. № 970-O-O «Ob otkaze v prinjatii k rassmotreniju zhaloby grazhdanina Gavrilova Aleksandra Mihajlovicha na narushenie ego konstitucionnyh prav punktom 3 chasti tret'ej stat'i 56 Ugolovno-processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii» (Tekst Opredelenija oficial'no opublikovan ne byl) .Jelektronnyj resurs. – Rezhim dostupa: URL: http://www.ksrf.ru/Decision/Pages/default.aspx.

37. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 23.09.2010 № 1146-O-O «Ob otkaze v prinjatii k rassmotreniju zhaloby grazhdanina Respubliki Uzbekistan Jeshonkulova Azamata Hatambaevicha na narushenie ego konstitucionnyh prav polozhenijami statej 49, 51 i 377 Ugolovno-processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii» [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://www.ksrf.ru/Decision/Pages/default.aspx.

38. Opredelenie Konstitucionnogo Suda RF ot 6 marta 2003 g. № 108-O po zhalobe grazhdanina Cickishvili Givi Vazhevicha na narushenie ego konstitucionnyh prav punktom 2 chasti tret'ej stat'i 56 Ugolovno-processual'nogo kodeksa Rossijskoj Federacii: // SZ RF. – 2003. – № 21. – St. 2060.

39. Petruhin I.L. Opravdatel'nyj prigovor i pravo na reabilitaciju: Monografija. – M.: Prospekt, 2009. – S. 83.

40. Pilipenko Ju.S. Advokatskaja tajna: Zakonodatel'nyj, jeticheskij, pravoprimenitel'nyj aspekty. – M.: Inform-Pravo, 2009. – S. 243–245.

41. Poljanskij N.N. Pravda i lozh' v ugolovnoj zashhite. – M.: Pravovaja zashhita, 1927. – S. 30.

42. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda Rossijskoj Federacii ot 20 fevralja 1996 g. № 5-P «Po delu o proverke konstitucionnosti otdel'nyh polozhenij FZ ot 8 maja 1994 g. «O statuse deputata Soveta Federacii i statuse deputata Gosudarstvennoj Dumy Federal'nogo Sobranija Rossijskoj Federacii»» // SZ RF. – 1996. – № 9. – St. 828

43. Postanovlenie Konstitucionnogo Suda RF ot 27 ijunja 2000 g. № 11-P «Po delu o proverke konstitucionnosti polozhenij chasti pervoj stat'i 47 i chasti vtoroj stat'i 51 Ugolovno-processual'nogo kodeksa RSFSR v svjazi s zhaloboj grazhdanina V.I. Maslova» // Vestnik Konstitucionnogo suda RF. – 2000. – № 5.

44. Pristanskov D. Processual'nye garantii // JeZh-Jurist. – 2005. – № 19.

45. Ragulin A.V. Nekotorye aspekty priznanija dokazatel'stv, sobrannyh po ugolovnomu delu, nedopustimymi // Obespechenie zakonnosti v rossijskom ugolovnom sudoproizvodstve: Materialy Mezhdunarodnoj nauchno-prakticheskoj konferencii (Saransk, 7–8 dekabrja 2006 g.) / Redkoll.: L.D. Kalinkina (otv. red.), N.R. Muhudinova, O.A. Suhova. – Saransk: Mordovskoe kn. izd-vo, 2006. – S. 334–339.

46. Ragulin A.V. Obshhie polozhenija uchenija o professional'noj zashhite po ugolovnym delam. – M.: Jurlitinform, 2008. – S. 210–256.

47. Ragulin A.V. Pravovoj status professional'nogo zashhitnika kak uchastnika ugolovnogo processa: Ucheb. posob. – Ufa: Akademija VJeGU: Vostochnyj universitet, – 2009. – S. 67–68.

48. Ragulin A.V. «Professional'nye prava advokata-zashhitnika»: formulirovanie opredelenija ponjatija // Advokatskaja praktika. – 2012. –№ 4. – S. 21–25.

49. Ragulin A.V. K voprosu ob opredelenii ponjatija «professional'nye prava advokata-zashhitnika // Pravovaja iniciativa. –2011. – № 2. – S. 16.

50. Ragulin A.V. O sovershenstvovanii zakonodatel'stva v napravlenii ohrany professional'nyh prav advokatov // Uchenye trudy Rossijskoj Akademii advokatury i notariata. – 2009. – № 4. – S. 14 – 19.

51. Rekomendacii po obespecheniju advokatskoj tajny i garantij nezavisimosti advokata pri osushhestvlenii advokatami professional'noj dejatel'nosti. Utverzhdeny resheniem Soveta FPA RF ot 30 nojabrja 2009 g. // Advokatskaja dejatel'nost' i advokatura: Sbornik normativnyh aktov i dokumentov / Pod obshh. red. E.V. Semenjako, Ju.S. Pilipenko. – M.: Inform-Pravo, 2010. – S. 602.

52. Rossijskaja gazeta. – 2003. – № 135 (3249) (10 ijulja).

53. Rudnev V.I. Provedenie operativno-rozysknyh i sledstvennyh dejstvij v otnoshenii advokatov vozmozhno na osnovanii sudebnogo reshenija // Advokat. – 2004. – № 9.

54. Ryzhakov A.P. Zashhitnik v ugolovnom processe: Nauch.-praktich. rukovodstvo. – M.: Jekzamen, 2007. – S. 260–261.

55. Tihomirov M.Ju. Kollizionnoe pravo. – M., 2000.

56. Carev V.M. Jeffektivnost' uchastija zashhitnika v dokazyvanii na predvaritel'nom sledstvii. – Krasnodar, 1990. – S. 97.

57. Churkin A.V. O pravomernosti provedenija operativno-rozysknyh meroprijatij v otnoshenii advokata vo vremja konfidencial'nogo svidanija s podzashhitnym v uslovijah sledstvennogo izoljatora libo IVS // Advokat. – 2006. – № 2.

58. Shajhullin M.S. Princip zakonnosti vo vzaimootnoshenijah advokatury i organov gosudarstvennoj vlasti // Evrazijskaja advokatura. – 2012. – № 1 (1). – S. 20-23.

59. Shejfer S.A. Sledstvennye dejstvija. Osnovanija, processual'nyj porjadok i dokazatel'stvennoe znachenie. – M.: Jurlitinform, 2004.

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Jus est ars boni et aequi

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ!

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

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

Приглашаем вас к сотрудничеству!

Контактная информация

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

Заборовский В.В.

ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ НЕКОТОРЫХ АСПЕКТОВ ПРАВА АДВОКАТА НА АДВОКАТСКИЙ ЗАПРОС ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ

Цель: *Провести анализ правовой природы адвокатского запроса, исследовать практические аспекты относительно реализации этого права, в частности относительно самой процедуры его подачи и сроков получения ответа на запрос адвоката, а также проанализировать условия, которые затрудняют реализацию адвокатами своего права.*

Методология: *Автором использовался формально-юридический метод на базе системности и комплексности его проведения.*

Результаты: *В статье сделан вывод о том, что право адвоката на запрос является одним из его важнейших прав, без которого значительно затрудняется или вообще становится невозможным оказание адвокатом квалифицированной юридической помощи. Автором отмечено, что, к сожалению, новый Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» не решил всех проблем, связанных с полноценной реализацией адвокатом своего права на запрос. Также делается вывод о том, что такое состояние вещей тянет за собой невозможность выполнения на высоком уровне адвокатами своих функций по представительству и защите интересов своих клиентов.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья имеет определенную научную ценность и важную практическую значимость, поскольку содержит комплексное исследование правовой природы адвокатского запроса как необходимого права для осуществления адвокатом своей профессиональной деятельности, также в работе анализируются практические аспекты реализации этого права.*

Ключевые слова: *адвокат, правовая помощь, запрос адвоката, ордер адвоката, адвокатская тайна.*

Zaborovsky V.V.

LEGAL ANALYSIS OF CERTAIN ASPECTS OF THE RIGHT TO COUNSEL LAWYER REQUEST

Purpose: *Conduct an analysis of the legal nature of a lawyer request to investigate the practical aspects concerning the implementation of this law, in particular with respect to the procedure of its filing and timing of the response to the inquiry counsel, as well as to analyze the conditions that impede the realization of their right to counsel.*

Methodology: *The authors used legalistic method based on the consistency and comprehensiveness of its holding.*

Results: *In article the concludes that the right to request a lawyer is one of its most important rights, without which it becomes more difficult or even impossible to provide a lawyer ceases to qualified legal assistance. The author notes that, unfortunately, the new Law of Ukraine «On Advocacy Activities» does not solve all problems associated with full implementation of the right to counsel of his inquiry. Platoon is also that such a state of things pulls the inability to perform at a high level lawyers of their functions to represent and protect the interests of their clients.*

Novelty/originality/value: *Article possesses the some important scientific value and practical significance, because it contains a comprehensive study of the legal nature of lawyers' request as necessary for the implementation of the rights of a lawyer of their professional activities, and explores the practical aspects of the implementation of this law.*

Keywords: *lawyer, legal aid, lawyer request a warrant lawyer, attorney secrets.*

Одним из наиболее важных и абсолютно необходимым для адвоката как представителя лица в гражданском процессе является его право на адвокатский запрос, без которого значительно затрудняется или вообще становится невозможным предоставление квалифицированной юридической помощи [6, 7]. Такая связь проявляется в том, что невыполнение или ненадлежащее выполнение представителем конкретного лица по тому или иному гражданскому делу своих процессуальных прав и обязанностей в значительной степени зависит от объема сведений, которыми располагает адвокат и которые могут использоваться как доказательства для подтверждения позиций его клиента. А формирование надлежащей и допустимой доказательной базы является одним из основных факторов получения положительного результата по конкретному делу.

Для раскрытия проблемы реализации адвокатом права на запрос автор ставит перед собой задачу провести анализ правовой природы адвокатского запроса, исследовать практические аспекты реализации этого права, в частности самой процедуры его подачи и сроков получения

ответа на запрос адвоката, а также проанализировать условия, которые затрудняют реализацию адвокатами своего права.

До принятия нового Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» право адвоката на запрос регулировалось п. 3 ч. 1 ст. 6 Закона Украины «Об адвокатуре», который предусматривал право адвоката запрашивать и получать документы или их копии от предприятий, учреждений, организаций, объединений, а от граждан – с их согласия. Данный Закон не давал определения термина «адвокатский запрос» и не регулировал процедуру его реализации.

Несомненно, новый Закон на более высоком уровне урегулировал данный вопрос. Праву на адвокатский запрос посвящена значительная по размерам статья 24. В данном нормативном акте четко раскрывается содержание термина «адвокатский запрос» – это письменное обращение адвоката в орган государственной власти, орган местного самоуправления, к их должностным и служебным лицам, предприятиям, учреждениям и организациям независимо от формы собственности и подчинения, общественным объединениям о предоставлении информации, копий документов, необходимых адвокату для оказания правовой помощи клиенту (ч. 1 ст. 24 Закона).

Определенным положительным аспектом нового Закона является четкое установление срока предоставления адвокату соответствующей информации. Так, орган государственной власти, орган местного самоуправления, их должностные и служебные лица, руководители предприятий, учреждений, организаций, общественных объединений, которым направлен адвокатский запрос, обязаны не позднее пяти рабочих дней со дня получения запроса предоставить адвокату соответствующую информацию, копии документов, кроме информации с ограниченным доступом и копий документов, в которых содержится информация с ограниченным доступом. Но в этой же статье указывается, что в случае если адвокатский запрос касается предоставления большого объема информации или требует поиска информации среди значительного количества данных, срок рассмотрения адвокатского запроса может быть продлен до двадцати рабочих дней с обоснованием причин такого продления, о чем адвокату письменно сообщается не позднее пяти рабочих дней со дня получения адвокатского запроса. Установка в данном случае таких оценочных категории, как «значительный объем информации» или «значительное количество данных», которые являются критерием возможности продления срока рассмотрения адвокатского запроса до 20 рабочих дней, может нивелировать эффективность данного механизма получения информации.

В данном случае следует учесть и то, что продление срока рассмотрения адвокатского запроса до 20 рабочих дней взято по аналогии с положениями Закона Украины «О доступе к публичной информации» (ч. 4 ст. 20). Кроме этого, об отождествлении права на адвокатский запрос и права на доступ к публичной информации свидетельствует и положение п. 3 ч. 2 ст. 24 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», в котором отмечается, что в случае если удовлетворение адвокатского запроса предусматривает изготовление копий документов объемом более десяти страниц, адвокат обязан возместить фактические расходы на копирование и печать. Размер таких расходов не может превышать предельные нормы расходов на копирование и печать, установленные Кабинетом министров Украины согласно Закону Украины «О доступе к публичной информации».

Следовательно, можно прийти к выводу, что законодатель не делает четкого различия между правом на адвокатский запрос и правом на получение публичной информации. Но в данном случае полностью не учитывается специфика адвокатской деятельности, поскольку нельзя сравнивать субъект, которому нужна информация (публичная) для реализации своих законных прав, и адвоката, который реализует свои законные полномочия путем сбора определенной информации для защиты прав другого лица. Поэтому можно прийти к выводу о полном нивелировании законодателем права адвоката на запрос, сравнив его с правом любого лица на запрос публичной информации.

Размер вышеуказанных расходов устанавливается Постановлением Кабинета министров от 13 июля 2011 г. № 740 «Об утверждении предельных норм расходов на копирование или печать документов, предоставляемых по запросу на информацию» и составляет не более 0,1 процента размера минимальной заработной платы за копирование или печать копий документов формата А4 и меньшего размера (на сегодня – 1,22 грн.). Такое изложение указанной нормы может привести к явному усложнению использования адвокатом своего права на запрос. Так, в данной норме Закона отсутствует прямое указание на бесплатность получения информации (объемом до 10 страниц), а такое положение вещей на практике может привести к тому, что органы и должностные

лица будут предоставлять адвокатам ответы на запросы только после проведения оплаты, поскольку нет четкого указания безвозмездности предоставления адвокатам такой информации. Кроме того, адвокат заранее может и не знать общий объем истребованной им информации. А учитывая продолжительность почтовых переписок и требование о предоплате за востребованную информацию, все это может значительно усложнить (затянуть) процесс реализации адвокатом права на запрос. По нашему мнению, законодатель должен четко закрепить норму, по которой получение информации объемом до 10 страниц осуществляется на бесплатной основе, а если объем больше, компетентные органы и лица должны предоставить такую информацию в сроки, предусмотренные Законом, с приложением счета, который в дальнейшем должен оплатить адвокат.

До принятия Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» как в теории, так и на практике оставался дискуссионным вопрос о необходимости подтверждения процессуального положения адвоката по конкретному делу путем, например, предоставления вместе с запросом ордера или копии договора о предоставлении правовой помощи. Это объяснялось тем, что уполномоченные органы и лица часто отказывали в предоставлении запрашиваемой информации, ссылаясь на необходимость указания, в интересах какого клиента адвокат обращается с запросом на получение информации, а в подтверждение этого обстоятельства просили направить им договор адвоката с клиентом о предоставлении правовой помощи. Большинство же ученых и практиков придерживались мнения о безосновательности таких требований и о невозможности предоставления таких копий договоров [1, С. 163; 2]. Такой вывод они делали, исходя, прежде всего, из положений ст. 9 Закона Украины «Об адвокатуре», в которой было отмечено, что адвокат обязан хранить адвокатскую тайну, предметом которой являются вопросы, по которым гражданин или юридическое лицо обращались к нему, а все основные условия о принятом от клиента поручении как раз и отражены в договоре о предоставлении правовой помощи. Предоставление адвокатом такой копии «было бы прямым нарушением правила сохранения адвокатской тайны с его стороны» [3, С. 41].

Исходя из этого, на принятие нового Закона были возложены большие надежды. Хотя п. 2 ч. 1 ст. 24 нового Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» предусматривает запрет на представление от адвоката вместе с адвокатским запросом других документов, в то же время он возлагает на адвоката обязанность добавления заверенной им копии свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью, ордера или поручения органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи.

Если по заверенной им копии свидетельства о праве на занятие адвокатской деятельностью и поручению органа (учреждения), уполномоченного законом на предоставление бесплатной правовой помощи (в случаях, предусмотренных Законом Украины «О бесплатной правовой помощи»), не возникает никаких вопросов, то, что касается ордера, такого отметить нельзя. Это, прежде всего, объясняется тем, что, во-первых, четко не установлена правовая природа ордера, а во-вторых, согласно ст. 26 Закона Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности», ордер – письменный документ, в случаях, установленных настоящим Законом и другими законами Украины, удостоверяющий полномочия адвоката на оказание правовой помощи. Он может быть выдан адвокатом, адвокатским бюро или адвокатским объединением и должен содержать подпись адвоката. Ордер также относится к документам, удостоверяющим полномочия адвоката на оказание правой помощи. Исходя из этого, можно сделать вывод, что адвокат, который осуществляет свою деятельность индивидуально, имеет право выдавать ордер. А учитывая утверждение, что ордер «содержит информацию о клиенте и суть его поручения. Добавляя ордер, адвокат вынужден раскрыть информацию о клиенте, которая этим же Законом отнесена к адвокатской тайне» [4], новый Закон не только не упростил, а в некоторой степени осложнил реализацию адвокатом своего права на запрос.

Автор исходит из того, что подтверждать запрос не нужно, поскольку в данном случае адвокат реализует непосредственно предоставленное ему законом право на получение информации, и это не должно рассматриваться как конкретное действие в интересах того или иного клиента. К тому же в случае злоупотребления адвокатами как представителями интересов клиентов в гражданских делах своими правами к ним может быть применена дисциплинарная ответственность, вплоть до лишения статуса адвоката.

Еще одним из аспектов, который затрудняет реализацию адвокатами своего права на запрос, является установление Законом ограничения относительно предоставления информации и копий документов, содержащих информацию с ограниченным доступом (к которой относится и

конфиденциальная информация). Так, согласно ст. 21 Закона Украины «Об информации» информацией с ограниченным доступом является конфиденциальная, тайная и служебная информация. Этим же Законом предусматривается, что конфиденциальной является информация о физическом лице, а также информация, доступ к которой ограничен физическим или юридическим лицом, кроме субъектов властных полномочий. Конфиденциальная информация может распространяться по желанию (согласию) соответствующего лица в определенном им порядке в соответствии с предусмотренными им условиями, а также в других случаях, определенных законом. То есть под режим конфиденциальной информации может попасть практически любая информация.

Кроме этого, сведения, имеющие, например, государственную тайну, банковскую тайну, не могут быть объектом адвокатского запроса, поскольку и специальным законодательством достаточно четко приведен круг лиц, которые имеют право на получение таких сведений. К ним, в частности, могут относиться и органы прокуратуры, внутренних дел, налоговой инспекции. В данном случае следует согласиться с утверждением А.М. Чебаненко, который указывает на досадный факт, что эти органы наделены возможностью получать эту информацию, а адвокатура, основной функцией которой и является защита прав и интересов клиента, лишена такого права [5, с. 25].

Следовательно, право адвоката на запрос является одним из его важнейших прав, без которого значительно затрудняется или вообще становится невозможным оказание адвокатом квалифицированной юридической помощи.

К сожалению, новый Закон Украины «Об адвокатуре и адвокатской деятельности» не решил всех проблем, связанных с полноценной реализацией адвокатом своего права на запрос. А это влечёт за собой невозможность выполнения адвокатами функций по представительству и защите интересов своих клиентов на высоком уровне.

Пристатейный библиографический список

1. Хабибулин В. Предмет адвокатской тайны // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2006. – № 5. – С. 163–165.

2. Подосинников Л.А. Адвокатский запрос как основная форма истребованием адвокатом доказательств при оказании квалифицированной юридической помощи // Право и жизнь. – 2009. – № 5 (131). [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.law–n–life.ru/arch/131/131–18.doc.

3. Токарев Г.В. Проблемы реализации права адвоката на запрос информации (ст. 6 действующего Закона Украины «Об адвокатуре») // Адвокат. – 2005. – № 11. – С. 40–45.

4. Гвоздий В. Пять плюсов и минусов закона об адвокатуре // Правовая неделя. – 2012. – № 24 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://smi.liga.net/articles/2012–08–01/6434558.htm.

5. Чебаненко А.М. Запрос по делу – важная составная часть деятельности адвоката // Адвокат. – 2003. – № 3. – С. 24–25.

6. Рагулин А.В. Некоторые проблемы регламентации и практической реализации права адвоката-защитника на получение ответа на запросы // Юридический мир. – 2012. – № 8 (188). – С. 14–18.

7. Рагулин А.В. Проблемы регламентации и практической реализации права адвоката-защитника на запрос сведений, необходимых для оказания юридической помощи // Образование и право. – 2012. – № 9 (37). – С. 187–202.

References (transliterated)

1. Habibulin V. Predmet advokatskoj tajny // Predprini-matel'stvo, hozjajstvo i pravo. – 2006. – № 5. – S. 163–165.

2. Podosinnikov L.A. Advokatskij zapros kak osnovnaja forma istrebovaniem advokatom dokazatel'stv pri okazanii kvalificirovannoj juridicheskoj pomoshhi // Pravo i zhizn'. – 2009. – № 5 (131). [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://www.law–n–life.ru/arch/131/131–18.doc.

3. Tokarev G.V. Problemy realizacii prava advokata na zapros informacii (st. 6 dejstvujushhego Zakona Ukrainy «Ob advokature») // Advokat. – 2005. – № 11. – S. 40–45.

4. Gvozdij V. Pjat' pljusov i minusov zakona ob advokature // Pravovaja nedelja. – 2012. – № 24 . Jelektronnyj resurs. – Rezhim dostupa: URL: http://smi.liga.net/articles/2012–08–01/6434558.htm.

5. Chebanenko A.M. Zapros po delu – vazhnaja sostavnaja chast' dejatel'nosti advokata // Advokat. – 2003. – № 3. – S. 24–25.

6. Ragulin A.V. Nekotorye problemy reglamentacii i prakticheskoj realizacii prava advokata-zashhitnika na poluchenie otveta na zaprosy // Juridicheskij mir. – 2012. – № 8 (188). – S. 14–18.

7. Ragulin A.V. Problemy reglamentacii i prakticheskoj realizacii prava advokata-zashhitnika na zapros svedenij, neobhodimyh dlja okazanija juridicheskoj pomoshhi // Obrazovanie i pravo. – 2012. – № 9 (37). – S. 187–202.

Тиллабаев М.А., Хамдамова Ф.У.

ЭКСТЕРРИТОРИАЛЬНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА ГОСУДАРСТВ В РАМКАХ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА ПРАВ ЧЕЛОВЕКА В КОНТЕКСТЕ МЕЖДУНАРОДНОГО СОТРУДНИЧЕСТВА В ЦЕЛЯХ РАЗВИТИЯ

Цель: *Исследование экстерриториальных обязательств государств в области международного права прав человека, их характеристики и основных тенденций их развития.*

Методология: *Формально-юридический и сравнительно-правовой анализ соответствующих международных документов и правовой доктрины.*

Результаты: *В статье дается подробный анализ юридической природы и объема экстерриториальных обязательств государств в области прав человека. С этой целью исследованию подвергнуты соответствующие положения МПЭСКП, КПР, КПИ, а также источники «мягкого права», в частности, Маастрихтские принципы и Лимбургские принципы. Международное право прав человека предусматривает, что государства должны обеспечивать имплементацию прав человека не только в пределах своей территориии, но также и за её пределами. Соответствующие положения подчеркивают, что без международного содействия «полная реализация прав человека останется неосуществимым стремлением во многих странах». Если быть точнее, обязательство международного сотрудничества, в частности, сотрудничество в целях развития, предполагает, с одной стороны, обязательство развитых государств оказывать содействие, с другой стороны, обязательство развивающихся стран искать и принимать содействие и помощь. Сотрудничество в целях развития – это составная часть международного сотрудничества, и экстерриториальные обязательства государств – это часть обязательств в рамках сотрудничества в целях развития. Анализ различных точек зрения показывает, что экстерриториальные обязательства государств не только подразумеваются документами по правам человека, но прямо закреплены в международных документах, имеющих обязательную юридическую силу, таких как Устав ООН и Декларация о принципах дружественных отношений и сотрудничества между государствами.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья имеет высокую научную ценность, поскольку содержит авторские обобщения и выводы, важные для понимания системы и содержания экстерриториальных обязательств государств в рамках международного права прав человека.*

Ключевые слова: *экстерриториальные обязательства, права человека, содействие развитию, замечания общего порядка, договорные органы ООН.*

Tillabayev M.A., Hamdamova F.U.

EXTRATERRITORIAL OBLIGATIONS OF STATES UNDER INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL DEVELOPMENT COOPERATION

Purpose: *Research of the extraterritorial obligations of states under international human rights law, their characteristic and the main tendencies of their development.*

Methodology: *Formally legal and comparative analysis of the relevant international human rights documents and legal doctrine.*

Results: *The article provides detailed analysis of nature and scope of extraterritorial human rights obligations of states. To this end, it refers to the relevant provisions of the International Covenant on Economical, social and cultural rights, the Convention on the Rights of the Child, Convention on the rights of person with disabilities as well as soft law sources such as Maastricht Principles and Limburg Principles. International human rights law implies that states shall provide implementation of human rights not only within their own territory but also outside their territory. It is emphasized that without international assistance «the full realization of human rights will remain unfulfilled aspiration in many countries. It means states have extraterritorial obligations under human rights law. To be more precise, the obligation of international cooperation, in particular, development cooperation, implies, on the one hand, the obligation of developed states to provide assistance to developing states, on the other hand, the obligation of developing states to seek and to accept assistance suggested. To conclude, International development cooperation is a part of international cooperation and extraterritorial obligations are a part of obligations within international development cooperation. Analysis of different views with regard to the issue and provides that extraterritorial human rights obligations are not only implied by human rights documents but directly derived from legally binding international documents such as UN Charter and the Declaration on principles of friendly relations and cooperation among states.*

Novelty/originality/value: *Article has the high scientific value as contains author's generalizations and conclusions, important systems for understanding and the content of the extraterritorial obligations of states under international human rights law.*

Keywords: *extraterritorial obligations, international cooperation and assistance, obligation to respect, protect and fulfill human rights, lack of resources, Maastricht Principles, Limburg principles, the obligation of developed states to provide assistance to developing states.*

States are obliged to take a wide range of measures to implement human rights. However, very often they are unable to provide effective implementation for a number of reasons. One of them is a lack of resource. Given that international human rights law provides that states shall take steps through international cooperation.

In particular, Article 2.1. of the International Covenant on Economical, Social and Cultural Rights (ICESCR) is one of the most important articles, which provides the progressive realization of ESCR to the maximum available resources and through international cooperation. In addition, a number of its provisions directly refer to international cooperation and assistance. The Committee on ESCR (CESCR) persistently encourages them to give assistance to developing states. It emphasizes that without international assistance «the full realization of human rights will remain unfulfilled aspiration in many countries».

The Convention on the Rights of the Child (CRC), in particular article 4, and the Convention on the rights of person with disabilities (CRPD) contains similar provisions, in particular, articles 4 and 32. They obligate states to undertake measures to implement human rights «where needed, within the framework of international cooperation». Two Optional Protocols to the CRC also contain similar provisions with respect to international cooperation.

According to the interpretation of these provisions provided by the relevant UN human rights treaty bodies States «in a position to assist» shall provide assistance to developing countries to eliminate poverty. Moreover, the Committee notes that in some cases the developed states are not only responsible but shall be interested in giving assistance to the poorer states. For instance, if it relates to the field of health care, especially in the times of emergency.

Given that it may be concluded that international human rights law implies that states shall provide implementation of human rights not only within their own territory but also outside their territory. It means they have extraterritorial obligations under human rights law.

It is also confirmed by the Human Rights Committee (HRC). Unlike the treaties mentioned above the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) does not contain provisions with respect to international cooperation. However, article 2, para 1 provides that a State Party to the present Covenant undertakes to respect and to ensure to all individuals not only within its territory but also subject to its jurisdiction the rights set forth in the Covenant. The General Comment No. 31 also states the following:

…a State party must respect and ensure the rights laid down in the Covenant to anyone within the power or effective control of that State Party, even if not situated within the territory of the State Party.

Although the provisions mentioned above imply extraterritorial obligations of states under international human rights law, the nature and the scope of extraterritorial obligations cause much debates. There is disagreement among states as well as scholars with regard to the issue. Further, a different views of opinions related to the issue will be considered.

The nature of extraterritorial obligations of states under international human rights law

The extraterritorial obligations of states under international human rights law are derived from a number of international human rights treaties, in particular, from their provisions related to international cooperation. As mentioned above, the ICESCR, CRC, CRDP contain the relevant provisions. The ICCPR also implies extraterritorial obligations. Thus, international cooperation and assistance is an obligation derived from international law [3] including legally binding international treaties mentioned above.

This obligation is also derived from UN Charter. One of the purposes of the UN proclaimed in its Charter is «international cooperation in solving international problems of an economic, social , cultural and humanitarian character and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion» (article 1, para 3). In this respect, the Declaration on principles of friendly relations and cooperation among states reaffirms that «States should co-operate in the economic, social and cultural fields» and for the «promotion of economic growth throughout the world, especially that of the developing countries». Thus, international cooperation is not only one of purposes of the UN, but also one of the generally recognized principles of international law.

The importance of international cooperation is stressed in a number of soft law sources as well. Soft law reaffirms the importance of international cooperation and assistance and provide a more comprehensive interpretation of these obligations. In particular, the Declaration on the right to development 1986, the preamble of which states that the promotion of human rights directly depends on the international economic order. The Vienna declaration and Programme of actions which states that «substantial progress in human rights endeavours international cooperation» (para 10). The UN Millennium Declaration also proclaims international cooperation as «one of the fundamental values in international rela-

tions in the 21st century» (para 1 (6)) and highlights «shared responsibility for managing economic and social development».

One more relevant source of soft law is the Limburg principles on the implementation of the ICESCR obligates states «to cooperate with one another to promote … the economic growth of developing countries» (para 31) as well as the Maastricht principles on extraterritorial obligations of states in the area of ESCR. In this respect, the Maastricht principles on extraterritorial obligations of states in the area of ESCR are of great importance as they provide the definition of extraterritorial obligations and define in detailed the scope of extraterritorial obligations of states with regard to ESCR [1]. Unlike other legal documents mentioned above which mention international cooperation, the Maastricht Principles mention specifically extraterritorial obligations. Therefore, both legally binding treaties and soft law sources provide extraterritorial obligations on states in the field of human rights. These obligations are derived from legally binding treaties. It determines their nature. It implies that they are legal obligations.

The scope of extraterritorial obligations

The classic notion of obligations restricted human right obligations by the negative obligation to refrain from interference [7]. It is considered the obligation to respect human rights.

However, contemporary human rights law provides more comprehensive interpretation of human rights obligations of states [7]. It provides that they include not only the negative obligation to abstain from certain actions which may cause human rights violations, but also the positive obligation to take measures with the end to provide human rights rights [7]. To put in other words, states have obligations not only to respect but also obligations to protect and to fulfil human rights [10]. Moreover, as discussed above, it obligates states to provide human rights not only within their territory but also outside.

According to the Maastricht Principles, the obligation to respect means that states shall to refrain from direct and indirect interferences [10]. The obligation to protect implies that states must take necessary measures to ensure that non-State actors such as private individuals and organizations, and transnational corporations and other business enterprises, do not nullify or impair the enjoyment of economic, social and cultural rights [10].

Thus, international cooperation includes obligation to respect, protect and fulfil. However, as Vandenhole notes development cooperation is a part or one of the forms of international cooperation [9]. Thus, the content of international cooperation is broader than the content of international development cooperation. In this regard, it is also noteworthy that development assistance is recognized one of the key pillars of international cooperation [8]. It is one of the ways to reduce poverty.

As mentioned above, international cooperation includes obligation to respect, protect and fulfil while international development cooperation is focused on the obligation to fulfil [9]. In the context of international development cooperation the obligation to fulfil is worth special attention. According to the Maastricht principles, the obligation to fulfil implies the obligation of developed states to provide assistance to developing states (para 33). It is frequently referred to as official development assistance (ODA) which requires resources to be transformed from developed countries to developing ones.

The obligation of international cooperation, in particular, development cooperation, implies, on the one hand, the obligation of developed states to provide assistance to developing states, on the other hand, the obligation of developing states to seek and to accept assistance suggested. The Maastricht Principles also refer both the obligation to provide assistance and the obligation to seek assistance. The obligation to provide assistance is aimed to promote human rights outside the state's territory while the obligation to seek assistance is aimed to promote human rights within the state's territory. Given that extraterritorial obligations imply that states are obliged to provide human rights not only within but also outside their territory, it may be stated that extraterritorial obligations in the context of international development and in a narrow sense refer to the obligation of developed states to provide assistance to developing states, but not to the obligation of developing states to seek this assistance. Therefore, international development cooperation is a part of international cooperation and extraterritorial obligations are a part of obligations within international development cooperation. To put in other words, the scope of extraterritorial obligation in a narrow strict is limited by the obligation of developed states to provide assistance to developing countries.

However, it is wrong to say that extraterritorial obligations are limited by the obligation to fulfil human rights. According to the Maastricht principles, as mentioned above, extraterritorial obligations imply the obligation to respect and to protect as well. It is true that in the context of development cooperation the obligation to fulfil is of great importance. However the importance of the obligation to fulfil does not diminish the significance of other obligations, in particular, the obligation to protect. Given the increasing

role of business entities and transnational companies, their impact on human rights and development the obligation to protect shall be provided. In most cases this impact is not restricted by the state's territory. As a rule, the activities of TNC of developed states have negative impact on the territory of developing states. The state responsibility for human rights violations by corporations is qualified by the due diligence concept [2]. Therefore, not only the obligation to fulfill but also the obligation to protect is of great importance in the context of international development cooperation.

As mentioned above, soft law provides a comprehensive interpretation of extraterritorial obligations and their scope. In this respect, the contribution of the CESCR is of great importance. First of all, the CESCR stresses that international cooperation is likely to be a particularly important element in enabling some developing countries to fulfil their obligations under the Covenant, in particular, to provide the rights of persons with disabilities and older persons. Secondly, the Committee has determined what international cooperation and assistance entails with respect to specific rights. In particular, the CESCR defined international obligations of state with regard to the right to housing (General comment No. 4, para 13), the right to education (General comment No. 11 para 9 and General comment No. 13, para 56), the right to food (General comment No. 12, para 17, 36, 37), right to health (General comment No. 4, para 38–42), the right to water (General comment No. 15, para 30–36), the right to work (General comment No. 18, para 29–30), the right to social security (General comment No. 19, para 52–58). More specifically, with respect to all ESCR, the CESCR obligates states, firstly, to refrain from actions that interfere, directly or indirectly, with the enjoyment of ESCR. Secondly, it obligates states to give due attention in international agreements. More specifically, international agreements concluded between states shall be in conformity with their obligations under international human rights treaties [6]. For instance, it is provided that the failure of a state to take into account its international legal obligation regarding the right to food when entering into agreements with other states or with international organizations constitute a violation of the right to food.

One more specific extraterritorial obligation in the context development cooperation which, however, derived from a number of political commitments but not from legal treaties is the obligation of developed states to allocate at least 0.7 of their GDP on development assistance. It is emphasized that is it necessary to strengthen this obligation by providing strong legal basis [9]. It is also noteworthy that the CESCR emphasizes the importance of international cooperation and assistance in the times of emergency. Indeed, this obligation is of great importance in the states of emergency such as armed conflicts or natural disasters. It is claimed that at present, development aid is declining, while aid given in humanitarian assistance is growing [5]. In the situations of emergency states may face difficulties to provide even minimum level of ESCR, for example the right to food. States in a position to assist shall provide assistance. It is considered humanitarian assistance.

One more form of development cooperation is technical assistance. It is provided by the ICESCR, article 22. It is also referred to a number of soft law sources. In particular, the CESCR General Comment No. 2 on international technical assistance measures underlines the importance of technical assistance for development. With regard to the scope of extraterritorial obligations it is also noteworthy that so far, no international jurisprudence has been mainly developed on extraterritorial obligations regarding economic, social and cultural rights and there is a debate also on extraterritorial obligations with respect to civil and political rights [4]. The legal provisions mentioned above confirm that.

References

1. Courtis Ch., Sepulveda M., Are extraterritorial obligations reviewable under the Optional protocol to the ICESCR, 2009.
2. Engstrom V. Who is responsible for corporate human rights violations? Abo Academy University, Institute for human rights. 2002.
3. Gostin L., Archer R. The duty of states to assist other states in need: ethics, human rights and international law, Georgetown university law centre, 2008.
4. Hausmann U. and RolfKünnemann R. Germany's extraterritorial obligations. – 2006.
5. Luopajarvi K. Is there an obligation on states to accept international humanitarian assistance to internally displaced persons under international law? – Oxford university press, 2003.
6. Principles and Guidelines for a Human Rights Approach to Poverty Reduction strategies. – OHCHR, 2006.
7. Scogly S. Extra-national obligation towards economic and social rights. International Council on Human Rights Policy, 2002.
8. UNDP. International cooperation at a crossroads; aid, trade and security in an unequal world. – Human Development Report, 2005.
9. Vandenhole W. Is there a legal obligation to cooperate internationally for development. International journal on Children's rights, 2007.
10. Maastricht principles on extraterritorial obligations of states in the area of economic, social and cultural rights.

Мартышкин В.Н.

ХРИСТИАНСКОЕ ПРЕДСТАВЛЕНИЕ О СУДЕ И ПРАВОСУДИИ

Цель: *Исследование истории возникновения и развития нравственных воззрений о судьях и правосудии, а также о взаимосвязи христианства и права.*

Методология: *Использовались историко-правовой и формально-юридический методы.*

Результаты: *В работе обосновывается и описывается наличие христианских начал в таких явлениях современного правосудия, как принцип справедливости, безупречный образ судьи, повышенные требования к профессиональной этике судьи, оценка доказательств с точки зрения их относимости, допустимости, достоверности и достаточности, независимость суда, законность, принцип гласности и доступности закона, судопроизводства и судебного акта, беспристрастность судьи, состязательность сторон, установление эффективных механизмов сдержек и противовесов в судопроизводстве. Также обращается особое внимание на то, что христианские начала обнаруживаются в постулате о том, что судебная ошибка и мздоимство судей влекут за собой особую ответственность.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку представляет собой одну из первых научных работ, в которой с учетом ранее проведенных исследований формулируются авторские выводы и обобщения относительно истории возникновения и развития нравственных воззрений о судьях и правосудии, а также о взаимосвязи христианства и права.*

Ключевые слова: *христианские основы, суд, правосудие.*

Martyshkin V.N.

CHRISTIAN IDEA ABOUT COURT AND JUSTICE

Purpose: *Research of history of emergence and development of moral views about judges and justice, and also about interrelation of Christianity and the law.*

Methodology: *Author used a historical legal and formal-legal methods.*

Results: *In work existence of the Christian beginnings in such phenomena of modern justice as the principle of justice, a faultless image of the judge, increased requirements to professional ethics of the judge, an assessment of proofs from the point of view of their relevancy, an admissibility, reliability and sufficiency, independence of court, legality, the principle of publicity and availability of the law, legal proceedings and the judicial act, impartiality of the judge, competitiveness of the parties, establishment of effective mechanisms of controls and counterbalances in legal proceedings locates and described. Also the special attention that the Christian beginnings are found out in a postulate that the miscarriage of justice and bribery of judges involve special responsibility is paid.*

Novelty/originality/value: *Article possesses the high scientific value as represents one of the first scientific works in whom, taking into account conclusions of earlier conducted researches author's conclusions and generalizations concerning history of emergence and development of moral views about judges and justice, and also about interrelation of Christianity and the law are formulated.*

Keywords: *Christian bases, court, justice.*

«У нас не было ни одной пословицы в похвалу судам,
а ныне я одну слышал: ныне перед судом, что перед богом: все равны» [7]

В своем «Савойском викарии» Ж.Ж. Руссо заметил: «Правосудие людей состоит в том, чтобы воздавать каждому должное, правосудие творца в том, чтобы требовать у каждого отчета в том, что ему было дано» [11].

Право и нравственность имеют общий источник – христианство. В его основе древнейший юридический кодекс – Ветхий завет, нормы которого вошли в законы всех государств.

И право, и христианство регулируют нормы поведения и обязательны для соблюдения. Их отличия – в принудительной обязанности права, в то время как нравственные воззрения реализуются в соответствии со своими представлениями о добре и зле. У мирского и Божьего суда есть общая цель – нравственное воспитание граждан и прихожан [30].

«Предки наши были обязаны христианству… лучшею без сомнения нравственностью», – писал в своем труде «История государства Российского» Н.М. Карамзин [9].

Поэтому многие христианские заповеди вошли в быт народов мира, а затем нашли закрепление в законодательных актах: судебник 1497 г.,

судебник 1550 г., Устав уголовного судопроизводства 1864 г. и др. [18]. Основатель христианства, безусловно, является самым великим человеком, который когда-либо жил на земле.

Александр Македонский, Карл Великий и Наполеон Бонапарт были могущественными правителями. Благодаря масштабу своей личности они пользовались большим влиянием на подвластных. Однако Наполеон однажды заметил: «Иисус Христос влияет на своих подданных и управляет ими без личного, видимого присутствия» [27]. Своими динамическими учениями и тем, что его образ жизни соответствовал им, Спаситель две тысячи лет мощно влиял на жизнь людей. Один писатель умело выразил это: «Все армии, маршировавшие когда-либо, и все строившиеся когда-либо флоты, и все парламенты, заседавшие когда-либо, все цари, правившие когда-либо, все это вместе взятое не повлияло так мощно на жизнь людей на земле» [27].

Право совпадает с христианством в главном – в отношении к человеку. В Святом писании (Библии) сказано, что суд как божье дело существует для регулирования споров в сфере соблюдения нравственных заповедей: «Дело рук его – истина и суд; все заповеди его верны, тверды навеки, основаны на истине и правоте» [3].

В дохристианскую эпоху Аристотель (384–322 до н. э.) определил место суда в системе госорганов: «Душой государства являются военные и те, на кого возложено отправление правосудия при судебном разбирательстве» [1]. Недаром говорится, что все профессии от людей, только три от бога: учить, лечить, судить.

Христианское представление о Суде Божьем существенно отличается от суда мирского: «В земле черви, в воде черти, в лесу сучки, в суде крючки – куда пойти?» [7], «Не судите, да не судимы будете; ибо каким судом судите, таким будете судимы; и какой мерой мерите, такою и вам будут мерить» [29].

Правовые воззрения христиане всегда связывали с нравственными идеалами, которые обязаны были защищать юристы. В своем наказе «Властителям и судьям» первый в истории России министр юстиции Гавриил Романович Державин (1743–1816) наставлял судей: «Ваш долг законы сохранять, на лица сильных не взирать» [8]. Непременная заповедь любого судьи во все времена – поиск истины. Отличает судей нравственное мужество: мужество искать правду и провозглашать её, мужество противостоять искушению, мужество исполнять свой долг. Эти нравственные идеалы созвучны ныне принципам уголовного судопроизводства.

Справедливость – главенствующий принцип в профессиональной деятельности судей. Требование справедливого суда в России провозглашалось и закреплялось в законодательных актах времен Петра I, Екатерины II, Александра II, в советский период и в действующем законодательстве Российской Федерации. Как правильно подметил французский лексикограф П. Буаст, «Несправедливый судья – хуже палача» [31].

В связи с этим основополагающим принципом правосудия Президент России напомнил исторический факт: в XVIII веке император Фридрих хотел у мельника отобрать мельницу. Мельник ему сказал: «Господин император, кроме Вас, в нашей стране есть еще и судьи». И Фридрих, оставив мельника с миром, распорядился на своей резиденции начертать: «Господин император, кроме Вас, в нашей стране есть еще и судьи». Хорошо было мельнику. У него, кроме императора, были судьи [20]. Приведенный юридический казус свидетельствует о том, что уровень нравственности не существует независимо от бытия. Еще Руссо заметил, что «пустая цивилизация разрушает нравственность» [5].

Во времена Моисея от судей требовали, чтобы судили народ судом праведным, и давали наставления: «…не извращай закона, не смотри на лица и не бери даров, ибо дары ослепляют глаза мудрых; правды, правды ищи, дабы ты был жив и овладел землею, которую господь бог твой дает тебе» [30].

Безупречный образ судьи восходит к Новому завету: «Святые будут судить мир». Требование осуществлять профессиональную деятельность честно, добросовестно и «в страхе божьем» содержится в Божественном напутствии судьям: «Пусть наказывает меня праведник: это милость; пусть обличает меня – это лучший елей, который не повредит моей голове». Безукоризненное выполнение семейного долга служило немалою и вполне целесообразною подготовкою для публичной жизни: считалось, что человек, который любит свою семью, будет не менее исправно любить свое отечество и служить ему.

Согласно христианскому наставлению «праведно» осуществлять правосудие могли лица, заключившие брак с «благочестивыми» особами. Еще Соломон в своих притчах наставлял: «Кто сможет найти добродетельную женщину? Ценность её превышает рубины… Высшее благо, которое бог может дать «жрецу» правосудия, есть обладание доброй и благочестивой женой, которой можно доверить все, чем мы владеем, даже нашу жизнь и благосостояние» [4]. Поэтому с особым

вниманием во многих странах относились к созданию семейного союза «жрецов» правосудия. В частности, совет уважаемого английского Лорда Берлэйема кандидату в судьи звучал так: «Если богу угодно будет продлить вашу жизнь на столько, что достигните зрелого возраста, то приступите с величайшей предусмотрительностью и осторожностью к выбору жены; ибо этот выбор – источник всякого будущего блага или бедствия. В этом важном шаге, как и в правосудии, в военной хитрости, человек может ошибаться только раз в свою жизнь… Прилежно осведомляйтесь о той женщине, которую избираете себе в жены, и о том, какими наклонностями обладали её родители в их молодости. Не женись на бедной, как бы ни было благородно её происхождение, ибо человек ничего не может купить на рынке с одним благородством. А также не бери особу вульгарную и низкого происхождения ради её состояния, ибо она будет возбуждать презрение в других и отвращение к тебе. Еще постарайся не выбирать себе в жены карлицы или дуры. Первая подарит тебя племенем пигмеев, а вторая будет твоим постоянным бесчестием, и тебе будет невыносимо досадно слушать её разговоры. К величайшему своему горю, ты скоро убедишься, что нет ничего отвратительнее женщины-дуры» [4].

Христианское воззрение на брак, требования, предъявляемые к «благочестивой» жене судьи, которая должна иметь очень сильное влияние на нравственный характер своего мужа, нашли отражение и в художественной литературе.

Шотландский поэт Бернс, говоря о качествах, необходимых для хорошей, благочестивой жены «жреца» правосудия, разделял их на десять частей. Четыре из них он приписывал доброму нраву, две – здравому смыслу, одну часть – остроумию, одну – красоте; остальные две части он делил между другими принадлежащими жене или сопровождающими её преимуществами, как-то: образование, состояние, родовитость и т. д.; но к этому он прибавлял: «Делите эти две части, как вам заблагорассудится, только не забывайте, что все эти меньшие пропорции должны быть выражены дробями, ибо ни одна из них не имеет права на достоинство целого числа» [4].

Повышенные требования к профессиональной этике российского судьи восходят к христианским заботам судей о собственной праведности: «Лицемер! Вынь прежде бревно из своего глаза и тогда увидишь, как вынуть сучок из глаза брата твоего» [29].

Не утратили актуальности законоположения, закрепленные в Канонах Моисея, относительно оценки доказательств с точки зрения их относимости, допустимости, достоверности и достаточности для разрешения уголовного дела, признания вины преступника.

Безусловное требования Канона – наличие множественности доказательств вины: «Не достаточно одного свидетеля против кого-либо в какой-нибудь вине, и в каком-нибудь преступлении, и в каком-нибудь грехе, которым он согрешит: при словах двух свидетелей или при словах трех свидетелей состоится всякое дело». Как верно заметили в своем труде профессор А.А. Толкаченко и К.В. Харабет, таких требований к свидетелям защиты Канон не предъявлял [30].

Независимость суда считалась в Библии фундаментальным принципом при рассмотрении спора, дела. её гарантией была несменяемость судьи. Срок библейского судейства заканчивался его смертью. На безусловное соблюдение этого принципа судопроизводства обратил внимание экс-глава российского государства: «Никакого правового государства у нас не будет, если руководители любого уровня, начиная от президента и заканчивая сельским старостой, будут поучать, требовать давить на суд. Надо сделать так, чтобы суд был максимально независим от властей и в то же время абсолютно зависим от общества» [19]. Такой принцип уголовного судопроизводства, как независимость судей, введен ФЗ № 166 от 02.07.2013 в Уголовно-процессуальный Кодекс РФ. Причем в Законе предусмотрено, что информация о внепроцессуальных обращениях, поступивших к судьям (по уголовным, гражданским, административным делам, находящимся в производстве), будь то в устной или письменной форме, подлежит преданию гласности и доведению до сведения участников судебного разбирательства путем размещения данной информации на официальном сайте суда в сети Интернет.

Законность – важнейший принцип судопроизводства – признавалась христианством: «Где нет закона, нет и преступления. Грех не вменяется, когда нет закона». Понимая важность последствий для самодержавной власти принятия фундаментальных законов, российская императрица Екатерина II (1729–1796) лично контролировала их издание. Она заявляла: «Адвокаты и прокуроры у меня не законодательствуют и законодательствовать не будут, пока я жива, а после меня будут следовать моим началам».

Уместно в связи с этим вспомнить слова юриста В. Ульянова-Ленина (в статье «О «двойном» «подчинении и законности»): «Есть ли высокомерие в том взгляде, что законность не может быть

Калужская и Казанская, а должна быть единая – всероссийская» [14].

С принципом законности тесно связан принцип гласности и доступности закона, судопроизводства и судебного акта [26]: «И вынес первосвященник Ездра Закон ко всему народу – от мужчины до женщины, чтобы слушали закон, и читал им его перед воротами храма с утра до полудня, и весь народ внимал закону»[30].

К сожалению, серьезной проблемой современного уголовного судопроизводства является ограничение доступа к правосудию лиц, пострадавших от преступлений, прежде всего путем необоснованных и незаконных отказов в возбуждении уголовного дела. В 2008 г. только в органах внутренних дел постановлений об отказе в возбуждение уголовного дела было вынесено 5 317087 (на 6,2 % больше, чем в 2007 г.). Тогда как в 2012 г. эта цифра достигла 6 412425, т. е. на полтора миллиона больше, чем в 2007 г. Количество возбужденных уголовных дел в очередной раз снизилось и составило 1 871362 (-6,1 %). Трудно не согласиться с профессором Академии Управления МВД России П.А. Скобликовым в том, что без малого 80 % тех, кто считает себя потерпевшим (несколько миллионов граждан), не получают доступ к правосудию и уголовно-правовую защиту, гарантированные ст. 52 Конституции РФ [28].

Важнейший принцип Библейского правосудия – его беспристрастность: «Один суд должен быть у вас, как для пришельца, так и для туземца».

В истории немало примеров беспристрастности, объективности и мужества судей, несмотря на оказанное давление в отношении жрецов правосудия. Французский судья отказал королю, просившему оказать ему в судебном деле услугу: «Ваше Величество! Суд постановляет приговоры, а не оказывает услуги». А.Ф. Кони повторил эти слова по делу Веры Засулич министру юстиции графу К.И. Палену, который убеждал в необходимости добиться от суда присяжных обвинительного приговора [11, 30].

Ветхозаветный канон требовал от суда обеспечения для сторон равной возможности при состязании в споре: «Буду судиться с вами лицом к лицу».

Поэтому принятие нового УПК РФ в части обеспечения принципа равноправия сторон и их состязательности (ст. 15) имеет под собой «богоугодную основу, а его умаление идет вразрез с «библейским установлением» [30]. В России принцип состязательности сторон был выстрадан. Российский император Петр I (1672–1725) считал, что «когда адвокаты у сих дел употребляются, оные своими непотребными пространными приводами судью более утруждают, и оные дело только паче к вящему пространству, нежели к скорому приводят окончанию». Посетив Вестминстер-Холл (суд), Петр увидел там «законников», т. е. адвокатов, в их мантиях и париках, спросил: «Что это за народ и что они тут делают? – Это все законники, Ваше Величество. Законники! – удивился Петр. – К чему они? Во всем моем царстве есть только два законника, и то я полагаю одного из них повесить, когда вернусь домой» [16].

Петру вторил император Николай I (1794–1855): «Кто погубил Францию, как не адвокаты?... Кто был Мирабо, Марат, Робеспьер и другие?! Нет, пока я буду царствовать, России не нужны адвокаты, и без них проживем». К счастью, не все сановные правители в состязательности, как принципе судопроизводства, видели угрозу своему трону.

Начинающий юрист В. Ульянов после сдачи всех экзаменов экстерном, получив в 1892 г. диплом по первому разряду об окончании юридического факультета Петербургского императорского университета, выступал в качестве защитника в самарских судах: три раза по гражданским и 18 раз по уголовным делам. В пяти случаях после выступления Ульянова коллегия присяжных принимала решение: «Нет, не виновен» [15].

Оправдание невиновного – вершина адвокатского успеха. Остается только сожалеть, что в последующем юрист В.И. Ульянов-Ленин (1870–1924) (Председатель Совнаркома) писал: «Адвоката надо брать ежовыми рукавицами, ставить в осадное положение, ибо эта интеллигентская сволочь часто паскудничает» [10].

Отсутствие эффективных механизмов сдержек и противовесов в судопроизводстве приводило к тому, что в кабинетах руководителей силовых структур можно было встретить плакаты со словами: «Отсутствие у вас судимости – это не ваша заслуга, это наши недоработки» [17].

Многие основополагающие принципы уголовного судопроизводства были преданы забвению в годы сталинских репрессий. Де-юре они декларировались в Конституции СССР, де-факто находились между молотом и наковальней. Всевозможные репрессивные приказы и инструкции НКВД СССР вытесняли процессуальное законодательство. Один из таких приказов НКВД за № 00447 от 30 июля 1937 г. – о массовых репрессиях граждан СССР.

Во исполнение этой чудовищной директивы («об операции по репрессированию») руководители регионов направляли Сталину и Ежову

секретные шифровки с просьбой утвердить увеличение лимита на вынесение приговоров внесудебными органами (коллегия ОГПУ, особые «двойки» и «тройки», особые совещания) по первой категории (расстрел) и второй категории (лишение свободы).

Процесс собирания доказательств вины в отношении так называемых «антисоветских элементов», или «врагов народа», сводился к самооговору с помощью вымогательств и пыток. Защитники не допускались, «расстрельные» приговоры приводились к исполнению немедленно – после оглашения. О.С. Дивиев, занимавший в тот период должности наркома внутренних дел, наркома юстиции, прокурора Крымской области (арестован 15.08.1937), в последующем вспоминал, что нарком НКВД Н.И. Ежов в доверительной беседе однажды сообщил ему, что «лично разработал инструкцию из 22 пунктов, то есть разработал 22 метода мучений, пыток людей с одной целью – вынудить их давать нужные нам показания. «Эта инструкция, – говорил Ежов, – войдет, несомненно, в историю под моим именем, и имя это будет проклято невинными жертвами и предано презрению теми, кто внушил мне это чёрное дело».

«Двадцать два метода активного ведения следствия товарища Ежова» применялись в НКВД повсеместно и независимо от имевшихся заслуг перед страной и должностного положения. Дипломат, академик АН СССР И.М. Майский вспоминал: «Меня допрашивал сам Берия. Бил цепью и плеткой. Требовал, чтобы сознался, что все время работал на Интеллидженесервис. И я в конце концов признал, что давно стал английским шпионом» (в 1956 г. Майский был реабилитирован) [12].

При изуверских методах ведения следствия невиновные были вынуждены признаться в таких абсурдных обвинениях, как «подготовка туннеля из Мордовии до Хельсинки с целью выхода МАССР под протекторат буржуазной Финляндии» [13].

Современное общество ещё долго будет интересовать, почему ни христианские заповеди в набожной России, ни принятие законов для трудящихся в стране победившего социализма, где так «вольно дышит человек», не сработали против репрессий. Почему оказался бессильным прокурорский и судебный надзор, а многие, кто заявлял о недозволенных методах следствия, были обречены на арест?

Выяснение этих вопросов имеет актуальное значение и в наши дни, еще и потому, «чтобы власть не была сосредоточена в одних руках, чтобы реально существовала и работала система взаимных сдержек и противовесов».

Из уроков истории надо делать богоугодные выводы, и, как справедливо отмечал Святейший Патриарх Алексий II, «правовые акты должны находить отклик в сердцах граждан, не противоречить справедливости и здравому смыслу» [23].

Например, на ярко выраженный обвинительный, карательный уклон в правоохранительной системе вынужден был обратить внимание Президент Российской Федерации [25].

В своем Послании Федеральному Собранию РФ 12 декабря 2012 г. Президент России потребовал от правоприменителей «навсегда отказаться от обвинительного уклона в правоохранительной и судебной практике» [24].

В связи с этим вспоминаются строки из «Былого и дум» А.И. Герцена, который психологически точно описал состояние судопроизводства и отношение к нему гражданского общества того времени: «Неумеренная любовь раскрывать истину, добираться до подробностей в делах уголовных, преследовать с ожесточением виноватых, сбивать их – все это чисто французские недостатки. Судопроизводство для них – кровожадная игра, вроде травли для испанцев. Прокурор, как ловкий тореадор, унижен и оскорблен, ежели травимый зверь уцелеет. В Англии нет ничего подобного: судья смотрит хладнокровно на подсудимого, не усердствует и почти доволен, когда присяжные не дают обвинительного приговора» [6].

О действенности принципа состязательности в отдельно взятых регионах и в целом по Российской Федерации свидетельствует судебная статистика.

За последние 8 лет только вердиктом присяжных Верховным Судом Республики Мордовия оправдано 14 лиц. По Российской Федерации в 2011 г. оправдано 8,5 тысяч, в отношении 166 тысяч производство по делу прекращено, в отношении 15 тысяч – возвращено прокурору, 284 тысяч лиц осуждены.

Во все времена судебная ошибка влекла особую ответственность, потому что её можно объяснить, но ни одну из них нельзя оправдать. Святитель Филарет в Казанском Соборе в связи с избранием судей в 1818 г. напомнил христианский завет: «Видите, что вы творите», отмечая, что судья должен быть надежным охранителем жизни человека и врачом его болезней, и предупреждал одновременно: «Если мы бываем осмотрительны в избрании врача для легкой болезни, даже малейшей нашего тела, какая осмотрительность потребная в избрании судьи, которому

более или менее вверяется здравие и жизнь великого тела общества» [30].

«Не исправление ошибки, а упорство в ней роняет честь любого человека или организации людей», – отмечал Бенджамин Франклин, американский философ, ученый, журналист, издатель, политик [31].

Безусловно, судебные ошибки необходимо минимизировать [22]. К сожалению, их допускали во все времена: так, за подтверждение своего мессианского достоинства, за право иметь свое суждение иудейский Верховный Суд (синедрион) 7 апреля 30 г. нашей эры вынес смертный приговор путем мученической смерти – через распятие на кресте – в отношении самого великого человека, который когда-либо жил на земле. Римский прокурор Понтий Пилат этот явно незаконный и несправедливый приговор утвердил. И спустя две тысячи лет после этого события в мире нет однозначного ответа на вопрос: как это могло случиться [21]. Но, несмотря на допускаемые злоупотребления, судебные ошибки, повлекшие тяжкие последствия, христианское вероучение наставляло паству: «Народ, переставший питать уважение к правосудию, честности, правдивости, неподкупности, не имеет право на жизнь» [4].

Мздоимство судей порицали Ветхозаветные законы. «Доколе будете вы судить неправедно и оказывать лицеприятие нечестивым?», – вопрошал царь израильский Давид (1055–1015 гг. до н. э.)». Жрецы правосудия, уличенные в коррупции, каре подвергались лютой. Из истории Геродота: Сисамн – один из царских судей, подкупленный деньгами, вынес несправедливый приговор. Царь Камбис повелел судью казнить и с живого содрать кожу. Кожу приказал выдубить, нарезать из нее ремней и обтянуть ими судейское кресло, на котором тот восседал в суде. Камбис назначил судьей сына казненного Сисамна, повелев ему помнить, на каком кресле, восседая, он судит [30].

В научной литературе отмечено, что важнейшими достижениями библейского правосудия являлись такие правовые аспекты, как: личная ответственность за содеянное («Каждый понесет свое бремя и судим был каждый по делам своим»); процессуальное равенство при привлечении к уголовной ответственности («Одинаковым судом был наказан раб с господином, и простолюдин терпел одно и то же с царем»); предупреждение споров, конфликтов, их мирное разрешение («Мирись с соперником твоим скорее, пока ты еще на пути с ним, чтобы он не отдал тебя судье» – чем не нынешняя процедура медиации); гуманизм («милость к падшим»; «Сотня ненаказанных для Господа лучше одного невиновного наказанного»); отделение суда от исполнительной власти («ты не исполнитель закона, но судья»); стремление отказаться от обвинительного уклона («Вы между тем суд превращаете в яд, и плод правды – в горечь».); профилактическая деятельность судопроизводства («когда я врачевал Израиля, открылась неправда Ефрема и злодейство Самарии»); библейскому осуждению подлежит зло, а не согрешивший человек; христово прощение адресовано не «признавшимися» в грехе (преступлении), а искреннее раскаявшимся («Блаженны плачущие») [30].

Приведенные богоположения должны быть для УПК РФ правовым ориентиром.

Споры о достоинствах и недостатках судопроизводства в России, в том числе и повышении качества правосудия, велись издавна и, видимо, не утихнут в ближайшее время. Постоянные стрессы, вызванные физическими и психическими нагрузками у «жрецов» правосудия, привели Оноре де Бальзака к мысли в рассказе «Мараны», что «судьи – несчастнейшие из людей, они обязаны всех подозревать, до всего доискиваться, всюду предполагать дурные намерения и раскрывать их, чтобы добраться до правды, скрывающейся под самыми противоречивыми поступками. Может ли выполнение жрецами правосудия своего страшного долга в конце концов не иссушить в них источники тех великодушных чувств, которые сами они вынуждены брать под сомнения? Если чувства хирурга, вечно копающегося в тайнах человеческого тела, в конце концов притупляются, что же становится с совестью судьи, которому постоянно приходится исследовать малейшие изгибы человеческой души? Первые – мученики своей миссии, а судьи ходят всегда в черном, словно носят траур по своим погибшим иллюзиям, и преступление ложится на них такой же тяжестью, как и на самих преступников» [2].

Христианские заповеди остаются верным определением идеального общества, в постоянном стремлении к которому и должна развиваться история человечества.

Я полностью солидарен с утверждением авторов труда «Христианское учение о преступлении и наказании» [30] в том, что идеи христианства все в большой мере находят отражение в отечественном процессуальном законодательстве по мере его совершенствования.

Пристатейный библиографический список

1. Аристотель. Политика: Соч.: В 4 т. – М., 1983.
2. Бальзак О. Мараны // Бальзак О. Полн. собр. соч.: В 10 т. – М., 1995. – Т. 10. – С. 387.
3. Библия. Книга Священного Писания Ветхого и Нового завета. – М.: Российское библейское общество, 1993.
4. Бажанов А.Т. Курс лекций для студентов юрфака КГУ им. В.И. Ульянова-Ленина. Спецкурс «Суд и правосудие». Лекция «Нравственные основы судебной деятельности и её правовые аспекты». – Казань, 1975.
5. Ведерников В. Гость 13-й страницы // Неделя. – 1990. – № 2 (1554).
6. Герцен А.И. Былое и думы. – М., 1987. – Т. 1 – С. 529.
7. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка. – СПб., 1997. – С. 355.
8. Державин Г.Р. Властителям и судьям. – Л., 1987.
9. Карамзин Н.М. История государства Российского: Коллекционное изд. – М.: РООССА. – С. 1224.
10. Кирпичников А.И. Российская коррупция. – СПб., 2004. – С. 414.
11. Кони А.Ф., Судебные речи. – СПб., 1905. – С. 355.
12. Майский И.М. Воспоминания советского посла в Англии. – М., 1960. – С. 144.
13. Мартышкин В.Н. Васильев Тимофей Васильевич – патриот, правовед (о первом юристе-международнике в Великобритании) // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 1 (2). – С. 13–20.
14. Ленин В.И. О государстве и праве // Сб. произведений и документов: В 2 т. – М., 1958. – Т. 2. – С. 720.
15. Мартышкин В.Н. Из дневника воспоминаний // Саранск–Казань: Узы дружбы.(1000-летию Казани посвящается) / Сост. Т.С. Баргова. – Саранск, 2005. – С. 109.
16. Мартышкин В.Н. О противодействии коррупции: организационные и правовые проблемы // Правосудие в Республике Мордовия. – 2011. – № 5. – С. 16.
17. Мартышкин В.Н. Правовая компетентность судьи – гарантия эффективной защиты личности от необоснованного заключения под стражу // Материалы Всероссийской межведомственной научно-практической конференции. – Н. Новгород, 2010. – С. 189.
18. Милосердова Л.Ф. Судебная реформа 1864 г. как этап в развитии взаимодействия государства и общества в Российской империи // Образование и право. – 2013. – № 9 (49). – С. 157–162.
19. Медведев Д.А. Из выступления на встрече с членами Общественной палаты РФ. Москва, 20.01.2011 // Право и безопасность. – 2011. – № 1 (38). – С. 86.
20. Медведев Д.А. Россия: становление правового государства: В 3 т. – М., 2010. – Т. 1. – С. 587.
21. Мусский С.А. Сто великих людей. – М., 2008. – С. 25.
22. Мухортов А.А. Соотношение правовых и нравственных начал при реализации права на судейское усмотрение // Образование и право. – 2012. – № 1 (29). – С. 157–164.
23. Патриарх Московский и Всея Руси Алексий II // Право и Безопасность. – 2005. – № 3. – С. 4.
24. Послание Президента Владимира Путина Федеральному Собранию РФ // Российская газета. – 2012. – 13 декабря (№ 287).
25. Путин В.В. Демократия и качество государства // Коммерсант. – 2012. – 6 февраля.
26. Сангаджиев Б.В. Реформа правосудия в России (на примере судов общей юрисдикции) // Образование и право. – 2013. – № 5 (45). – С. 143–154.
27. Самый великий человек, который когда-либо жил. – Изд. в Германии, 1991 / WACHTTURM BIBELUMD TRAKTAT-CESELLSCHAFT Deutscher Zweig, e V., Selters / Taunus (Перевод Нового Мира Священных Писаний).
28. Скобликов П.А. Противодействие необоснованным и незаконным отказам в возбуждении уголовных дел уголовно-процессуальными средствами // Судья. – 2013. – № 9. – С. 43–44.
29. Таранов А.С. Философская афористика. – М., 1996. – С. 195.
30. Толкаченко А.А., Харабет К.В. Христианское учение о преступлении и наказании. – М.: Норма, 2009.
31. Яковлев Н.В. Суды и судьи Чувашии 1917–2012 гг. – Чебоксары: Новое время, 2013. – С. 9.

References (transliterated)

1. Aristotel'. Politika: Soch.: V 4 t. – M., 1983.
2. Bal'zak O. Marany // Bal'zak O. Poln. sobr. soch.: V 10 t. – M., 1995. – T. 10. – S. 387.
3. Biblija. Kniga Svjashhennogo Pisanija Vethogo i Novogo zaveta. – M.: Rossijskoe biblejskoe obshhestvo, 1993.
4. Bazhanov A.T. Kurs lekcij dlja studentov jurfaka KGU im. V.I. Ul'janova-Lenina. Speckurs «Sud i pravosudie». Lekcija «Nravstvennye osnovy sudebnoj dejatel'nosti i ejo pravovye aspekty». – Kazan', 1975.
5. Vedernikov V. Gost' 13-j stranicy // Nedelja. – 1990. – № 2 (1554).
6. Gercen A.I. Byloe i dumy. – M., 1987. – T. 1 – S. 529.
7. Dal' V.I. Tolkovyj slovar' zhivogo velikorusskogo jazyka. – SPb., 1997. – S. 355.
8. Derzhavin G.R. Vlastiteljam i sud'jam. – L., 1987.
9. Karamzin N.M. Istorija gosudarstva Rossijskogo: Kollekcionnoe izd. – M.: ROOSSA. – S. 1224.
10. Kirpichnikov A.I. Rossijskaja korrupcija. – SPb., 2004. – S. 414.
11. Koni A.F., Sudebnye rechi. – SPb., 1905. – S. 355.
12. Majskij I.M. Vospominanija sovetskogo posla v Anglii. – M., 1960. – S. 144.
13. Martyshkin V.N. Vasil'ev Timofej Vasil'evich – patriot, pravoved (o pervom juriste-mezhdunarodnike v Velikobritanii) // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 1 (2). – S. 13–20.
14. Lenin V.I. O gosudarstve i prave // Sb. proizvedenij i dokumentov: V 2 t. – M., 1958. – T. 2. – S. 720.
15. Martyshkin V.N. Iz dnevnika vospominanij // Saransk–Kazan': Uzy druzhby.(1000-letiju Kazani posvjashhaetsja) / Sost. T.S. Bargova. – Saransk, 2005. – S. 109.
16. Martyshkin V.N. O protivodejstvii korrupcii: organizacionnye i pravovye problemy // Pravosudie v Respublike Mordovija. – 2011. – № 5. – S. 16.
17. Martyshkin V.N. Pravovaja kompetentnost' sud'i – garantija jeffektivnoj zashhity lichnosti ot neobosnovannogo zakljuchenija pod strazhu // Materialy Vserossijskoj mezhvedomstvennoj nauchno-prakticheskoj konferencii. – N. Novgorod, 2010. – S. 189.

18. Miloserdova L.F. Sudebnaja reforma 1864 g. kak jetap v razvitii vzaimodejstvija gosudarstva i obshhestva v Rossijskoj imperii // Obrazovanie i pravo. – 2013. – № 9 (49). – S. 157–162.

19. Medvedev D.A. Iz vystuplenija na vstreche s chlenami Obshhestvennoj palaty RF. Moskva, 20.01.2011 // Pravo i bezopasnost'. – 2011. – № 1 (38). – S. 86.

20. Medvedev D.A. Rossija: stanovlenie pravovogo gosudarstva: V 3 t. – M., 2010. – T. 1. – S. 587.

21. Musskij S.A. Sto velikih ljudej. – M., 2008. – S. 25.

22. Muhortov A.A. Sootnoshenie pravovyh i nravstvennyh nachal pri realizacii prava na sudejskoe usmotrenie // Obrazovanie i pravo. – 2012. – № 1 (29). – S. 157–164.

23. Patriarh Moskovskij i Vseja Rusi Aleksij II // Pravo i Bezopasnost'. – 2005. – № 3. – S. 4.

24. Poslanie Prezidenta Vladimira Putina Federal'nomu Sobraniju RF // Rossijskaja gazeta. – 2012. – 13 dekabrja (№ 287).

25. Putin V.V. Demokratija i kachestvo gosudarstva // Kommersant. – 2012. – 6 fevralja.

26. Sangadzhiev B.V. Reforma pravosudija v Rossii (na primere sudov obshhej jurisdikcii) // Obrazovanie i pravo. – 2013. – № 5 (45). – S. 143–154.

27. Samyj velikij chelovek, kotoryj kogda-libo zhil. – Izd. v Germanii, 1991 / WACHTTURM BIBEL-UMD TRAKTAT-CESELLSCHAFT Deutscher Zweig, e V., Selters / Taunus (Perevod Novogo Mira Svjashhennyh Pisanij).

28. Skoblikov P.A. Protivodejstvie neobosnovannym i nezakonnym otkazam v vozbuzhdenii ugolovnyh del ugolovno-processual'nymi sredstvami // Sud'ja. – 2013. – № 9. – S. 43–44.

29. Taranov A.S. Filosofskaja aforistika. – M., 1996. – S. 195.

30. Tolkachenko A.A., Harabet K.V. Hristianskoe uchenie o prestuplenii i nakazanii. – M.: Norma, 2009.

31. Jakovlev N.V. Sudy i sud'i Chuvashii 1917–2012 gg. – Cheboksary: Novoe vremja, 2013. – S. 9.

«Новая адвокатская газета» – корпоративное издание нового типа, появление которого обусловлено коренными переменами, произошедшими в адвокатском сообществе России после принятия Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Являясь органом Федеральной палаты адвокатов РФ, издание не преследует цель выступать в роли указующего или направляющего перста, представляя интересы той или иной части корпорации или группы лиц, а позиционирует себя как выразитель интересов всей российской адвокатуры. Принципиальное значение при этом имеет закрепленная Законом организация адвокатского сообщества, основанная на обязательном членстве каждого адвоката в адвокатской палате субъекта Федерации, являющейся в свою очередь членом ФПА РФ. Рассматривая в качестве высших ценностей адвокатского сообщества заложенные в Законе принципы независимости, самоуправления, корпоративности и равноправия адвокатов, газета оценивает события государственной и общественной жизни и действия тех или иных лиц с точки зрения соответствия данным принципам. Выступая органом корпорации юристов-профессионалов, газета рассматривает профессионализм как главное качество адвоката и уделяет первостепенное внимание проблемам учебы и практического опыта коллег в различных отраслях права.

Основными направлениями издания являются:

– оперативное информирование о деятельности и решениях ФПА;

– освещение взаимоотношений адвокатуры с государственными и общественными институтами;

– освещение корпоративной жизни адвокатских палат;

– рассказ о созданных адвокатами прецедентах в национальной и международной судебной практике, публикация наиболее интересных решений судов;

– ответы на вопросы, волнующие адвокатов и адвокатские образования;

– взаимодействие с информационными изданиями адвокатских палат;

– поддержка общественно значимых инициатив адвокатов и адвокатских образований;

– информирование о наиболее важных событиях из жизни иностранной адвокатуры, о сотрудничестве российских и зарубежных адвокатских образований и адвокатов.

Адрес редакции: 119002, г. Москва, пер. Сивцев Вражек, д. 43
Тел.: (495) 787-28-35 Тел./факс: (495) 787-28-36
E-mail: advgazeta@mail.ru, press@advpalata.com

Скитович В.В., Седельник В.В.

К ВОПРОСУ ОБ ИМПЛЕМЕНТАЦИИ СУДЕБНОГО ПРЕЦЕДЕНТА В ПРАВОВУЮ СИСТЕМУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

Цель: *Анализ теоретических и правоприменительных аспектов использования судебного прецедента как источника права в правовой системе Республики Беларусь.*

Методология: *Авторами применялись системный и формально-юридический методы, а также метод сравнительного правоведения.*

Результаты: *На основе анализа исторических, структурно-содержательных сторон и принципов применения судебного прецедента авторами обосновывается вывод о необходимости взвешенного, осторожного подхода к заимствованию институтов иностранного права. Авторы полагают, что все существующие в настоящее время проблемы судебного правоприменения могут быть успешно решены путем реализации тех возможностей, которые имеются в действующем белорусском законодательстве. В статье обосновывается возрастание роли судебного толкования для правоприменительной практики, а также перспективность создания специализированных юрисдикций.*

Новизна/оригинальность/ценность: *статья обладает определенной степенью научной новизны и практической значимости, так как позволяет уточнить доктринальные и прикладные аспекты имплементации судебного прецедента в современную правовую систему Республики Беларусь.*

Ключевые слова: *правовая система, нормативный правовой акт, судебный прецедент, источник права.*

Skitovich V.V., Sedelnik V.V.

THE QUESTION OF IMPLEMENTATION BY A JUDICIAL PRECEDENT IN THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF BELARUS

Purpose: *Analysis of the theoretical and enforcement aspects of the use of judicial precedent as a source of law in the Republic of Belarus.*

Methodology: *Authors applied a systematic and formal-legal methods, as well as the method of comparative law.*

Results: *Based on the analysis of historical, structural and substantial aspects and principles on the use of judicial precedent, the authors ground conclusion about the necessity of thoughtful approach to borrowing institutions of foreign law. The authors believe that all the existing problems of judicial enforcement can be successfully resolved through the realization of those opportunities that the current Belarusian legislation. The article substantiates the increase of the role of judicial interpretation given to the law enforcement practice and prospects of creation of specialized jurisdictions.*

Novelty/originality/value: *The article has a certain scientific novelty and practical significance as it allows to specify the doctrinal and practical aspects of the implementation of judicial precedent in modern Belarusian law.*

Keywords: *legal system, a normative legal act, judicial precedent, the source of law.*

В современной белорусской юридической науке преобладает подход, в соответствии с которым правовая система белорусского государства как генетически, так и структурно-функционально относится к романо-германской правовой семье. В рамках этой семьи приоритетную роль в качестве источника действующего права играет прежде всего закон. При этом уместно заметить, что сам этот термин понимался и понимается на доктринальном и законотворческом уровнях не только буквально, то есть как акт, исходящий от представительного органа и обладающий высшей юридической силой, но и в более широком контексте, а именно как собирательный термин, которым обозначаются все нормативные правовые акты, издаваемые органами власти и управления. Именно в таком широком контексте используется термин «законодательные акты» в белорусском законодательстве. В соответствии со ст. 1 «Закона о нормативных правовых актах» к актам подобного рода отнесены Конституция, законы, а также декреты и указы главы белорусского государства. Как и большинство стран романо-германской правовой семьи, Республика Беларусь характеризуется наличием довольно сложной системы нормативных актов, требующей постоянного совершенствования, преодоления и устранения коллизий и противоречий. Тенденция к расширению и углублению сферы правового регулирования, связанная с распространением действия права как на новые, недавно возникшие области социальной жизни, так и на те из них, которые

ранее не находились в поле зрения законодателя, делает весьма актуальным вопрос об использовании регулятивного потенциала и иных, кроме закона, источников права. Примечательным моментом для белорусской доктрины следует считать, по нашему мнению, отказ от имевших место в прошлом догматичных оценок различных источников права, в особенности судебного прецедента. В настоящее время вопрос о прецеденте и его возможной интеграции в правовую систему Беларуси привлекает пристальное внимание белорусских правоведов [2, 4].

Одной из причин, обусловивших появление этой идеи, стало конституционное положение о разделении власти в государстве и принципах организации и деятельности одной из её ветвей – судебной власти. Становление и развитие именно этой ветви власти, упрочение её независимости, учреждение Конституционного Суда, призванного осуществлять контроль за соответствием Основному закону различного рода нормативных правовых актов, обусловили серьезный научный интерес к природе решений высших судебных органов и судебной практики как таковой [8].

Отдельные белорусские теоретики и практические работники высказывают идею о том, что прецеденты должны получить признание в качестве источников действующего права. Так, например, Г.А. Василевич утверждает, что существование прецедентного права в белорусской правовой системе – очевидный факт. Он убежден, что прецедентом можно называть такое решение суда, которое ранее не встречалось в судебной практике, правда, делая при этом оговорку о необходимости оставления решения суда в силе вышестоящей судебной инстанцией. Правильной, по его мнению, считается позиция, в соответствии с которой судебный прецедент, во-первых, создает правоположения, отсутствующие в нормативном правовом акте, тем самым восполняя пробелы в законодательстве, и, во-вторых, даёт разъяснение (толкование) нормативного правового акта [3].

Справедливости ради следует подчеркнуть, что вопрос о месте судебной практики в системе источников права, и в связи с этим о судебном прецеденте, возник не на пустом месте. Еще в литературе советского периода проблеме источников права уделялось значительное внимание. В шестидесятые годы двадцатого столетия в защиту нормативной природы судебной практики, во всяком случае, применительно к актам Верховного Суда СССР, выступили В.И. Каминская, М.Д. Шаргородский, В.П. Волжанин, В.А. Кикоть и другие. Попытка всестороннего рассмотрения этой важнейшей проблемы была предпринята также в середине семидесятых годов в коллективном труде «Судебная практика в советской правовой системе» (С.Н. Братусь, А.Б. Венгеров, Л.Ф. Лесницкая, М.С. Студеникина и другие) [5, 7, 10, 12].

Чтобы правильно оценить перспективы интеграции прецедента в правовую систему Республики Беларусь, обратимся, что называется, к первоисточнику. В англосаксонской доктрине наиболее распространенным является подход, согласно которому прецедентное право представляет собой право, состоящее из норм и принципов, созданных и применяемых судьями в процессе вынесения ими решения. Вот характерное определение: «Рассмотренное дело или вынесенное решение суда создает образец или авторитет для такого же или сходного дела в последующем или в случае возникновения сходного вопроса права. Предыдущие дела, сходные по фактам или правовым принципам с рассматриваемым делом, называются прецедентами. Норма права, впервые установленная судом для определенной категории дел и с этого времени применимая к решению сходных дел» [13]. Для оценки места и роли судебного прецедента как источника права необходимо иметь представление об истории его возникновения, его структурно-содержательной стороне и принципах применения, то есть о тех вопросах, которым отечественные авторы уделяют не так уж много внимания.

Прецедент возник в Англии не просто как источник права как такового, а, что принципиально важно, как один из первых таких источников. Поэтому его смысл может быть правильно понят только с учетом той роли, которую суды играли в период формирования английской государственности, то есть в средние века. Монархическая власть приобрела здесь необходимую легитимность преимущественно через юрисдикционную деятельность королевских судов, выносивших свои решения при отсутствии кодифицированного материального законодательства. В настоящее время источником английского прецедентного права выступают акты высших органов судебной власти в этой стране: палаты лордов, Апелляционного суда и Высокого суда. Решения, вынесенные палатой лордов, обязательны для всех других судов; решения Апелляционного суда – для всех судов, кроме палаты лордов; решения Высокого суда – для всех судов, кроме палаты лордов и Апелляционного суда.

Напротив, на континенте мы видим совсем иную традицию. Укоренение юридических начал

пошло здесь по иному пути – через основанное на римском праве нормативное (статутное) регулирование. Роль судов свелась в странах романо-германской правовой семьи не к правотворческой, а к правоприменительной функции. Здесь главенствует юридический принцип «non exemplis sed legibus judicandum est», то есть не конкретные казусы, а законы имеют юридическую силу.

Применительно к структуре прецедента в странах англосаксонской правовой семьи существует два подхода. Согласно первому подходу прецедент складывается, по крайней мере, из трех основных частей:

1) изучение фактов, относящихся к рассматриваемому делу, и выделение наиболее значимых из них;

2) выработка доводов в пользу принимаемого по делу заключения, включая решение спорных вопросов, касающихся используемых при этом прецедентов;

3) вынесение собственно решения, затрагивающего интересы участвующих в деле сторон.

Согласно второму подходу прецедент состоит лишь из двух основных структурных частей. Это, во-первых, суть правовой позиции судьи, высказанной в связи с рассмотрением конкретного дела и положенной в основу решения (ratio decidendi), и, во-вторых, доводы, обосновывающие необходимость принятия того или иного решения и тем самым указывающие на его важность и убедительность (obiter dictum). Решая конкретные дела, необходимо проводить различия между ratio decidendi, которая является обязательной, и obiter dictum, а также отличать собственно прецедент от фактической основы дела (casus).

Как бы то ни было, каждый судья, действующий в рамках общего права, должен различать, с одной стороны, то, что является необходимой основой решения, и, с другой, то, что ему сопутствует. Английским юристам удалось сформулировать ряд правил или принципов применения прецедента, важнейшими из которых можно считать следующие:

а) все судебные решения должны толковаться не иначе, как «с учетом обстоятельств, в связи с которыми эти решения были приняты»;

б) каждое судебное решение «должно быть прочитано в свете решений по другим делам»;

в) при отправлении правосудия следует исходить из того, что сходные дела должны решаться сходным образом [9].

Неодинаковая природа судебных прецедентов, очевидно, стала одним из оснований для выделения нескольких их разновидностей. Так называемые декларативные прецеденты повторяют уже существующие нормы права или дают их толкование; креативные прецеденты восполняют пробелы в праве и создают, таким образом, новые нормы. Выделяют также обязательные (связывающие) и убедительные прецеденты.

Прецедент, таким образом, – это отнюдь не институт, а, скорее, принцип, на котором построена организация всей судебной власти, такой принцип, который, будучи продуктом английской национальной юридической традиции, оказался впоследствии перенесенным в страны, бывшие когда-то колониальными владениями метрополии. Поэтому безболезненно «имплантировать» его в правовую систему других государств не представляется возможным. Источники права, механизм правового регулирования, правоприменительная практика являются результатом длительной исторической эволюции соответствующих юридических институтов. Всякое же поспешное и непродуманное заимствование чужого опыта вряд ли будет способствовать решению назревших проблем современной белорусской судебной практики.

По этим причинам с приведенным выше мнением о наличии в правовой системе Республики Беларусь прецедента мы согласиться не можем. Все существующие в настоящее время проблемы судебного правоприменения могут быть успешно решены на путях реализации тех возможностей, которые имеются в действующем законодательстве о судебной власти. Применительно к правовой системе нашей республики можно говорить не об имплементации судебного прецедента, а о возрастании роли судебного толкования, так как наличие множества субъектов правотворчества (парламент, президент, правительство и т. д.) приводит к увеличению массива нормативных правовых актов, к возникновению коллизий между ними, а это, в свою очередь, требует постоянной высококвалифицированной правотолковательной деятельности.

Именно авторитет высших судебных органов, состоящих, как правило, из представителей юридической элиты общества, придает толкованию, осуществляемому ими, такую силу, которая заставляет суды низшего уровня прислушиваться к высказанным ими правовым суждениям.

Но возможно ли считать само по себе усиление роли судебного толкования внедрением в отечественную правовую систему элементов прецедентного права? Вот что пишет Г.А. Василевич: «На наш взгляд, судебный прецедент представляет собой казуальное толкование, постановление

Пленума, разъясняющее применение норм законодательства, представляет собой нормативное (делегированное) толкование. И первое, и второе являются источниками права» [3].

Действительно, Пленум Верховного Суда Республики Беларусь осуществляет именно правотолковательную деятельность, когда в пределах своих полномочий рассматривает материалы обобщения судебной практики и судебной статистики и дает судам разъяснения по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении судебных дел. Следует согласиться с тем, что указанные постановления в современных условиях можно отнести к источникам действующего права. Однако акты такого рода нельзя называть прецедентами в точном смысле данного понятия. Примечательный факт: если ранее, в законодательстве советского периода, данная функция определялась как «руководящие указания», то современный законодатель понятие «руководящие» убрал и тем самым подчеркнул не директивный, а интерпретационный характер данного вида судебных актов.

Что касается решений высших судебных органов страны, принятых ими по конкретным делам, то такие решения не имеют обязательного значения для других звеньев судебной системы и, стало быть, прецедентами быть не могут. Никакой нормативности как для нижестоящих судов, так и для них самих они в себе не несут.

Тем более нельзя говорить о каком-либо прецеденте применительно к решениям нижестоящих судов. Суд обязан разрешать дела не на основании прецедента, а на основании действующего белорусского законодательства – Конституции РБ и принятых в соответствии с ней нормативных правовых актов. В случае отсутствия нормы права, регулирующей спорные отношения, суд применяет норму права, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы права суд, разрешая спор, исходит из общих начал (принципов) и смысла законодательства Республики Беларусь (ст. 21 ГПК РБ). Требования, предъявляемые процессуальным законодательством к судебному решению по конкретному делу, сводятся к его законности и обоснованности. Первое понятие предполагает точное соблюдение и применение норм материального и процессуального права, второе – правильное определение главным образом фактической стороны дела. Никаких иных требований, например, учитывать при принятии решения правовые позиции других судов по аналогичным делам, действующее процессуальное законодательство не выдвигает. К тому же, как известно, решения судов данного уровня не подлежат официальному опубликованию, то есть доведению до всеобщего сведения. В этой связи уместно спросить: каким образом решение судьи по конкретному делу может стать образцом для его коллег? В. Подгруша вполне резонно подчеркивает: «В таком случае зададимся вопросом, а содействует ли судебный прецедент справедливому и целесообразному разрешению конкретных споров? Ведь на доводы одной стороны, ссылающейся на найденный ею судебный прецедент, другая сторона вправе противопоставить в обоснование своей позиции другой прецедент с прямо противоположным решением спорного вопроса. Какой прецедент предпочтет суд – это право судейского усмотрения. Но будет ли выбор справедливым? Ответ, скорее всего, далеко не столь однозначен, как хотелось бы» [11].

Действительно, достаточно часто бывает так, что в ходе различных научных дискуссий авторы, увлекаясь разработкой тех или иных теоретических конструкций, не в полной мере представляют последствия возможного воплощения в жизнь своих научных идей. Подумать о подобного рода последствиях особенно важно применительно к прецеденту, поскольку в данном случае речь идет о таком важнейшем вопросе, как судебная защита прав, свобод и законных интересов граждан и организаций. Не осложнит ли введение прецедента такую защиту, не скажется ли оно отрицательным образом на единстве судебной практики? Так, прецедент в его английском варианте включает, помимо собственно акта судебной власти, такие аспекты, как правила применения судами данного источника, темпоральный аспект его использования, отношения между законом и прецедентом, а также технику разграничения прецедентов, созданных судами различных звеньев судебной системы, и т. д. Все эти особенности использования прецедента разрабатывались в английском праве в течение столетий, и потому данный источник права эффективно функционирует только в рамках соответствующей правовой семьи, то есть в той культурно-исторической среде, где он возник и развивался. Примером того, какие сложности возникают на практике в связи с правовой оценкой тех или иных актов высших судебных органов, является дискуссия по поводу природы актов Конституционного Суда Республики Беларусь.

В Законе о Конституционном Суде и его Регламенте содержится перечень принимаемых им актов. Бесспорно, центральное место среди них

занимают заключения. Они являются окончательными, обжалованию и опротестованию не подлежат. Считается, что, признавая тот или иной нормативный акт или его часть не имеющим юридической силы, Конституционный Суд выступает в роли «негативного законодателя», он выводит из сферы правоприменения неконституционные правовые нормы. Такой подход был обоснован в свое время известным австрийским юристом, теоретиком европейской модели конституционной юстиции Г. Кельзеном. Однако роль Конституционного Суда как «негативного» законодателя не сводится только к этому. Правовая оценка соответствующей нормы невозможна без интерпретации весьма широко круга принципов, раскрывающих смысл конституционных положений, поскольку акты этого суда служат прежде всего контролю за соответствием Конституции действующего законодательства, охране и защите Основного закона, а не правовому регулированию как таковому. Несомненно, элементы правотворчества в подобного рода деятельности можно найти. Однако более точной, на наш взгляд, будет её оценка как правокорректирующей. Кстати сказать, и в российской правовой литературе такой подход находит все большее признание. С учетом всего это квалификация актов Конституционного Суда как прецедентов в точном смысле этого понятия вызывает серьёзные сомнения.

Можно, стало быть, утверждать, что в белорусском законодательстве судебная практика получила официальное признание со стороны государства применительно к одному из видов актов высших судебных органов страны. По существу, белорусский законодатель исходит из того, что наличие норм права, то есть общеобязательных правил поведения, рассчитанных на неопределенный круг лиц и неоднократное применение, – качеств, имманентных нормативному правовому акту как источнику права, характерно и для актов высших судебных органов. По нашему мнению, обоснованным будет отнесение их к самостоятельному виду правовых актов – интерпретационным актам, поскольку они лишь объясняют и уточняют объем действия и содержание действующих норм права. Эти акты обращены в первую очередь к органам судебной власти и являются обязательными для них. Однако такое признание, на наш взгляд, не дает оснований для отнесения их к судебным прецедентам.

При всем том мы наблюдаем очевидную тенденцию взаимовлияния двух основных правовых систем. Современные авторы отмечают в государствах общего права возрастание значимости именно закона как источника действующего права. В сферу законодательного воздействия входят такие отношения, которые ранее в значительной мере регулировались на основе судебного прецедента или вообще не были предметом юридического нормирования: жилищные, трудовые отношения, социальное страхование, борьба с монопольным положением на рынке и многие другие. В области современного социального права, как пишут немецкие компаративисты К. Цвайгерт и Х. Кетц, на английского юриста обрушился поток законов, как, впрочем, и на его германских и французских коллег. Поэтому, как считают названные авторы, совершенно очевидно, что в сфере социального регулирования правотворческая функция английских судов сошла на нет и в значительной мере осуществляется парламентом или органами исполнительной власти. Тем самым утрачивает свою ключевую роль проблема первичности источника права – закона или судебного решения. По их мнению, гораздо более важным является вопрос о наличии принципиальных отличий между английским и континентальным правом с точки зрения методов применения права и отправления правосудия, при помощи которых судьи решают конкретные дела [14].

Хотя на европейском континенте принцип связанности судов собственными решениями отсутствует, как не существует и норм, которые предписывали бы судье следовать решению вышестоящего суда, актам высших судебных органов в странах романо-германской правовой семьи присуща особая роль. На практике любое решение Кассационного суда Франции или Федерального Суда Германии может в той же мере рассчитывать на признание судами низших инстанций, что и решения английских и американских апелляционных судов.

Своеобразное «интеллектуальное тяготение» к судебному прецеденту, которое наметилось в последние годы в отечественной доктрине, попытки его интеграции в правовую систему Республики Беларусь могут быть объяснены, если можно так выразиться, скудностью отечественного процессуального права. Ограниченное число судебных производств, в рамках которых происходит рассмотрение конкретных дел, вынуждает исследователей искать новые источники действующего права за пределами континентальной правовой семьи. Между тем, на наш взгляд, более перспективным является иной путь – создание относительно самостоятельных юрисдикций – судебных производств по административным, семейным, жилищным, трудовым и иным делам.

Необходимые правовые основания к этому в текущем законодательстве имеются. Так, в Законе о хозяйственных судах в Республике Беларусь предусматривается возможность создания наряду с уже действующими судами специализированных хозяйственных судов: по банкротству, земельных, налоговых и иных (ст. 2). Однако указанная норма остается, по сути, правовой декларацией, поскольку конкретной реализации она не получила. Более того, развитие судебной системы республики в соответствии с Декретом Президента Республики Беларусь от 29 ноября 2013 г. № 6 «О совершенствовании судебной системы Республики Беларусь» осуществляется не в русле специализации судов, а скорее, их централизации. Декретом предусмотрено объединить Верховный Суд и Высший Хозяйственный Суд, образовав единый высший судебный орган по гражданским, уголовным, административным и экономическим делам – Верховный Суд, возглавляющий систему судов общей юрисдикции Республики Беларусь. Хозяйственные суды областей (города Минска) переименованы в экономические суды областей (города Минска).

Примером адекватного, на наш взгляд, решения данного вопроса выступает немецкое законодательство. В Германии каждому крупному массиву материального права соответствует своя юрисдикция. Помимо Конституционного Суда, в этой стране имеются пять основных самостоятельных юрисдикций: гражданская (споры в области частного права); трудовая (споры между работодателями и работниками); административная (споры в области публичного права); социальная (дела социального страхования и социального обеспечения); финансовая (проверка законности налоговых правоотношений). Каждой из названных юрисдикций соответствует кодифицированный отраслевой нормативный акт: Закон о судоустройстве, Гражданский процессуальный кодекс, Закон о судах по трудовым делам, Закон об административных судах, Закон о судах по социальным делам, Закон о финансовых судах и т. д. Это обстоятельство обеспечивает тщательную разработанность процессуальных норм, на основе которых суды рассматривают подведомственные им дела. Высокий уровень процессуальных гарантий является одним из показателей цивилизованности правовой системы государства в целом.

При всем том, что судебный прецедент в его классическом виде не может быть, с нашей точки зрения, внедрен в отечественную правовую систему, тем не менее, мы полагаем, что в теоретическом плане обращение к прецедентному праву, непредвзятый научный анализ его положительных сторон дают возможность по-новому взглянуть на механизм правового регулирования в нашей стране.

Несомненно, что судебный прецедент как источник права более чутко учитывает особенности конкретных общественных отношений. В этом заключается его очевидное преимущество перед статутным регулированием. Регулирование данного типа зачастую страдает одним существенным недостатком. Норма права в рамках романо-германской правовой семьи имеет общий характер и распространяется на типичные, часто встречающиеся фактические ситуации. По этой причине она нередко превращается в абстрактную правовую декларацию. Соответственно, любой законодательный акт «обрастает» множеством подзаконных актов. Французский юрист Ж-Л. Бержель пишет в этой связи следующее: «Социальная и юридическая эволюция и распыление основных текстов на мелкие части путем издания специальных, различных по сути регламентарных (подзаконных) актов привели к тому, что в системах письменного права сформировалась поистине диктаторская правовая система» [1].

Многие отечественные критики судебного прецедента указывают на его казуистический характер как на недостаток данного источника права, подчеркивая огромное и все возрастающее количество прецедентов, с которыми приходится иметь дело английским судьям (в частности, в Англии в начале XX века собрание судебных прецедентов насчитывало 1800 томов и ежегодно увеличивалось на 10 томов), а также на то, что само существование прецедентных норм объясняется недостатками юридического мышления.

По нашему мнению, такая оценка достаточно стереотипна. Не случайно в некоторых научных исследованиях наметился отход от такого рода понимания. В частности, О.Э. Лейст в этой связи указывает на то обстоятельство, что изучение истории права и законодательства не подтверждает нередко провозглашаемые закономерности развития правовых понятий и норм от конкретных к абстрактным, от казуистических к общим. Напротив, полагает указанный исследователь, зачастую происходит противоположный процесс [6].

Таким образом, авторы далеки от ригористичного взгляда на перспективы данного источника применительно к правовой системе Республики Беларусь. С момента обретения республикой реальной государственной самостоятельности прошло всего двадцать с небольшим лет. Этого слишком мало, чтобы судебная власть обрела

подлинную независимость и собственные юридические традиции. Требуется определенное время, чтобы сформировались стабильное национальное право, устойчивая правоприменительная практика, и соответственно изменился правовой менталитет законодателя, государственных служащих и рядовых граждан в отношении судебной власти. С нашей точки зрения, любая юридическая новелла должна соответствовать политическим, экономическим, историческим, культурным и психологическим традициям, которые складывались в обществе на протяжении многих столетий. Как нам представляется, в оценке зарубежного опыта следует придерживаться взвешенного подхода, избегать непродуманных заимствований и не следовать своего рода «юридической моде».

Следует считаться с объективным противоречием между динамикой социальных отношений и статикой правовых предписаний. Скорость изменения существующих и появления новых общественных связей несопоставима со скоростью эволюции правил поведения, в каких бы источниках они не содержались. Кроме того, на трансформацию источников права в современных правовых системах оказывают серьезное влияние противоречия между общим характером нормы и неизбежными индивидуальными особенностями, присущими взаимоотношениям различных субъектов общественной жизни. В этих условиях использование регулятивных возможностей судебного правотворчества в странах романо-германской правовой семьи представляется вполне естественным. Другое дело, что с учетом исторических традиций того или иного государства процесс такой «интеграции» не может протекать одинаково, и его формы, разумеется, никогда не будут полностью совпадать со сложившимися в странах общего права вариантами судебного правотворчества.

Пристатейный библиографический список

1. Бержель Ж-Л. Общая теория права. – М.: Nota bene, 2000.
2. Бибило В.Н. Формы судебной практики как источника права // Веснік Гродзенскага дзяржаунага універсітэта імя Янкі Купалы. – 2008. – № 2. – (Серыя 4. Правазнаўства).
3. Василевич Г.А. Судебный прецедент как источник права // Юстиция Беларуси. – 2004. – № 7.
4. Иванова Т.В. Понятия «судебный прецедент» и «судебная практика»: их трактовка и определения // Веснік Беларус. дзярж. ун-та. – 2010. – № 1. – (Серыя 3).
5. Исаева Т.В. Значение судебной практики в системе источников гражданского права Российской Федерации // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 2 (3). – С. 85–86.
6. Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. – М.: Зерцало, 2002.
7. Красина Е.Н. Международный судебный прецедент как элемент модернизации правовой системы России // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. – 2011. – № 1. – С. 25–27.
8. Мазуренко А.П. Законодательная политика: общетеоретический аспект // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 2 (3). – С. 121–-123.
9. Марченко М.Н. Правовые системы современного мира. – М.: Зерцало-М, 2001.
10. Оспанов Е.А. Роль судебной практики в оценке правовой системы общества // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 2 (3). – С. 83–84.
11. Подгруша В. Contra legem: pro et contra // Юстиция Беларуси. – 2003. – № 4.
12. Судебная практика в советской правовой системе. – М.: Юрид. лит., 1975.
13. Фридмэн Л. Введение в американское право. – М.: Прогресс, 1993.
14. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. – Т. 1. – М.: Междунар. отношения, 1998.

References (transliterated)

1. Berzhel' Zh-L. Obshhaja teorija prava. – M.: Nota bene, 2000.
2. Bibilo V.N. Formy sudebnoj praktiki kak istochnika prava // Vesnik Grodzenskaga dzjarzhaunaga universitjeta imja Janki Kupaly. – 2008. – № 2. – (Seryja 4. Pravaznaustva).
3. Vasilevich G.A. Sudebnyj precedent kak istochnik prava // Justicija Belarusi. – 2004. – № 7.
4. Ivanova T.V. Ponjatija «sudebnyj precedent» i «sudebnaja praktika»: ih traktovka i opredelenija // Vesnik Belarus. dzjarzh. un-ta. – 2010. – № 1. – (Seryja 3).
5. Isaeva T.V. Znachenie sudebnoj praktiki v sisteme istochnikov grazhdanskogo prava Rossijskoj Federacii // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 2 (3). – S. 85–86.
6. Lejst O.Je. Sushhnost' prava. Problemy teorii i filosofii prava. – M.: Zercalo, 2002.
7. Krasina E.N. Mezhdunarodnyj sudebnyj precedent kak jelement modernizacii pravovoj sistemy Rossii // Uchenye trudy Rossijskoj akademii advokatury i notariata. – 2011. – № 1. – S. 25–27.
8. Mazurenko A.P. Zakonodatel'naja politika: obshheteoreticheskij aspekt // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 2 (3). – S. 121–-123.
9. Marchenko M.N. Pravovye sistemy sovremennogo mira. – M.: Zercalo-M, 2001.
10. Ospanov E.A. Rol' sudebnoj praktiki v ocenke pravovoj sistemy obshhestva // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 2 (3). – S. 83–84.
11. Podgrusha V. Contra legem: pro et contra // Justicija Belarusi. – 2003. – № 4.
12. Sudebnaja praktika v sovetskoj pravovoj sisteme. – M.: Jurid. lit., 1975.
13. Fridmjen L. Vvedenie v amerikanskoe pravo. – M.: Progress, 1993.
14. Cvajgert K., Ketc H. Vvedenie v sravnitel'noe pravovedenie v sfere chastnogo prava. – T. 1. – M.: Mezhdunar. otnoshenija, 1998.

Хасанов Ф.З.

К ВОПРОСУ О ПРОТИВОДЕЙСТВИИ КОРРУПЦИИ В СФЕРЕ ЗДРАВООХРАНЕНИЯ

Цель: *Рассмотрение основных аспектов противодействия коррупционным проявлениям в сфере здравоохранения.*

Методология: *Автором применялись формально-юридический метод и метод изучения материалов уголовных дел.*

Результаты: *В статье отмечается, что коррупция в сфере здравоохранения представляет повышенную общественную опасность, поэтому государству необходимо сконцентрировать основные усилия в деле противодействия коррупции. Делается вывод о том, что коррупция самым негативным образом сказывается на развитии экономики и социальной инфраструктуры. Рассматриваются конкретные примеры коррупционных проявлений.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья имеет определенную научную ценность, поскольку содержит авторские выводы и обобщения относительно определения коррупционных преступлений в сфере здравоохранения.*

Ключевые слова: *коррупция, здравоохранение, борьба, государство, противодействие, закон, ответственность.*

Hasanov F.Z.

TO THE QUESTION OF COUNTERACTION OF CORRUPTION IN THE HEALTH CARE SPHERE

Purpose: *Consideration of the main aspects of corruption manifestations in the health care sphere.*

Methodology: *The author applied a formal-legal method and a method of studying of materials of criminal cases.*

Results: *In article it is noted that corruption in the sphere of health care constitutes the increased public danger, in this regard the state needs to concentrate the main efforts in corruption counteraction. The conclusion that corruption negatively affects development of economy and a social infrastructure is drawn. Concrete examples of corruption manifestations are reviewed.*

Novelty/originality/value: *Article has a certain scientific value as contains author's conclusions and generalizations concerning definition of corruption crimes in the health care sphere.*

Keywords: *corruption, health care, fight, state, counteraction, law, responsibility.*

В соответствии со ст. 41 Конституции РФ медицинская помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения оказывается гражданам бесплатно за счет средств соответствующего бюджета, страховых взносов, других поступлений. За последние 4 года расходы федерального бюджета на здравоохранение увеличились в два раза – с 202,8 млрд руб. до 413 млрд руб. [2]. Однако нередко бесплатно получить эффективную медицинскую помощь гражданам либо затруднительно, либо невозможно по причине коррупции в данной сфере.

В течение ряда последних лет сфера здравоохранения входит в тройку самых коррумпированных. По данным, приведенным Председателем Верховного Суда РФ В.М. Лебедевым в январе 2009 г., из 1300 человек, осужденных в 2008 г. за взяточничество, 20,3 % – работники здравоохранения [4], а в 2013 г. он констатировал, что «22 % из 1300 человек были осуждены за получение взятки, и каждый пятый – работник здравоохранения» [5].

Согласно ч. 2 ст. 9 Федерального закона от 21 ноября 2011 года № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» органы государственной власти и органы местного самоуправления, должностные лица организаций несут в пределах своих полномочий ответственность за обеспечение гарантий в сфере охраны здоровья, установленных законодательством РФ. В здравоохранении и социальной сфере работают более 10 миллионов человек, и большинство из них честно выполняет свои функции. Особенностью коррупции в сфере здравоохранении является тот факт, что медицинские работники, призванные охранять здоровье и жизнь людей, используя свое служебное положение, совершают преступления, зачастую не оставляя человеку право выбора.

Получение взятки за совершение незаконных действий и совершение таких действий, образующих состав преступления, судами квалифицировались как по совокупности, так и за получение взятки за незаконные действия. Например, приговором Мелеузовского районного суда В. осуждена по ч. 2 ст. 290, ч. 1 ст. 292 УК РФ к 3 годам лишения свободы условно. Она признана виновной в том, что, будучи врачом-офтальмологом,

в нарушение должностной инструкции, не проводя какого-либо осмотра и обследования Ю., внесла в его амбулаторную медицинскую карту заведомо ложные сведения и указала вымышленный диагноз, дающий право на открытие пациенту больничного с последующей выпиской листка нетрудоспособности, после чего велела Ю. прийти к ней на прием вместе с денежными средствами для получения листка нетрудоспособности. В этот день Ю., являясь уже на этот момент участником оперативно-розыскного мероприятия «оперативный эксперимент», пришел в рабочий кабинет к В. Достоверно зная, что листок нетрудоспособности является официальным документом и бланком строгой отчетности, не проводя какого-либо осмотра, она оформила ему листок нетрудоспособности, в который внесла заведомо ложные сведения о болезни Ю. По устному указанию В. он оставил деньги в сумме 1000 рублей в смотровой комнате рабочего кабинета последней. Получив незаконное денежное вознаграждение, В. выдала ему листок нетрудоспособности.

Общественная опасность коррупции в сфере здравоохранения крайне высока, так как выплаченные в качестве взяток деньги должны были бы пойти на лекарства, медицинское оборудование, в конечном счете – на лечение и сохранение жизни людей.

Неформальные платежи в сфере здравоохранения, по сути, являются одной из форм взяточничества, так как это прямые выплаты, которые выплачиваются самостоятельно или в дополнение к любым иным выплатам, установленным в соответствии с действующим законодательством РФ, в денежной или натуральной форме, пациентами или другими лицами, действующими от их имени, поставщикам медицинских услуг за услуги, на которые пациенты имеют право. Так, приговором Стерлитамакского городского суда С. осуждена по ч. 1 ст. 290 УК РФ с применением ст. 64 УК РФ к штрафу в размере 100000 рублей. Она, заведующая первым гинекологическим отделением муниципального бюджетного учреждения здравоохранения «Городская больница № 3», согласно должностной инструкции обладала, кроме прочих, полномочиями принимать на стационарное лечение в отделение больных и оказывать им квалифицированную помощь, являлась должностным лицом, выполняющим организационно-распорядительные функции. Судом установлено, что, имея умысел на получение незаконного вознаграждения, С. попросила у К. за проведенную операцию по удалению кисты левого яичника сумму в 4000 рублей, составляющую, по её словам, половину от стоимости платного лечения, на что К. согласилась. Деньги ею были получены за немедленную госпитализацию больной и проведение операции, то есть за действия, входящие в служебные полномочия и совершенные в пользу взяткодателя.

Обобщение результатов изученной судебной практики и мнений ученых позволяет выявить типичные коррупционные деяния в области здравоохранения: хищения (растраты) бюджетных средств, иных материальных средств здравоохранения (лекарств, медикаментов, оборудования); хищения при госзаказах (так называемые «откаты» при поставках оборудования, медикаментов, товаров, услуг, строительстве, ремонте); взятки (вымогательства) с пациентов или их представителей; взятки (вымогательства) с медицинского персонала за должности (право проведения операции, покровительство и попустительство); мошенничество в отношении пациентов или их представителей (требование платы за неоказанные услуги, навязывание услуг, навязывание лекарств за взятки фармкомпаний, рекомендации больным произведенных ими лекарственных средств и БАДов, медицинской техники, ортопедических изделий (разумеется, не самых дешевых и зачастую не самых эффективных), анестезиологи предлагают лекарство, якобы чтобы лучше перенести операцию, – на деле оно одно); мошенничество и хищения со страховыми компаниями; подлоги документов пациентов, документов сотрудников (оформление на работу несуществующих сотрудников); фальсификация данных о результатах клинических испытаний лекарственных препаратов; незаконное участие в предпринимательской деятельности (создание частных медучреждений наряду с работой в бюджетных, торговля медикаментами); злоупотребление должностными полномочиями; нецелевое расходование бюджетных средств; нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов; превышение должностных полномочий; подделка лекарств; незаконный сбыт наркотических средств, психотропных веществ или их аналогов, нарушение правил их оборота; подкуп сотрудников контролирующих органов и медицинских работников; незаконное помещение в психиатрический стационар.

Обнаружение преступлений коррупционной направленности, в том числе в сфере здравоохранения, представляет определенную сложность, поскольку большинство из них относится к так называемым «двусторонним», то есть таким, где нет потерпевшего – стороны, заинтересованной в выявлении такого преступления и наказании виновных, что обусловливает их высокую латентность.

Государственные органы в России, озабоченные ситуацией в здравоохранении, приняли ряд важных актов. Также действует достаточное количество программ и документов, призванных противодействовать коррупции в целом. Однако ни существующее законодательство, ни правоприменительная практика пока не могут эффективно противостоять коррупции, в частности в сфере здравоохранения. Недостаточная эффективность уголовно-правовых норм, а также неудовлетворительная работа правоохранительных органов в значительной мере предопределили рост преступлений, совершаемых в сфере здравоохранения. Указанные обстоятельства негативно отражаются на превентивной роли уголовного законодательства, оно перестает выполнять задачу предупреждения новых преступлений.

Субъектами коррупционных преступлений в сфере здравоохранения могут быть работники, в том числе медицинские, постоянно, временно или по специальному полномочию выполняющие организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных и муниципальных учреждениях системы здравоохранения, а также в Вооруженных силах Российской Федерации, других войсках и воинских формированиях Российской Федерации, а также иные лица, выполняющие такие функции в государственных органах, органах местного самоуправления, связанные с вопросами здравоохранения, а также лица, выполняющие управленческие функции в коммерческой или иной организации здравоохранения, в некоммерческой медицинской организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением.

К особенностям, характеризующим субъектов коррупционных преступлений в области здравоохранения, можно отнести следующие: наличие атрибутов внешней респектабельности и добропорядочности, создающих благоприятное впечатление и формально подразумевающих законопослушность, а также предполагающих высокий социальный статус субъекта; развитый интеллект, высокий уровень образования и профессиональной подготовки; в основном хорошее знание законодательства, регулирующего сферу их деятельности; склонность к сочетанию законных и противоправных методов при осуществлении своих профессиональных и должностных обязанностей; высокие жизненные (материальные) стандарты и целевая установка на их достижение; наличие специфических личностных качеств – значительного самомнения, самоуверенности, цинизма в отношениях с другими людьми, стремления к достижению лидирующих позиций в профессии, невзирая на способы карьеристских устремлений.

Основными причинами и условиями, порождающими коррупционные преступления в сфере здравоохранения, являются: существующий остаточный принцип финансирования российского здравоохранения; низкий уровень доходов и социальной защиты сотрудников сферы здравоохранения; наличие фактов расслоения российского здравоохранения на элитное и «для бедных»; повышенная латентность совершаемых медицинскими работниками коррупционных преступлений в сфере здравоохранения; корпоративная солидарность медицинских работников в сокрытии фактов коррупции в сфере здравоохранения; отсутствие статистической отчетности по коррупционным преступлениям в сфере здравоохранения; пробельность в законодательном регулировании сферы здравоохранения: отсутствие систематизации, дублирование материала, противоречия между нормами различных правовых актов, многочисленные отсылочные нормы; активное вынужденное участие граждан в коррумпировании российского здравоохранения.

В мире существует ряд международных организаций, активно противодействующих коррупции в здравоохранении: ВОЗ, Европейская сеть по борьбе с мошенничеством и коррупцией в сфере здравоохранения (European Healthcare Fraud and Corruption Network, EHFCN) (СБМК), Центр противодействия мошенничеству (Center for Counter Fraud Services, CCFS) при Портсмутском университете Великобритании (Portsmouth University), Европейская обсерватория по системам и политике здравоохранения. К сожалению, Россия не состоит ни в одной из указанных организаций, кроме ВОЗ. Необходимо создать специальные подразделения по борьбе с коррупцией в сфере здравоохранения, а коррупционеры и вступающие с ними в сговор государственные чиновники системы здравоохранения должны подвергаться судебному преследованию и соответствующему тяжести коррупционного деяния реальному наказанию. Решить проблему коррупции в России можно, если увеличить государственное финансирование на выплату зарплаты работникам системы здравоохранения и закупки медикаментов и предметов медицинского назначения, сделать систему здравоохранения прозрачной и подотчетной, усилить государственный контроль. Именно такие меры хорошо зарекомендовали себя

в зарубежной практике. Было бы уместно принятие в России Кодекса корпоративного управления для медицинских работников, аналогичного существующему во многих странах мира.

В большинстве случаев судами за преступления коррупционной направленности назначалось наказание в виде условного лишения свободы либо штрафа. Данные виды наказания обусловлены тем, что в числе прочих обстоятельств уголовные дела рассматривались в особом порядке судебного разбирательства при полном согласии обвиняемых с предъявленным обвинением.

Решения в отношении вида и размера назначенного наказания принимались судами с учетом характера действия (бездействия) виновных лиц, обстоятельств, связанных с поведением осужденных во время или после совершения преступлений, обстоятельств, влияющих на оценку степени общественной опасности содеянного (в частности, полное признание вины, явка с повинной, активное способствование раскрытию преступления, возмещение причинённого ущерба), а также данных о личности подсудимых (наличие на иждивении малолетних детей, положительные характеристики, состояние здоровья и пр.).

Поскольку назначение дополнительных наказаний является одним из способов повышения эффективности уголовного наказания, следует признать правильной практику тех судов, которые в соответствии с санкцией статьи обсуждают возможность и с учетом обстоятельств дела назначают одно из указанных в законе дополнительных наказаний, например штраф либо лишение права занимать определенные должности.

Специально-криминологические меры по предупреждению коррупционных преступлений в здравоохранении, осуществляемые с обязательным участием представителей органов государственной или муниципальной власти, а также руководителей разного уровня в системе здравоохранения, в свою очередь, можно разделить на следующие: разработка и реализация на федеральном, региональном и местном уровнях мероприятий по увеличению финансирования системы здравоохранения за счет ассигнований из федерального бюджета; совершенствование контроля над эффективностью использования бюджетных средств, выделяемых на здравоохранение. Вариантом усиления таких контрольных мер может стать публикация в средствах массовой информации органами государственного управления и руководящими органами здравоохранения отчетов о расходовании бюджетных средств всеми лечебными учреждениями. В систему действий по снижению коррупциогенных факторов должны быть включены меры по обеспечению открытости информации и предоставлению доступа к вакансиям в органах управления системой здравоохранения. К числу таких мер следует отнести и гласность условий конкурса, ротацию кадров медицинских работников; внедрение новых образовательных стандартов и методик с целью повышения уровня правовой культуры молодых специалистов, а также формирования ответственного профессионального поведения врачей и медицинского персонала, включая внедрение во всех высших медицинских учебных заведениях курса правовых дисциплин с целью информирования студентов-медиков о правовом статусе врача и пациента, организационной структуре системы здравоохранения, юридической ответственности за ненадлежащее исполнение обязанностей медицинского работника и злоупотребление своими полномочиями; обеспечение неукоснительного соблюдения учета экспертного мнения врачебного сообщества при разработке и принятии законодательных актов в сфере здравоохранения.

Пристатейный библиографический список

1. Доклад Генерального прокурора Российской Федерации Ю.Я. Чайки в Совете Федерации Федерального Собрания Российской Федерации // Прокурор. – 2012. – № 3. – С. 4–21.

2. Краснопольская И. В России увеличились расходы на здравоохранение // Российская газета. – 2012. – 18 марта.

3. Полукаров А.В., Куракин А.В. О необходимости введения уголовной ответственности юридических лиц за коррупцию в сфере здравоохранения // Административное и муниципальное право. – 2013. – № 1. – С. 24–29.

4. Тихомиров А.В. Коррупция в здравоохранении // Главный врач: хозяйство и право. – 2009. – № 6.

5. Интервью В.М. Лебедева телепрограмме «Вести в субботу». 23 февраля 2013 г.

References (transliterated)

1. Doklad General'nogo prokurora Rossijskoj Federacii Ju.Ja. Chajki v Sovete Federacii Federal'nogo Sobranija Rossijskoj Federacii // Prokuror. – 2012. – № 3. – S. 4–21.

2. Krasnopol'skaja I. V Rossii uvelichilis' rashody na zdravoohranenie // Rossijskaja gazeta. – 2012. – 18 marta.

3. Polukarov A.V., Kurakin A.V. O neobhodimosti vvedenija ugolovnoj otvetstvennosti juridicheskih lic za korrupciju v sfere zdravoohranenija // Administrativnoe i municipal'noe pravo. – 2013. – № 1. – S. 24–29.

4. Tihomirov A.V. Korrupcija v zdravoohranenii // Glavnyj vrach: hozjajstvo i pravo. – 2009. – № 6.

5. Interv'ju V.M. Lebedeva teleprogramme «Vesti v subbotu». 23 fevralja 2013 g.

Царенко В.И., Хома В.А.

ПОНЯТИЕ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ ОРГАНАМИ ДОХОДОВ И СБОРОВ УКРАИНЫ: СУЩНОСТЬ И ОПРЕДЕЛЕНИЕ

Цель: *Исследовать положения законодательства Украины, определяющие мероприятия органов доходов и сборов Украины по защите прав интеллектуальной собственности (далее – ИС); исследовать юридическую сущность этих мероприятий и выработать предложения по уточнению законодательства.*

Методология: *Авторами использовались методы юридического анализа, синтеза, сравнения, конкретизации, аналогии и другие.*

Результаты: *В статье предложено внедрить систему автоматического формирования таможенного реестра объектов права ИС без дополнительного заявления правообладателя в центральный орган исполнительной власти, обеспечивающий реализацию государственной политики в сфере государственного таможенного дела. По убеждению авторов, это послужит формированию более эффективной системы охраны и защиты прав ИС в Украине. Также по результатам анализа научных взглядов и положений законодательства авторы пришли к выводу о наличии узкого и широкого понимания охраны прав ИС. Исследование содержания мероприятий, которые применяют органы доходов и сборов Украины в вопросах охраны и защиты прав ИС, определяемых в Таможенном кодексе Украины (далее – ТКУ) как «содействие защите прав ИС», позволило сделать вывод о том, что они, безусловно, являются мероприятиями по защите прав ИС. На основании этого предложено внести изменения в название раздела XIV ТКУ и сформулировать его как «Мероприятия по защите прав интеллектуальной собственности во время перемещения товаров через таможенную границу Украины» в соответствии с содержанием.*

Новизна/оригинальность/ценность: *В статье предложены авторские выводы о наличии узкого и широкого понимания «охраны прав ИС». Впервые предлагается внедрить систему автоматического формирования таможенного реестра объектов права ИС без дополнительного заявления правообладателя, а также внести изменения в название раздела XIV ТКУ.*

Ключевые слова: *охрана, мероприятия по защите прав интеллектуальной собственности, содействие защите прав интеллектуальной собственности, органы доходов и сборов.*

Tsarenko V.I., Khoma V.A.

CONCEPT OF PROPERTY RIGHTS OF INTELLECTUAL PROTECTION BY BODIES OF INCOME AND CHARGES OF UKRAINE: THE ESSENCE AND DEFINITION

Purpose: *To investigate the novels of Ukrainian legislation defining steps on Protection of Intellectual Property Rights (hereinafter – IPR) by bodies of income and charges of Ukraine; to research the legal nature of these activities and to develop proposals to clarify the law.*

Methodology: *The methods of legal analysis, synthesis, comparison, specification, and similar others were used by authors.*

Results: *To introduce a system of automatic formation of the customs register of IPR without additional application owner in the central body of executive power, providing the implementation of state policy in the sphere of state customs is proposed in the article. According to the authors, it would help to establishing more effective system of the protection and enforcement of IPR in Ukraine. Also, according to results of analysis of scientific views and novels of the legislation, the authors came to the conclusion that there is a narrow and a broad understanding of «the protection of IPR». Researching of the content of activities that are used by bodies of income and charges of Ukraine to the protection and enforcement of IPR, are defined in the Customs Code of Ukraine (hereinafter – CCU) as «promotion to the protection of IPR», led to the conclusion that they are by far the protection measures IPR. On this basis is proposed to amend the title of section XIV CCU and formulate it as «Measures to protect intellectual property rights during the movement of goods across the customs border of Ukraine» in accordance with the content .*

Novelty/originality/value: *The narrow and a broad understanding of «the protection of IPR» are suggested by authors in the article. Firstly is proposed to implement the automatic formation system of the customs register of IPR without additional application of rights-owner. Also firstly is proposed to amend the title of the section XIV CCU.*

Keywords: *security, measures to protect intellectual property rights, promote the protection of intellectual property rights bodies income and fees.*

Выбранная Украиной стратегия построения цивилизованных рыночных отношений, обеспечения социально-ориентированной экономики и инновационного социально-экономического развития, опирающаяся, прежде всего, на активизацию собственного интеллектуального потенциала, обусловила острую необходимость формирования эффективной правовой охраны и защиты прав интеллектуальной собственности (далее – ИС). Поскольку на протяжении последних десяти лет осуществлялся активный правотворческий процесс в этом направлении, то сегодня мы уже можем утверждать, что в Украине создана современная законодательная база по охране и защите прав интеллектуальной собственности. Эта система правовых источников состоит из конституционных норм, норм кодексов, законов, ряда подзаконных актов и в целом соответствует международным требованиям, которые определены Соглашением о торговых аспектах прав ИС (далее – Соглашение ТРИПС) Всемирной торговой организации (ВТО). В частности Всемирная организация защиты ИС констатировала значительные позитивные изменения в украинском законодательстве в этой сфере. Кроме того, в письме этой организации отмечается, что в Украине создана одна из самых эффективных систем защиты прав ИС в Восточной Европе [7].

Правотворческий процесс продолжается и поныне. Результаты такого правотворчества коснулись и правового регулирования таможенного дела. В частности, в разделе XIV Таможенного кодекса Украины (далее – ТКУ) законодатель определил систему мероприятий органов доходов и сборов по содействию защите прав ИС при перемещении товаров через таможенную границу Украины. Статьи этого раздела ТКУ основаны на положениях Соглашения ТРИПС, которые являются одним из 28 соглашений системы Генерального соглашения по тарифам и торговле ВТО. Они направлены на гармонизацию таможенного законодательства Украины в сфере защиты прав ИС с общепринятыми в европейской и мировой практике нормами и стандартами. По мнению ученых, положения этого раздела являются результатом достаточно качественной имплементации норм международных соглашений в сфере защиты прав ИС [2]. Однако детальный юридический анализ содержания статей раздела обнаруживает отдельные проблемы современного правотворчества, в ходе которого широко применяются новые термины, а также расширяется и развивается содержание ранее употребляемых понятий. При этом одни понятия вводятся в нормативные акты после тщательного научного обоснования, другие же, наоборот, становятся предметом детального научного анализа после применения их законодателями, что часто приводит к разрозненному толкованию терминов и негативно сказывается на правореализационной практике. Все это вызывает необходимость научно-профессионального толкования ряда употребляемых терминов и положений, а иногда и внесения изменений в нормативно-правовые акты. В частности, в разделе XIV ТКУ использована новая конструкция: «содействие защите прав ИС», которая по своему содержанию отличается от устоявшегося подхода к пониманию понятий «охрана» и «защита» прав ИС.

Мнения ученых о необходимости отождествления или разграничения понятий охраны и защиты прав ИС разделились. Традиционно охрану прав ИС понимают как установление системы правовых норм, регулирующих отношения по поводу создания и использования объектов ИС. Считается, что охрана (англ. protection) является более широким понятием, чем защита (англ. enforcement). По мнению А.А. Обущак и С.А. Обущак, она представляет собой совокупность мероприятий, направленных на обеспечение нормальной реализации прав, а также на защиту прав в случае их нарушения или оспаривания. Процесс охраны прав на объекты ИС реализуется через конкретные средства государственного влияния, которые существуют преимущественно в правовой форме и могут проявляться или путем установления правовых норм, или их, прежде всего, положительного применения [4].

Вместе с тем, разграничивая понятия охраны и защиты прав ИС, последнее мы определяем как комплекс мероприятий, направленных на признание и восстановление прав ИС в случае их нарушения. Разграничение понятий охраны и защиты возможно и необходимо осуществлять относительно их цели. Цель охраны – создание государством гарантий правообладателю для надлежащей реализации права собственности (во всех её правомочиях – владения, пользования и распоряжения) на объект ИС. Цель защиты права собственности в случае нарушения, непризнания или его оспаривания – восстановление или признание такого права путем применения принудительных мер государственными органами или путем самозащиты правообладателя ИС. Защита прав ИС осуществляется судом, Президентом Украины, органами государственной власти или органами местного самоуправления, а также путем самозащиты правообладателя ИС (ст. 15–20 Гражданского кодекса Украины).

На основании вышеизложенного можно сделать вывод о существовании узкого и широкого понимания понятия «охрана прав ИС». В широком смысле, по нашему мнению, это комплекс правотворческих, организационно-распорядительных мероприятий государства по созданию благоприятных условий для всестороннего обеспечения надлежащей реализации всех правомочий права ИС, а также их защиты в случае нарушений. В узком понимании это установление системы правовых норм, регулирующих отношения по поводу создания и использования объектов ИС, что имеет место на этапе до их нарушения. А, соответственно, защита, обособленно от охраны, понимается как комплекс государственно-принудительных мер, направленных на признание и восстановление прав ИС исключительно в случаях их нарушения [6].

Поэтому, по нашему мнению, следует отказаться от новой конструкции, примененной в разделе XIV ТКУ, «содействие защите прав интеллектуальной собственности» в пользу устоявшегося в науке понятия «меры по защите прав интеллектуальной собственности», поскольку юридический анализ мероприятий, которые осуществляют органы доходов и сборов Украины, определенных в разделе XIV ТКУ, свидетельствует об их государственно-принудительном характере. Например, в соответствии с п. 4 ст. 397 ТКУ вывоз с таможенной территории в неизменном виде товаров, таможенное оформление которых приостановлено по подозрению в нарушении прав интеллектуальной собственности, запрещается до завершения процедуры такого приостановления. Также в п. 1 ст. 399 ТКУ определено, что в случае если орган доходов и сборов на основании данных таможенного реестра объектов ИС собственности, охраняемых в соответствии с законом, обнаруживает признаки нарушения прав ИС в отношении товаров, предъявленных к таможенному контролю и таможенному оформлению, их таможенное оформление приостанавливается, а товары подлежат размещению на складе этого органа. Перечисленные меры связаны с нарушением прав ИС, поэтому по своему содержанию являются исключительно «мерами по защите прав ИС», в отличие от «охраны прав ИС». Такую точку зрения о государственно-принудительном характере мероприятий органов доходов и сборов в вопросах защиты ИС поддерживает также В.В. Колесниченко [2].

Напомним, что административное принуждение – это применение соответствующими субъектами к лицам, которые не находятся в их подчинении, независимо от воли и желания последних, предусмотренных административно-правовыми нормами мер воздействия морального, имущественного, личного (физического) и иного характера с целью защиты соответствующих общественных отношений путем предупреждения и пресечения правонарушений, а также наказания за их совершение. Ст. 23 Кодекса Украины об административных правонарушениях определяет, что административные взыскания являются мерой ответственности и применяются в целях воспитания лица, совершившего административное правонарушение, в духе соблюдения законов Украины, уважения к правилам общежития, а также предупреждения совершения административных правонарушений как самим правонарушителем, так и другими лицами. Наряду с вышеупомянутыми мероприятиями органы доходов и сборов Украины могут применять в случае противоправного перемещения товаров через таможенную границу Украины с нарушением прав ИС следующие основные государственно-принудительные меры: административное задержание лица (ст. 507 ТКУ); приостановление таможенного оформления таких товаров (п. 3 ст. 397 ТКУ); временное изъятие товаров, транспортных средств и документов (ст. 399 ТКУ), приостановление таможенного оформления товаров по инициативе таможенного органа (ст. 400 ТКУ). Кроме этого могут применяться дополнительные меры – таможенное обследование территорий, помещений предприятий или транспортных средств, получение проб и образцов для проведения экспертиз.

Таким образом, органы доходов и сборов нами рассматриваются как один из элементов государственного механизма защиты прав ИС, определенных Гражданским кодексом Украины.

Кстати, в Таможенном кодексе Республики Беларусь и Таможенном кодексе Российской Федерации также используют конструкцию «меры по защите прав интеллектуальной собственности».

Сейчас правообладатели чаще применяют гражданско-правовой порядок защиты прав ИС в судах общей юрисдикции. По нашему мнению, это происходит из-за низкой эффективности механизма административной защиты прав ИС и определенной бюрократической волокиты, связанной с внесением объекта прав ИС в таможенный реестр объектов права интеллектуальной собственности.

Хотим отметить, что созданная в разделе XIV ТКУ система содействия защите прав ИС его правообладателем при перемещении товаров через

таможенную границу Украины имеет достаточно демократический характер. В частности, если правообладатель считает нужным использовать правовые возможности осуществления защиты своей ИС, то органы доходов и сборов могут этому способствовать. Если правообладатель не желает осуществлять определенные действия по защите своих прав, то государство, и, в частности, органы доходов и сборов, освобождаются от осуществления мероприятий по защите его прав. Однако использование правообладателем именно такой системы содействия защите прав ИС органами доходов и сборов требует от него не только знания норм таможенного и иного законодательства, но и материальных и временных затрат. Это препятствует реализации правообладателем своего права защиты прав ИС в такой форме.

Считаем, что необходимо создать систему автоматического формирования таможенного реестра объектов права ИС, которые охраняются в соответствии с законом, без дополнительного заявления правообладателя в центральный орган исполнительной власти, обеспечивающий реализацию государственной политики в сфере государственного налогового и таможенного дела. Объект права ИС при регистрации в государственном органе, который выдает охранный документ, должен вноситься автоматически и в таможенный реестр объектов права ИС, охраняемых в соответствии с законом. Во-первых, это уменьшит количество бюрократических формальностей по защите прав ИС для правообладателей. Во-вторых, такой порядок формирования таможенного реестра объектов права ИС становится дополнительным широкомасштабным средством предотвращения любых нарушений прав ИС при перемещении товаров через таможенную границу Украины. Поэтому такие меры будут способствовать повышению уровня действенности государственного механизма административной защиты прав ИС.

Мы осознаем, что реализация системы автоматического формирования таможенного реестра объектов права ИС увеличит нагрузку на органы доходов и сборов, поскольку требует повышения квалификации инспекторского состава в вопросах защиты прав ИС и увеличения количества проверок, связанных с ростом количества объектов в реестре. Однако мы убеждены, что это может иметь место только на начальном этапе. Надеемся, что со временем, когда система начнет реализовывать превентивную функцию, количество нарушений прав ИС существенно снизится, и соответственно уменьшится количество проверок.

Оппоненты могут утверждать, что защита прав ИС осуществляется на основании желания правообладателя, и только правообладатель вправе решать, вносить ему свой объект права ИС в реестр или нет, обращаться в суд в случае задержки оформления инспекторами доходов и сборов контрафактного товара или не обращаться, проводить экспертизу товаров или не проводить. По нашему мнению, вопросам защиты права собственности и защиты прав ИС государство должно уделять больше внимания из-за того, что утверждение и обеспечение прав и свобод человека является главной обязанностью государства. Однако считаем, что правообладатель должен иметь возможность по своему желанию исключить из таможенного реестра принадлежащий ему объект права ИС по своему заявлению.

С введением такой системы решится проблема пассивности правообладателя относительно защиты от нарушений его права ИС даже при наличии значительных потерь материального и морального характера.

Наряду с этим мы поддерживаем точку зрения И.В. Стрижак о необходимости предоставления дополнительных полномочий инспекторам органов доходов и сборов самостоятельно изымать контрафактные лекарственные и косметические товары [5]. Ведь такие контрафактные товары не только представляют опасность для экономических интересов государства, но и угрожают здоровью населения. Как писал Чарльз Коури, эти проблемные вопросы стали темой активного обсуждения на форумах ученых и практиков разных стран. Участники Американо-африканской конференции частного сектора по вопросам здравоохранения 2010 года, проведенной в Вашингтоне Корпоративным советом по делам Африки, пришли к выводу, что контрафактные лекарственные средства представляют собой серьезную проблему в 90 странах. Ежегодно от них погибают приблизительно 700000 человек. Для успешной борьбы с «пандемией» контрафактных лекарств фармацевтические компании, фармацевтические отраслевые организации, правоохранительные органы и таможенные службы разных стран должны создавать всемирные партнерства [3]. Аналогичные вопросы обсуждались на семинаре «Выявление контрафактных медикаментов и недопущение их обращения в Украине» при поддержке Программы развития коммерческого права (Commercial Law Development Program – CLDP), Министерства торговли США, Ведомства США по патентам и товарным знакам (United States Patent and Trademark Office – USPTO),

посольства США в Украине в координации с Государственной службой Украины по лекарственным средствам, МОЗ Украины, Государственной таможенной службой Украины, Министерством внутренних дел Украины. Руководитель отдела прав интеллектуальной собственности Управления нетарифных мер регулирования Гостаможслужбы А. Гашицкий тогда подтвердил, что правообладатели не проявляют активности по подаче заявлений в Гостаможслужбу об объектах прав ИС [1].

Поэтому считаем необходимым ввести систему автоматического формирования таможенного реестра объектов права ИС, которые охраняются в соответствии с законом, без дополнительного заявления правообладателя в центральный орган исполнительной власти, обеспечивающий реализацию государственной политики в сфере государственного таможенного дела. Это, в свою очередь, послужит формированию более эффективной системы охраны и защиты прав ИС.

Также проведенный нами анализ научных взглядов и положений законодательства позволяет сделать вывод о наличии узкого и широкого понимания охраны прав ИС. Мероприятия, которые применяют органы доходов в вопросах охраны и защиты прав ИС, безусловно, носят государственно-принудительный характер и являются мероприятиями по защите прав ИС. На основании этого предлагаем внести изменения в ТКУ и определять их как «мероприятия по защите прав интеллектуальной собственности» в отличие от существующей конструкции «содействие защите прав ИС». Название XIV раздела ТКУ предлагаем сформулировать следующим образом: «Мероприятия по защите прав интеллектуальной собственности во время перемещения товаров через таможенную границу Украины».

Пристатейный библиографический список

1. Боротьба з контрафактом: фахівці США діляться досвідом з українськими коллегами: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.apteka.ua/article/83498.
2. Колесніченко В.В. Напрямки вдосконалення правового регулювання заходів і процедур адміністративно-правового захисту права інтелектуальної власності // Митна справа. – 2012. – № 5 (84). – С. 73–77.
3. Коури Ч. Контрафактные лекарства угрожают жителям десятков стран: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://www.kontinent.org/article_rus_4cbca5bd26445.html.
4. Обущак О.О., Обущак С.А. Адміністративне регулювання у сфері охорони прав на об'єкти прав інтелектуальної власності // Гуманітарний вісник Запорізької державної інженерної академії: Збірник наукових праць. – 2009. – № 36. – С. 75–86.
5. Стрижак І.В. Проблеми сприяння захисту прав інтелектуальної власності митними органами України // Митна справа. – 2013. –№ 3 (87). – С. 54–59.
6. Харченко В.Б. Уголовно-правовая охрана прав на результаты интеллектуальной деятельности: проблемы законодательного определения и правоприменительной практики // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 1 (2). – С. 74–82.
7. Черняк Т.Н. Охрана интеллектуальной собственности в Украине в условиях ВТО: [Электронный ресурс]. – Режим доступа: URL: http://accl.ru/publikacii/ohrana_intellektualnoy_sobstvennosti_v_ukraine_v_usloviyah_vto.

References (transliterated)

1. Borot'ba z kontrafaktom: fahivci SShA diljat'sja dosvidom z ukraïns'kimi kollegami: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://www.apteka.ua/article/83498.
2. Kolesnichenko V.V. Naprjamki vdoskonalennja pravovogo reguljuvannja zahodiv i procedur administrativno-pravovogo zahistu prava intelektual'noï vlasnosti // Mitna sprava. – 2012. – № 5 (84). – S. 73–77.
3. Kouri Ch. Kontrafaktnye lekarstva ugrozhajut zhiteljam desjatkov stran: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://www.kontinent.org/article_rus_4cbca5bd26445.html.
4. Obushhak O.O., Obushhak S.A. Administrativne reguljuvannja u sferi ohoroni prav na ob'єkti prav intelektual'noï vlasnosti // Gumanitarnij visnik Zaporiz'koï derzhavnoï inzhenernoï akademiï: Zbirnik naukovih prac'. – 2009. – № 36. – S. 75–86.
5. Strizhak I.V. Problemi sprijannja zahistu prav intelektual'noï vlasnosti mitnimi organami Ukraïni // Mitna sprava. – 2013. –№ 3 (87). – S. 54–59.
6. Harchenko V.B. Ugolovno-pravovaja ohrana prav na rezul'taty intellektual'noj dejatel'nosti: problemy zakonodatel'nogo opredelenija i pravoprimenitel'noj praktiki // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 1 (2). – S. 74–82.
7. Chernjak T.N. Ohrana intellektual'noj sobstvennosti v Ukraine v uslovijah VTO: [Jelektronnyj resurs]. – Rezhim dostupa: URL: http://accl.ru/publikacii/ohrana_intellektualnoy_sobstvennosti_v_ukraine_v_usloviyah_vto.

Ершов О.Г., Карпов К.В.

К ДИСКУССИИ О РАЗГРАНИЧЕНИИ ТРУДОВОГО ДОГОВОРА И ДОГОВОРА ПОДРЯДА

Цель: *Выделение в аспекте сравнительного исследования и исторического развития трудового законодательства признаков, позволяющих провести в целях правоприменения разграничение трудового и гражданско-правового договоров.*

Методология: *Авторами использовались историко-правовой, сравнительно-правовой, формально-юридический методы.*

Результаты: *В работе показаны подходы к определению правовой природы трудового договора в зарубежном и российском праве, рассмотрены сложности разграничения трудового и гражданско-правового договоров в процессе правоприменения, и предложен новый критерий для их разграничения.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья имеет определенную научную ценность, поскольку в ней впервые в российской юридической литературе в целях правоприменения при квалификации отношений предложен такой критерий, как момент возникновения права собственности на результат работы.*

Ключевые слова: *трудовой договор, договор подряда, зарубежное право.*

Ershov O.G., Karpov K.V.

TO DISCUSSION ON THE DELIMITATION OF THE EMPLOYMENT CONTRACT AND AN AGREEMENT

Purpose: *Allocation in terms of a comparative study of the historical development and labor legislation signs are in place to for enforcement of labor and differentiation of civil law contracts.*

Methodology: *The authors used the historical-legal, comparative legal, legalistic methods.*

Results: *In work approaches to definition of the legal nature of the employment contract in foreign and Russian law are shown, difficulties of differentiation of labor and civil contracts in the course of right application are considered and it is formulated a new criterion for its consideration.*

Novelty/originality/value: *Article has some scientific value, since it was the first in the Russian legal literature for enforcement purposes in the classification of such relationships is proposed criterion as the time of the ownership of the result.*

Keywords: *employment contract, work contract, foreign law.*

Развитие отношений, связанных с выполнением работы одним лицом в интересах другого лица, предопределяет необходимость дальнейшего реформирования трудового законодательства. Практика показывает, и это, к сожалению, принимается как должное, что трудовые отношения с работником недобросовестные работодатели оформляют не трудовым договором, а гражданско-правовыми договорами подряда или поручения. При этом договор подряда для работодателей рассматривается как преимущественно привлекательная правовая форма, поскольку она так же, как и трудовой договор, отражает регулирование отношений по производству работ. Особенно часто это находит выражение в сфере строительства. Полагаем, что происходит необоснованная искусственная подмена одного института другим. Проблема в первую очередь имеет место, когда возникают трудовые отношения, с момента фактического допущения работника к работе с ведома работодателя (ст. 16 ТК РФ), но трудовые отношения не оформлены приказом о приеме на работу, не подписан трудовой договор между работником и работодателем. В связи с этим, если между работником и работодателем возникает спор, работнику сложно доказать, что он выполнял трудовую функцию, а работодатель, напротив, настаивает на том, что между ним и работником был заключен гражданско-правовой договор подряда.

Объяснение подобной ситуации должно быть связано с установлением причин, которые способствуют тому, что недобросовестные работодатели прибегают к конструкции не трудового, а гражданско-правового договора. На наш взгляд, если провести анализ норм трудового и иного законодательства, таких причин четыре. Во-первых, несение работодателем за работника бремени налогообложения. В настоящее время на работодателе лежит обязанность делать за работника отчисления в Пенсионный фонд и иные фонды. Во-вторых, при заключении трудового договора необходимо соблюдать гарантии, которые предопределены императивными нормами трудового права и не могут быть изменены в худшую по отношению к работнику сторону. Например, гарантии, связанные с исполнением общественных обязанностей (ст. 170 ТК РФ); при направлении

работников в служебные командировки (ст. 167 ТК РФ); гарантии работникам, совмещающим работу с обучением (ст. 173 ТК РФ), и др. В-третьих, работодателя не устраивает общее правило об ограниченной ответственности работника по отношению к работодателю. И, наконец, в-четвертых, работодатель не желает исполнять требования по охране труда работника, поскольку это приводит к дополнительным затратам, проверкам работодателя со стороны контролирующих государственных органов.

Обращаясь к конструкции гражданско-правового договора подряда, работодатель снижает несение бремени фискальной составляющей, не должен соблюдать предусмотренные трудовым законодательством гарантии работнику. В случае причинения работником ущерба есть возможность привлечения причинителя вреда не к ограниченной ответственности, а к ответственности в виде возмещения убытков в полном объеме (п. 1 ст. 15 ГК РФ). Снижаются дополнительные затраты по охране труда, снижается административное давление контролирующих органов. Можно выделить и другие причины, которые позволяют работодателю фактически трудовые отношения оформлять через договор подряда. Конечно, при таком подходе работник становится менее защищенным, и это должно признаваться недопустимым. Фактически происходит необоснованное расширение так называемой хозяйской власти работодателя.

Изложенное означает, что перед наукой трудового, впрочем, как и гражданского права, стоит задача поиска критериев, которые позволили бы в целях правоприменения при возникновении спора между работником и работодателем о том, какой договор стороны все же заключили, провести разграничение трудового договора и договора подряда. Необходимо отметить, что найти такие критерии очень сложно, поскольку у трудового договора и договора подряда общие исторические корни. Если обратиться к классическому римскому частному праву, то трудовые отношения укладывались в гражданско-правовую конструкцию личного найма, и отдельного трудового договора не существовало. Во многом это объяснялось тем, что в большинстве своем работы в рамках хозяйской власти работодателя выполнялись за счет труда рабов, а не наемных работников.

Рецепция римского частного права оказала заметное влияние на формирование гражданского права европейских государств. Если обратиться к юридической литературе, то можно увидеть, что модель трудового договора была предопределена нормами гражданского права. Основная концепция сводилась к тому, что трудовой договор есть договор частноправового характера, обладающий определенной спецификой. Суть такого договора сводилась к тому, что речь шла о правовой форме обмена услугами. Работник предоставлял работодателю услугу, осуществляя в его интересах трудовую деятельность, работодатель оказывал услугу по оплате выполненной работы. По своей природе трудовой договор рассматривался как гражданско-правовая консенсуальная, возмездная, синаллагматическая сделка, обладающая следующими особенностями: выполнение работником работы под руководством работодателя и в его хозяйской власти, выполнение работы за обусловленное вознаграждение [8].

Наверно, следует добавить, что такая сделка носила номинативный характер, поскольку её содержание было предопределено законом. Но если речь шла о гражданско-правовой сделке, то субсидиарно должны были подлежать применению гражданско-правовые нормы о недействительности сделок, заключении сделок через конклюдентные действия и др. Интересно отметить, что концепция трудового договора как гражданско-правовой сделки прослеживается до настоящего времени применительно к зарубежному праву. Так, например, Германское Гражданское Уложение предусматривает нормы трудового права в разделе договора об оказании услуг, в частности об исполнении и расторжении договора с работником, сроке уведомления работника о расторжении договора по инициативе работодателя в зависимости от срока выполнения работником работы (§ 611a, 612a, 613a, 619, 622 ГГУ) [5] и др.

В последующем концепция трудового договора как гражданско-правовой сделки была подвергнута критическому осмыслению. При всей её привлекательности при регулировании отношений она обладала существенным недостатком. Заключение трудового договора должно было подчиняться принципу свободы, который предполагал равные возможности субъектов в выборе контрагента и условий договора. Но это не учитывало трудовые отношения, в которых работодатель и работник равными возможностями в полной мере не обладали. Напротив, трудовые отношения характеризуются тем, что работник занимает положение наиболее «слабой стороны», он не может влиять на работодателя в части исполнения обязательства, формировании всех необходимых условий договора, их изменения, поскольку находится в хозяйской власти работодателя.

В связи с этим родилась мысль о том, что трудовые отношения должны быть оформлены иным, отличным от гражданско-правового, договором. Следствием этого стало то, что в отдельных зарубежных странах были приняты специальные законы о трудовых договорах. Например, во Франции в 1973 году вступил в действие Кодекс труда, в котором закреплены нормы раздела II «Трудовые договоры», специально посвященные особенностям заключения срочных и бессрочных трудовых договоров, а также гарантиям работников [1, 12].

Таким образом, применительно к зарубежному праву можно сделать вывод о том, что в зависимости от того, какая из выделенных концепций преобладает, складывается трудовое и гражданское законодательство. Присутствуют две самостоятельные концепции по вопросу соотношения трудового договора и гражданско-правового договора подряда: а) трудовой договор – гражданско-правовая сделка; б) трудовой договор – самостоятельная правовая конструкция. В России еще до революции была принята вторая концепция, в рамках которой регулирование трудовых отношений обеспечивалось специальными нормами, например Положением о найме на сельские работы, Уставом о промышленном труде и др. [9]. В связи с этим в науке получила обоснование идея о том, что трудовой договор в сравнении с гражданско-правовым обладает особенностями [11]. Необходимость появления конструкции трудового договора была связана с разработкой так называемого фабричного законодательства, которое ограничивало волю работодателя в договорных отношениях.

В настоящее время отечественное трудовое право основано на том, что трудовой договор является самостоятельной правовой конструкцией, отличной от гражданско-правового договора подряда. Во многом нормы трудового законодательства имеют цель защитить работника как наиболее слабую в отношениях сторону от чрезмерной хозяйской власти работодателя, и это не оспаривается, а, напротив, нуждается в поддержке. Правда, следует отметить, что предлагается также объединить трудовой и гражданско-правовой договоры в целях создания единого частного права, и в этом случае работник получает возможность защиты своих прав с помощью такого способа, как возмещение убытков [3].

На наш взгляд, здесь предлагается перейти на модель трудового договора – гражданско-правовой сделки, которая существует в развитых зарубежных странах. В нынешних условиях развития общественных отношений такой шаг является преждевременным. Нельзя забывать, что в той же Германии, с одной стороны, очень развита система страхования, которая позволяет обеспечить защиту работника, с другой – государство верно определило пределы вмешательства в трудовые отношения, тем самым ограничив чрезмерную хозяйскую власть работодателя. В России пока окончательно не сложилось ни первого, ни второго. Переход на концепцию трудового договора – гражданско-правовой сделки работника в настоящее время в большей степени не защитит. Если, например, взять такой способ защиты, как возмещение убытков, то в Концепции развития гражданского законодательства отмечено, что возмещение убытков крайне редко применяется в качестве средства защиты. Особенно остро стоит вопрос о доказывания не только факта причинения убытков, но и их точного размера [10]. В связи с этим совершенно очевидно, что в трудовых отношениях, где работник в сравнении с работодателем является более слабой стороной, он не сможет применить такой способ защиты.

Изложенное указывает на то, что необходимо сохранить трудовой договор как самостоятельную правовую конструкцию, но требуется изменение трудового законодательства. Представляется, что задача юридической науки в этой части во многом заключается в том, чтобы верно определить пределы императивного воздействия, которые, с одной стороны, позволили бы избежать чрезмерного административного давления на работодателя, с другой – обеспечили защиту прав работника как наиболее слабой стороны. В настоящее время такие пределы не определены, вследствие чего работодатель производит искусственную подмену трудового договора гражданско-правовым договором подряда. Если ситуацию пока изменить не представляется возможным, то опять неизбежно возникает необходимость поиска критериев, которые позволили бы в процессе правоприменения разграничить выделенные договоры.

В юридической науке на уровне теории разрабатываются различные критерии, позволяющие провести четкое разграничение рассматриваемых договоров. Например, не вызывает сомнений, что для трудового договора характерно выполнение работником не работы, а трудовой функции согласно занимаемой должности и квалификации, подчинение работника правилам внутреннего трудового распорядка, императивное закрепление гарантий для работника и др. [6]. Более того, есть разъяснения на уровне Постановления Пленума

Верховного Суда РФ от 17.03.2004 № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» о том, что выделенные критерии суд должен проверить на стадии подготовки дела к судебному заседанию.

Безусловно, выделенные положения отсутствуют в договоре подряда, для которого характерно выполнение подрядчиком работы по заданию заказчика, на свой риск, передача результата работы и т. д. В целях сравнения, наверно, можно было более тщательным образом рассмотреть особенности несения риска в трудовых и гражданско-правовых отношениях, задания заказчика и указания работодателя при осуществлении хозяйской власти, как обеспечивается баланс интересов сторон трудового и гражданско-правового договора. Но, несмотря на достаточно высокую степень научной и теоретической разработки трудового договора и договора подряда, можно выделить отрицательный момент – это мало что дает для целей правоприменения. Совершенно очевидно, что нужны дополнительные критерии разграничения, применяя которые, при возникновении спора работник мог бы доказать, что осуществляет трудовую функцию, а у недобросовестного работодателя исключалась бы возможность искусственной необоснованной замены трудового договора гражданско-правовым договором подряда.

При установлении такого рода критериев есть определенные сложности. Во-первых, цивилистическая наука пока не смогла определиться с ключевыми признаками подрядного договора. Например, в одних работах выделяются такие признаки, как: выполнение работы по заданию заказчика, результатом которой является создание новой вещи или переработка существующей; принадлежность созданной вещи изначально на праве собственности подрядчику; самостоятельность подрядчика в выборе средств и способов проведения работы, несение им риска гибели результата работы; выполнение подрядчиком работы за вознаграждение [4]. В других указываются всего три признака: выполнение работы по заданию заказчика; обязанность выполнить работу и передать результат; результат работы всегда носит индивидуальный характер [2]. В этом случае получается, что при сравнении с признаками трудового договора предмет сравнения четко не определен. Во-вторых, поиск критериев сравнения, если ставится цель правоприменения, должен учитывать возможность последующей реализации доказательственной функции при рассмотрении спора. Это становится особенно необходимым, если работник фактически был с ведома работодателя допущен к работе и выполнял работу без надлежащего оформления приказа о приеме на работу и подписанного трудового договора.

Учитывая изложенное, следует обратить внимание, что как в трудовом договоре, так и в договоре подряда, речь идет о получении материального результата в процессе исполнения в виде новой вещи или переработки существующей. Если это принять в качестве исходной посылки, то вещь является объектом отношений собственности, которые предполагают решение вопроса о принадлежности такой вещи тому или иному лицу. Если возникли трудовые отношения, то созданная работником вещь изначально ему на праве собственности не принадлежит, правом собственности на вещь обладает работодатель, как лицо, в чьих интересах вещь создавалась. Этого не наблюдается при исполнении договора подряда. Несмотря на то, что в науке гражданского права окончательно не разрешен дискуссионный вопрос о правовой природе права подрядчика на вновь изготовленную вещь [7], можно с уверенностью сказать, что возникновению права собственности на вещь у лица, в интересах которого эта вещь создавалась, предшествуют иные отношения. Этим должно объясняться подписание акта приемки между подрядчиком и заказчиком (ст. 720 ГК РФ).

В связи с этим полагаем, что в целях правоприменения при решении вопроса о том, какие отношения возникли между сторонами (трудовые или гражданско-правовые) при отсутствии подписанного договора, необходимо давать оценку моменту возникновения отношений собственности. Такие отношения могут также рассматриваться в качестве исходной основы поиска критериев разграничения трудового договора и договора подряда.

Пристатейный библиографический список:

1. Астраханкин А.А. Дореволюционный и советский этапы генезиса договора контрактации в России // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. – 2010. – № 2 (17). – С. 98–102.
2. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2002.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. – М.: Статут, 2001.
4. Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ТК Велби: Проспект, 2004. – С. 360.
5. Гражданское Уложение Германии: Пер. с нем. / Науч. ред. А.Л. Маковский. М.: Волтерс Клувер, 2006.

6. Джиоев В.Г. Критерии разграничения трудового договора и договора подряда в целях регулирования трудовых правоотношений // Право и экономика. – 2012. – № 12. – С. 70–73.

7. Ершов О.Г. О праве подрядчика на результат работы при исполнении обязательства строительного подряда // Юрист. – 2012. – № 9. – С. 33–39.

8. Киселев И.Я. Трудовой договор при капитализме: проблемы найма и увольнения / Отв. ред. С.А. Иванов. – М.: Наука, 1989.

9. Кодификация российского гражданского права: Свод законов гражданских Российской Империи, Проект Гражданского уложения Российской Империи, Гражданский кодекс РСФСР 1922 г., Гражданский кодекс РСФСР 1964 г. – Екатеринбург: Институт частного права, 2003.

10. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009) // ВВАС РФ. – 2009. – № 11.

11. Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. – Ч. 1. Общее учение. – Ярославль, 1913.

12. Трудовое право Франции: Сборник нормативных актов / Отв. ред. Н.А. Муцинова. – М.: УДН, 1985.

References (transliterated)

1. Astrahankin A.A. Dorevoljucionnyj i sovetskij jetapy genezisa dogovora kontraktacii v Rossii // Uchenye trudy Rossijskoj akademii advokatury i notariata. – 2010. – № 2 (17). – S. 98–102.

2. Braginskij M.I., Vitrjanskij V.V. Dogovornoe pravo. – Kniga tret'ja. Dogovory o vypolnenii rabot i okazanii uslug. – M.: Statut, 2002.

3. Braginskij M.I., Vitrjanskij V.V. Dogovornoe pravo: obshhie polozhenija. – M.: Statut, 2001.

4. Grazhdanskoe pravo: Uchebnik / Pod red. A.P. Sergeeva, Ju.K. Tolstogo. – M.: TK Velbi: Prospekt, 2004. – S. 360.

5. Grazhdanskoe Ulozhenie Germanii: Per. s nem. / Nauch. red. A.L. Makovskij. – M.: Volters Kluver, 2006.

6. Dzhioev V.G. Kriterii razgranichenija trudovogo dogovora i dogovora podrjada v celjah regulirovanija trudovyh pravootnoshenij // Pravo i jekonomika. – 2012. – № 12. – S. 70–73.

7. Ershov O.G. O prave podrjadchika na rezul'tat raboty pri ispolnenii objazatel'stva stroitel'nogo podrjada // Jurist. – 2012. – № 9. – S. 33–39.

8. Kiselev I.Ja. Trudovoj dogovor pri kapitalizme: problemy najma i uvol'nenija / Otv. red. S.A. Ivanov. – M.: Nauka, 1989.

9. Kodifikacija rossijskogo grazhdanskogo prava: Svod zakonov grazhdanskih Rossijskoj Imperii, Proekt Grazhdanskogo ulozhenija Rossijskoj Imperii, Grazhdanskij kodeks RSFSR 1922 g., Grazhdanskij kodeks RSFSR 1964 g. – Ekaterinburg: Institut chastnogo prava, 2003.

10. Koncepcija razvitija grazhdanskogo zakonodatel'stva Rossijskoj Federacii (odobrena resheniem Soveta pri Prezidente RF po kodifikacii i sovershenstvovaniju grazhdanskogo zakonodatel'stva ot 07.10.2009 // VVAS RF. – 2009. – № 11.

11. Tal' L.S. Trudovoj dogovor. Civilisticheskoe issledovanie. – Ch. 1. Obshhee uchenie. – Jaroslavl', 1913.

12. Trudovoe pravo Francii: Sbornik normativnyh aktov / Otv. red. N.A. Mucinova. – M.: UDN, 1985.

С радостью сообщаем вам, что начал работу Уфимский центр судебных экспертиз, являющийся членом Палаты судебных экспертов Российской Федерации. Наш центр обладает уникальным оборудованием и современными методиками производства различных судебных экспертиз, что подтверждается Сертификатом соответствия требованиям системы добровольной сертификации негосударственных судебно-экспертных лабораторий. Все это позволяет в кратчайшие сроки проводить следующие виды экспертиз и исследований любой сложности: судебно-почерковедческая экспертиза, технико-криминалистическая экспертиза документов, экспертиза определения давности изготовления документов, судебно-трасологическая экспертиза, судебно-автотехническая экспертиза, исследование холодного оружия, экспертиза материалов, веществ, изделий, строительно-техническая экспертиза, исследование объектов с составлением отчета об оценке их стоимости, психофизиологическая экспертиза с использованием полиграфа, другие виды экспертиз и исследований.

Кроме того, проводятся устные и письменные консультации, экспертное сопровождение юридических и физических лиц по гражданским, уголовным и арбитражным делам.

Директор Уфимского центра судебных экспертиз, кандидат юридических наук, доцент Ф.Г. Аминев

Тресков В.И.

У ИСТОКОВ РОССИЙСКОЙ КОНСТИТУЦИИ. ПАМЯТИ АКАДЕМИКА ОЛЕГА ЕМЕЛЬЯНОВИЧА КУТАФИНА

Цель: *Рассмотрение основных аспектов научного наследия академика О.Е. Кутафина в области исследования конституционного строительства в России.*

Методология: *Автором использовался историко-правовой метод и были изучены основные научные работы О.Е. Кутафина в сфере конституционализма.*

Результаты: *В работе проанализированы основные идеи и концепции, сформулированные в научных работах академика О.Е. Кутафина, в сфере конституционного права и реализации конституционализма в России.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья имеет определенную научную ценность, поскольку в ней дается анализ ряда аспектов конституционного строительства в России, в том числе и практической реализации конституционализма, актуальной для современной правовой науки и политической жизни страны.*

Ключевые слова: *конституционализм, конституционное право, творческое наследие, федерализм, гражданское общество.*

Treskov V.I.

AT SOURCES OF THE RUSSIAN CONSTITUTION. IN MEMORY OF THE ACADEMICIAN OLEG EMELYANOVICH KUTAFIN

Purpose: *Consideration of the main aspects of scientific heritage of the academician O.E. Kutafin in the field of research of the constitutional construction in Russia.*

Methodology: *The author used a historical and legal method and analysys of O.E. Ktuafin's main scientific works in the constitutionalism sphere.*

Results: *In work the main ideas and the concepts formulated in scientific works of the Academician O.E. Kutafin in the sphere of a constitutional law and realization of constitutionalism in Russia are analysed.*

Novelty/originality/value: *Article has a certain scientific value as in it the analysis of a number of aspects of the constitutional construction in Russia including practical realization of the constitutionalism, representing relevance for modern legal science and political life of the country is given.*

Keywords: *constitutionalism, constitutional law, creative heritage, federalism, civil society.*

Академик Олег Емельянович Кутафин по праву считается одним из основоположников российской Конституции, 20-летнюю годовщину создания которой недавно отметила наша страна. Его имя олицетворяет современную правовую науку и теоретические основы конституционных норм нашего государства. Олег Емельянович Кутафин (26 июня 1937 года – 4 декабря 2008 года) – ученый с мировым именем, выдающийся специалист в области конституционного права, также войдет в историю и как основатель вуза нового типа – Московской государственной юридической академии, широко известной в России и за рубежом. Многогранная деятельность О.Е. Кутафина была высоко оценена государством: за многолетнюю научно-педагогическую деятельность и большой вклад в подготовку высококвалифицированных специалистов он награжден орденами «За заслуги перед Отечеством» первой, второй, третьей и четвертой степени и стал полным кавалером этого высокой государственной награды. Он также удостоен звания «Заслуженный деятель науки Российской Федерации», награжден медалью имени А.Ф. Кони Министерства юстиции РФ, нагрудными знаками «Почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации», «Почетный работник прокуратуры», «Почетный адвокат», почетным знаком «Общественное признание» и др. Его по праву называют создателем энциклопедии конституционного права.

Президент РФ Владимир Путин на встрече с заведующими кафедрами конституционно-правовых дисциплин российских вузов, которая проходила в преддверии празднования 20-летия Конституции РФ, подчеркнул, что действующая российская Конституция останется одним из самых стабильных законов и будет актуальна и в последующем.

«Любой закон, в том числе и Основной закон любой страны, конечно, всегда является в определенной степени результатом компромисса, достигнутого в обществе, но Основной закон отличает то, что он претендует на то, чтобы быть самым стабильным из всех принимаемых законов», – сказал В. Путин. Он выразил надежду, что основные

положения Конституции будут внедряться в общественное сознание и восприниматься гражданами «как важнейший элемент стабильного развития нашего государства».

Именно стабилизирующую роль российской Конституции всегда подчеркивал один из её создателей – академик Олег Кутафин. «Стабильность Основного Закона – это конституционный порядок в стране. Возникающие острые вопросы логично решать с помощью конституционных федеральных законов и федеральных законов, активной практики толкования Конституции РФ Конституционным Судом РФ», – утверждал он в своих трудах [4]. Олег Кутафин считал, что в условиях нашей страны рациональнее всего говорить о пользе наличия самого официального текста Конституции. Единый текст Конституции РФ имеет конституирующее значение для общества и государства, это огромный политико-организующий и социальный фактор. Не случайно с принятием новой Конституции связывается окончание одного и начало нового этапа в социально-политической истории страны.

При этом О. Кутафин был одним из первых российских правоведов, научно обосновавших концепцию «российского конституционализма» как стабилизирующего фактора государственности в стране. Как считает его коллега, профессор, заведующий кафедрой конституционного и муниципального права РФ Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина В.И. Фадеев, «научное наследие Олега Емельяновича Кутафина в разработке конституционных норм – уникально». Уникальность его научных трудов, прежде всего последнего десятилетия, состоит в том, что практически любая его монографическая работа поражает своей научной основательностью, своей фундаментальностью. По охвату источников, обобщению научных взглядов, глубине анализа проблем его работы последних лет, пожалуй, не имеют аналогов. Каждая из них является, по сути, энциклопедией по исследуемой проблематике. «И в своей совокупности они без всякого преувеличения являются энциклопедией конституционного права России», – пишет В. Фадеев. По его словам, уникальность научного наследия О.Е. Кутафина состоит также и в том, что «по его монографиям можно изучать развитие конституционно-правовой мысли в России, ибо они позволяют проследить, по сути, все научные дискуссии, проходившие по основным государственно-правовым проблемам в науке как дореволюционного, советского, так и современного конституционного права». Это придает работам О. Кутафина, как справедливо указывают рецензенты, характер науковедческого жанра [2].

Научные работы Олега Емельяновича Кутафина имеют общетеоретическое значение, представляют интерес не только для специалистов в области конституционного и муниципального права, к ним обращаются и специалисты в сфере иных отраслей права. Речь идет, прежде всего, о таких монографических работах О.Е. Кутафина, как: «Российский конституционализм» (2008 г.), «Источники конституционного права» (2002 г.), «Неприкосновенность в конституционном праве» (2004 г.), «Субъекты конституционного права как юридические и приравненные к ним лица» (2007 г.) и др.

Как пишет В. Фадеев, научная ценность и значение теоретического наследия Олега Емельяновича Кутафина обусловлены также и тем, что ему принадлежит ведущая роль в разработке концептуальных основ современного российского конституционного права. Так, учебник по конституционному праву России, написанный им в соавторстве с Е.И. Козловой, был удостоен премии Президента Российской Федерации – это уникальный случай в сфере юридического образования [10]. Учебник по муниципальному праву, написанный им в соавторстве, был первым в истории России учебником по этой дисциплине [7].

«Олег Емельянович, обладая стратегическим мышлением, прекрасно понимал, что современная Россия нуждается в модернизации, – отмечает В. Фадеев. – В своей последней монографии «Российский конституционализм» О. Кутафин подчеркивает, что развитие российского конституционализма напрямую связано с решением задач модернизации и европеизации страны» [6, С. 7]. Однако решение этих задач должно осуществляться, по его мнению, не формально, а творчески: путем сохранения и развития существенных черт, присущих конституционализму, но с учетом особенностей российской действительности, с использованием зарубежного опыта, но без подражательной европеизации.

Разрабатывая принцип «конституционализма» в России, О. Кутафин отмечал, что современная Россия нацелена на развитие конституционного и правового государства, выделяя его характерные черты: господство закона, разделение властей, приоритет прав и свобод личности, пути их реализации и защиты. Современный российский конституционализм интегрирует различные правовые традиции и институты, которые возникли на национальной почве или привились на ней

на различных этапах конституционного развития страны.

Конституционализм выступает и в качестве социального явления, так как составляет часть более широкого социального порядка. Благодаря конституционализму государство приобретает правовой характер и в то же время не господствует над обществом, не подавляет его. Конституционализм гарантирует саморазвитие институтов гражданского общества и обеспечивает правовые формы взаимоотношений между государством, обществом и личностью, опирается на развитую социальную структуру и институты гражданского общества, которые в процессе взаимодействия обеспечивают частную жизнь индивидов. Социальный опорой конституционализма становится развитый и в значительной степени независимый от государства средний класс. Конституционализм как политико-правовое и культурное явление гораздо шире своей нормативной основы и конституционного права. Взаимосвязь конституционализма и конституционного права имеет многоаспектный характер. При раскрытии этой взаимосвязи можно наблюдать, как трансформируется само понятие конституционализма, как различными гранями своего проявления он влияет на формирование новых конституционных норм, принципов и институтов. Эти принципы и характеристики «конституционализма» определены в работах Олега Кутафина, ценность которых, как справедливо считают правоведы, в том, что основные идеи и понятия автора не утрачивают актуальности, применимы во все времена.

Таким образом, конституционализмом можно считать и наличие процессуальных механизмов защиты прав и свобод граждан, деятельности государственных органов, органов местного самоуправления, создания и участия в государственно-политических делах общественных объединений.

Конституционализм есть и общественное сознание, построенное на убежденности в необходимости и пользе институтов власти и государственных законов, их оформляющих, возможности достижения социальной справедливости и защиты обоснованных интересов посредством своих действий и шагов властей, основанных на нормах права. «Конституционализм – это прежде всего соблюдение конституционных прав для создания оптимальных условий функционирования саморегулирующегося гражданского общества. А конституционное государство характеризуется, прежде всего, тем, как в нем обеспечено подчинение государства праву», – пишет Олег Кутафин [6, С. 151].

Идеи конституционализма, правового государства и гражданского общества, человека и его прав и свобод как высшей ценности «красной нитью» проходят через все труды О.Е. Кутафина. Особое значение придает он теме гражданства. «Гражданство является звеном между народным суверенитетом и свободой личности. В свою очередь, в прямой зависимости и связи с гражданством находятся права, свободы и обязанности человека, их объем и содержание»».

Институт гражданства, по его мнению, выполняет двоякую функцию. С одной стороны, гражданство выступает как средство и способ защиты прав индивида, с другой – как институт защиты прав и интересов государства. Равновесие между этими двумя аспектами функциональной характеристики гражданства является отражением адекватного соотношения прав и интересов личности и интересов общества и государства». А это адекватное соотношение нельзя не отнести к элементам конституционного правового государства.

О. Кутафин особое значение придавал проблеме реализации конституционных идеалов в обществе, боролся за реализм реализации Конституции. Это важной теме он уделял тщательное внимание. Надо сказать, что процесс преобразования России в конституционное и правовое государство достаточно сложен, особенно в условиях, когда всеобщий подъем, определяемый большими достижениями в сфере политических прав и свобод, сопряжен с разделением общества по имущественному признаку, что вызывает социальные противоречия, приводит к усилению межнациональных конфликтов, росту криминальных преступлений и других негативных явлений. И потому он призывал пользоваться конституционными правами осмотрительно и разумно [3, С. 84–89; 9, С. 141–144].

В своей монографии «Российский конституционализм» О.Е. Кутафин указывает на опасность развития у нас мнимого конституционализма, на его девальвацию, которая уже происходит вследствие расхождения между конституционными принципами и нормами и реальной действительностью, и обосновывает необходимость укрепления гарантий конституционности в нашей стране.

В статье «О Конституции и проблемах её реализации» Олег Кутафин прозорливо и реалистично оценивает российскую действительность и реальную жизнь, которая, как известно, сложнее и противоречивее любых теорий.

«Конституция сыграла важную стабилизирующую роль в нашем государстве, – пишет он. – Вместе с тем её принятие и дальнейшее развитие

породили много проблем. Важнейшая из них – это проблема её реализации». Среди ряда проблем её реализации ученый выделяет основную – реализация единого правового конституционного пространства в субъектах Российской Федерации, приведение местных нормативов в соответствие с Конституцией РФ и, в частности, решение вопросов единого гражданства [5].

Напомним, что в федеративном государстве проблема соотношения федеральной конституции и основополагающих актов субъектов федерации имеет большое значение. Принцип приоритета в регулировании общественных отношений в федеральной Конституции должен четко соблюдаться. Суть этого принципа в том, что Конституция РФ и федеральные законы «имеют верховенство на всей территории Российской Федерации».

«Мы никогда не откажемся от тех демократических завоеваний, которых мы достигли в последнее время, но в то же время эти завоевания дают нам основания относиться к разным институтам демократии осторожно, – пишет он. – Мы должны иметь в виду, что эти демократические институты – орудия слишком острые, и нужно уметь ими пользоваться и тщательно изучать и совершенствовать их практику правоприменения». Иными словами, О. Кутафин предупреждает о том, что если в стране недостаточно высокий уровень правовой и нравственной культуры, то они принесут вред обществу. Впоследствии эти опасения подтверждались не раз. Свобода слова иногда используется как инструмент для достижения корыстных целей отдельных амбициозных политиков, что несет в себе прямую угрозу стабильности государства и безопасности общества, приводит к радикальному национализму. Как пишет один из исследователей творчества О. Кутафина профессор С. Нарутто, «одним из немаловажных условий конституционного государства Кутафин называет согласие в обществе. Такое государство невозможно создать в обществе, которое раздирается социальными противоречиями, конфликтами, политической борьбой, выходящей за рамки права. И напротив, конституционное государство может существовать и успешно развиваться лишь в обществе, где есть согласие граждан относительно общих принципов его устройства, целей развития, где свобода и права человека сопряжены с уважением и доверием сограждан к государственным учреждениям и друг к другу. Важную роль при этом играет создание в обществе нравственной атмосферы, направленной на уважительное, толерантное отношение к любому человеку как высшей общественной ценности» [1, С. 103].

Академик Олег Кутафин чувствовал время и ощущал пульс реальной жизни в обществе. И потому он считал крайне важной целью современной отечественной науки разработку законодательства, обеспечивающего реализацию конкретных конституционных норм. «Жизнь выдвигает немало нового, и это новое еще не изучено детально, ждет своего раскрытия и улучшения. Это и проблемы федерализма (разграничение полномочий между федерацией и центром и её субъектами) национально-культурной автономии, соотношение централизации и децентрализации, договор как источник конституционного права, баланс представительной и непосредственной демократии, перспективы развития местного самоуправления и его соотношение с государственным управлением» и многое другое [4, С. 5].

Послесловие

«Обстоятельства появляются и исчезают, а репутация остается».

Коллеги, соратники, ученики о выдающемся российском правоведе Олеге Кутафине.

Начальник государственно-правового управления администрации Президента РФ Лариса Игоревна Брычева пишет: «Олег Емельянович помогал разбираться со многими сложными, неоднозначными ситуациями. Хочу отметить, что в те годы не только наше управление, но и другие подразделения президентской администрации часто обращались к нему за компетентным советом. Его мнение всегда было важно при рассмотрении сложных вопросов, которые требовали высокой квалификации, широкого взгляда на вещи и вообще человеческой мудрости.

Великолепный специалист, он был одарен редким качеством, которое не часто встречается у большинства юристов, – исключительным чувством баланса, умением взвесить противоположные интересы и найти то решение, которое будет компромиссом в хорошем смысле этого слова. Это проявлялось и в его профессиональной деятельности, и в житейских отношениях с людьми. Насколько мне известно, он никогда никому не отказывал в помощи. Всегда был внимателен к людям, заботился о них, как мог. Но в то же время это никогда не противоречило общим интересам».

Вспоминает ректор Московского Государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина Виктор Блажеев: «Нас всегда восхищала и удивляла его многосторонняя одаренность. Олег

Емельянович мог компетентно рассуждать на любую тему, от конституционного права до астрономии и литературы, многие стихи классиков часто декламировал на память. Очень любил, когда позволяло время, читать Диккенса. Кроме литературы увлекался музыкой. С детства играл на скрипке, коллекционировал записи классических произведений. Он был искренне убежден, что если бы люди любили классическую музыку, то они были гораздо добрее. На протяжении многих лет собирал гимны разных стран мира, от Российской Федерации до Андорры, которые знал наизусть. Мог исполнить мелодию любого из них. Он считал, что гимн – это душа государства, которая выражена в характерной мелодии, отражающей темперамент каждой нации. Эта мысль имеет глубокое теоретическое обоснование у классиков юридической науки. К примеру, существуют концепции «государство как произведение искусства», «симфонии властей», которые способствуют достижению консенсуса между государством и обществом».

Первый заместитель Председателя Совета Федерации Александр Торшин запомнил принципиальность Олега Кутафина. «Помню, когда в одной очень непростой ситуации я спросил его совета, Олег Емельянович ответил коротко примерно следующее: «Никогда не изменяй себе, особенно когда чувствуешь, что ты прав: обстоятельства появляются и исчезают, а репутация остается. Не придавай слишком большого значения решению этого вопроса, он лишь эпизод в твоей жизни, а вот репутация – как раз то, с чем тебе все время идти по жизни. И вообще, поступай, как подсказывает тебе совесть, а там – будь что будет». Могу уверенно сказать, что знания и опыт, которые мне дал Олег Емельянович Кутафин, помогли и помогают мне не только в карьере, но и в жизни» [8].

Пристатейный библиографический список

1. Актуальные проблемы конституционного и муниципального права РФ. – М.: МГЮА, 2012.
2. Богданова Н.А. Автономия: идеи и практика (размышления по поводу книги О.Е. Кутафина «Российская автономия») // Конституционное и муниципальное право. – 2006. – № 9.
3. Габитов М.Р. Концепция юридического образования будущего // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 4 (5).
4. Беседа с действительным членом российской академии наук, ректором московской государственной юридической академии О.Е. Кутафиным // Государство и право. – 2003. – № 10.
5. Кутафин О.Е. Конституция и проблемы её реализации // Российский конституционализм: проблемы и решения: Материалы международной конференции. – М.: Юрист, 1997.
6. Кутафин О.Е. Российский конституционализм. – М., 2008.
7. Кутафин О.Е., Фадеев В.И. Муниципальное право Российской Федерации. – М., 1997.
8. Первый по праву. – М., 2011.
9. Тресков В.И. Чем отличается российское образование от оксфордского? // Евразийская адвокатура. – 2013. – № 1 (2).
10. Указ Президента Российской Федерации от 3 октября 2002 г. № 1114 «О присуждении премий Президента Российской Федерации в области образования за 2001 год».

References (transliterated)

1. Aktual'nye problemy konstitucionnogo i municipal'nogo prava RF. – M.: MGJuA, 2012.
2. Bogdanova N.A. Avtonomija: idei i praktika (razmyshlenija po povodu knigi O.E. Kutafina «Rossijskaja avtonomija») // Konstitucionnoe i municipal'noe pravo. – 2006. – № 9.
3. Gabitov M.R. Koncepcija juridicheskogo obrazovanija budushhego // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 4 (5).
4. Beseda s dejstvitel'nym chlenom rossijskoj akademii nauk, rektorom moskovskoj gosudarstvennoj juridicheskoj akademii O.E. Kutafinym // Gosudarstvo i pravo. – 2003. – № 10.
5. Kutafin O.E. Konstitucija i problemy ee realizacii // Rossijskij konstitucionalizm: problemy i reshenija: Materialy mezhdunarodnoj konferencii. – M.: Jurist, 1997.
6. Kutafin O.E. Rossijskij konstitucionalizm. – M., 2008.
7. Kutafin O.E., Fadeev V.I. Municipal'noe pravo Rossijskoj Federacii. – M., 1997.
8. Pervyj po pravu. – M., 2011.
9. Treskov V.I. Chem otlichaetsja rossijskoe obrazovanie ot oksfordskogo? // Evrazijskaja advokatura. – 2013. – № 1 (2).
10. Ukaz Prezidenta Rossijskoj Federacii ot 3 oktjabrja 2002 g. № 1114 «O prisuzhdenii premij Prezidenta Rossijskoj Federacii v oblasti obrazovanija za 2001 god».

Аюпова З.К., Кусаинов Д.У.

ПРАВОВАЯ СИСТЕМА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН КАК ОСНОВА МОДЕРНИЗАЦИИ ЭКОНОМИКИ ГОСУДАРСТВА

Цель: *Исследование правовой системы Республики Казахстан как правовой основы модернизации экономики государства.*

Методология: *Использовались сравнительно-правовой, историко-правовой и формально-юридический методы.*

Результаты: *Авторы разработали теоретические положения категории «правовая система» и соответствующих её аспектов, проанализировали текущие процессы правовой интеграции, тенденции и направления её развития. Процессы интеграции сегодня обусловливают ситуацию, когда все правовые системы, включая право Казахстана, находятся под постоянным прессингом интеграции и развития права, что вызывает активное изменение содержания и структуры системы. Для обеспечения своей эффективности интеграция требует выработки единых правовых норм, процедур, стандартов. Сегодня все правовые системы мира впервые оказались связаны (хоть и недостаточно эффективно) определенными формальными правовыми обязательствами, что повлекло за собой цепную реакцию взаимодействия между ними.*

Новизна/оригинальность/ценность: *Статья обладает высокой научной ценностью, поскольку является одной из первых попыток рассмотреть историю развития правовой системы государства через призму эволюции гражданского общества, а также вопросы, связанные с процессами правовой интеграции в функциональном, структурном и категориальном аспектах.*

Ключевые слова: *интеграция, правовая интеграция, развитие права, глобализация, международное право, правовая система, унификация, саморегуляция, общественные отношения.*

Ayupova Z.K., Kussainov D.U.

THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN AS THE LEGAL BASIS OF THE MODERNIZATION OF THE ECONOMY OF THE STATE

Purpose: *Developement of theoretical propositions for the category «legal system» and its relevant aspects, to identify and analyze current processes of legal integration.*

Methodology: *is based on a set of applicable methods of scientific knowledge, which provide the most effective solution of the problems in the study.*

Results: *The authors developed a theoretical position for the category «legal system» and its relevant aspects, analyzed the current processes of legal integration, trends and directions of its development. The basis of the research methodology adopted set of applicable methods of scientific knowledge, which allow most effectively solve the research problem. Integration processes today cause a situation where all the legal system, including the right of Kazakhstan, are under constant pressure from the integration and development of the law that is actively changing the content and structure of the system. Integration requires to ensure its effectiveness the elaboration of common legal rules, procedures, standards. Today all the legal systems of the world for the first time appeared related (albeit inefficiently) certain formal legal obligations, which resulted in a chain reaction of interaction between them.*

Novelty / originality / value: *The paper has a high scientific value, since it is one of the first attempts to consider the history of the legal system of the state through the prism of the evolution of civil society, as well as issues related to the process of legal integration in the functional, structural and categorical aspects.*

Keywords: *integration, legal integration, development of the law, globalization, international law, legal system, standardization, regulation, public relations.*

In many of the contradictions of the theory and practice of legal reforms and the establishment of the legal system research scholars pointed out in the past and in recent years. The radical economic reform in Kazakhstan gained full strength, which requires an immediate adjustment of economic legislation without which every step of the reform would mean a violation of obsolete, but not abolished, not replaced and modified, i.e. formally applicable law, and that this may lead either to snare the reforms, or to uncontrolled, unplanned, even the system of market relations [1, 2]. Hence the proposed drastic measures that are required not only hasty preparation of laws and other legal regulations, creating a legal framework for economic reform, but also prompt them to change because they have not kept place with the dynamic restructuring of economic relations. In other words, the elemental system of market relations should be organized to oppose the legal system, which would have been just as dynamic as some laws passed just

a year or two ago seemed hopelessly outdated, and some laws in the process of reform are fully updated several times.

A very instructive retrospective look at the recent, but still has a legal history, which, it seems, has become part of the overall legal system, with all its discoveries and mistakes. The law on currency regulation in the Kazakh Soviet Socialist Republic, adopted in 1991, was replaced in April, and then in 2006 passed a new law «On Currency Regulation». The Law about bankruptcy in in April 2005 replaced by a having the force of the law by the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan «On Bankruptcy», as well January 21, 2007 was adopted by the new Law about bankruptcy. If we continue this list, it will get quite large. Some laws, such as «On Concessions in the Republic of Kazakhstan» were canceled, and never applied. How many times was undergoing withdrawal and change the tax laws?

Unsystematic and unstable legislation in the field of market economy is both objective and subjective reasons. Main features of the transition period – the need for drastic and rapid changes in reforming the economy in a very short time, without careful study, analysis and discussion of the real situation. We would especially like to say about the role of science in the formation of a new legal system. There is no doubt that, in general, the science behind the legal needs of social development, especially when it relates to the theory of law, philosophy and sociology of law. This on the one hand. On the other hand, are unclaimed available scientific developments, often quite serious and solid. It is primarily about the science of civil law, which since the Soviet era Kazakhstan was developed at a high enough level; it operates in the tradition of post-Soviet period [4, 5].

The successes of our scholars considerable, they are carefully analyzed all the major steps in the process of legal transformation of economic relations, showed that the main core of the legislative destruction centrally managed, strictly hierarchical system of management were the legislative and other legal regulations that determine the mechanism of dismantling state ownership and its conversion to non-state ownership (the term «private property» came into use immediately and not difficult, and rarely used in the narrow sense). In other words, the main direction consisted in privatization of state property.

Concerning terminological clarification, we say that the concept of «denationalization» and «privatization» should be understood as a two-stage non-breaking process, first denationalization, and then privatization. Although it is possible to use one last term (which then was), but in terms of overcoming the totalitarian, administrative mandatory system was important to focus not on the privatization, the thorny path which seemed to be unpredictable, but above all – on the release of property from the shackles of the state. Therefore, the term «privatization» seemed at first more relevant, specific, understandable. It is scientifically acceptable. In this context, the term «privatization of the law» should get the right of citizenship, which means that in law-abiding state the law enjoys considerable autonomy from the state, operates and develops as a relatively independent judicial system in contrast to the political system.

In the first acts of, which ushered in denationalize of property, predominated the ideato convey ownership of the state labor collectives. At the initial stage of the general line, in general, was that the government sends workers productive assets, and privatization is to convert state-owned enterprises in the lease and the collective. The process started back in the USSR and half-evolution; half-revolution was continued in independent Kazakhstan.

In the subsequent development of the legal framework of privatization was to be held in accordance with Presidential Decree having the force of law, on December 23, 1995 «On privatization».

One of the many reasons for the dramatic and crisis events in the area of legislation was the lack of a unified legal system, its becoming difficult and protracted. Now, after several years of legal drama (as, indeed, social, economic) is perceived and estimated to be less acute. This is an indication that the effort was not wasted, and in establishing a new legal system has made significant progress. In this way, there were attempts to revive direct state management of the economy, especially the transformation of government economic agencies in the state holding company. But it turned out to be a viable joint-stock company, whose legal status is being actively discussed in the community, including scientists and lawyers.

Prof. M.K. Suleimenov analyzes the development of the institution of property law in the legislation of Kazakhstan [3]. He shows how was conceived, formed, freed from ideological stamps and was close to international standards, the concept of property law and, above all, the right of private property, believes that the concept of property law, as in a drop of water reflects all the problems and achievements of the society and the state.

Reviewing the development of the question, M.K. Suleimenov identifies three stages of development of the institution of property law. The first stage – property law in the development and strengthening the economic independence of Kazakhstan as a union republic (concept of self-governing and self-

financing of the Kazakh Soviet Socialist Republic). It was not easy to gradually overcome the existing stereotypes of the system of socialist property, consisting of three forms – public, cooperative, trade union property and other public organizations, as well as personal property – a derivative of a socialist.

Already at that time the concept of «socialist property» generally disappeared from the law, a life dictated rejection of the notion of state ownership as something uniform, monumental and certainly the all-Union. In the concept of the self- governing and self-financing of the Kazakh Soviet Socialist Republic was provided an individual property, which was divided into personal and individual production (small, private). The document called for and the use of hired labor. Private property and wage labor (without limitation) for the labor and peasant farms were recorded in the Law on Property in the Kazakh Soviet Socialist Republic. The classification of enterprises according to the forms of property was given in the Law on Enterprises in the USSR.

The second stage – property law under conditions of Kazakhstan as a sovereign state. The law «On Property in the Kazakh Soviet Socialist Republic» was adopted on December 15, 1990. It's fixed for the first time the basic principles and concepts of ownership, today announced the exclusive property of the Republic of land and other natural resources. Everything else is public property and the property has been declared republican, though still allowed the formation and the country's total. Most clearly, this principle is expressed in Art. 3 of the Law of the Kazakh Soviet Socialist Republic on denationalization and privatization. The last point raised Presidential Decree «On the gold and diamond reserve fund in the Kazakh Soviet Socialist Republic». Property Law in the Kazakh Soviet Socialist Republic for the first time no longer use the term «socialist» or «people's» property. It is written right to private property (Art. 7, paragraph 2). Given the social and national characteristics in the legislation of the republic, was then prohibited the transfer of land to private ownership.

Valuable was the fact that the Law given to the concept of property law as rights to possess, use and dispose of property at its discretion. These three powers are so-called triad of ownership. Only if all three together belong to the person, he will be considered the owner of the property.

The third stage – the right of property in the transition to a market economy – characterized by the adoption of the Law on Property of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan (General Part), of the Constitution of the Republic of Kazakhstan in 1995, the Decree of the President of the Republic of Kazakhstan having the force of law «On Land» on December 22, 1995, etc. Since then, the legal framework of a market economy has grown significantly – the new Law «On Land» and many other regulations. This is basically the current legal reality – the existence of only two forms of ownership – public and private (Art. 5 of the Constitution of the Republic of Kazakhstan), consolidation of private land ownership, etc.

Contentious, controversial, not fully resolved issues still missing, but on the new regulations take time to test them in practice, for a scientific understanding of the first specialists-branches, and then to their generalization in the theory of law. But one thing is certain – expanding the legal framework of market relations and the development of legal rules governing property relations, contribute to improving the system of legislation, system of law and national legal system.

Legal reforms in the economy are not limited to issues of market relations and property. Besides these fundamental issues contain a lot of relatively independent, complex and urgent problems attracting strain attention of legal theory, and the legislative and legal practice. One of them is the issue of object law, considered not as a special branch of law, and called that way because of the special self-important and his place in the general problem of ownership and the issues affecting the systematization of the law, eventually rising to general problems of the legal system.

We believe that many of these requests have been implemented in the Special Part of the Civil Code of the Republic of Kazakhstan. But the way for further improvement is not closed, which is not the last place should be at the improvement of the system – first in the industry and the special sciences, law, and then in the legal system as a whole, both in theory and philosophy of law.

A small number of rules of the Civil Code, dealing with direct management of natural resources due to the fact that, with respect to the use of natural resources and environmental protection is used primarily special, and not civil law. Special legislation on the same environment and natural resources as part of the natural environment rather extensive and is divided into inter-branch and branch. As we see, on the complex relationships we have a large set of regulations that are the basis to claim the formation of a particular system of law and entry into the general legal system.

In the conclusion, we would like to stress, that the legislation governing the economic sphere is

wide. There are: custom, investment, and tax laws, finance and banking, economic and transport, etc. All these laws have their place and fulfill the important role in the modernization of the economy of the modern Kazakhstan.

Пристатейный библиографический список

1. Мельников В.В. Конституционные основы регулирования экономических отношений в России // Новый юридический журнал. – 2011. – № 3. – С. 104–111.
2. Мухтасарова Т.Р. Теория и правовая природа правоотношений собственности в России // Новый юридический журнал. – 2013. – № 4. – С. 17–22.
3. Suleimenov M. K. The development of the institute of property law in the legislation of Kazakhstan // Scientific works of Adilet. – 2007. – № 1. – P. 10–22.
4. Шайхуллин М.С. К вопросу о трансформации традиций местного самоуправления и правовых основах их нейтрализации в советской России // История государства и права. – 2013. – № 5. – С. 41–43.
5. Шайхуллин М.С. К вопросу о противодействии негативным традициям в системе местного самоуправления правовыми средствами // Ученые труды Российской академии адвокатуры и нотариата. – 2012. – № 3. – С. 45–48.

References (transliterated)

1. Mel'nikov V.V. Konstitucionnye osnovy regulirovanija jekonomicheskih otnoshenij v Rossii // Novyj juridicheskij zhurnal. – 2011. – № 3. – S. 104–111.
2. Muhtasarova T.R. Teorija i pravovaja priroda pravootnoshenij sobstvennosti v Rossii // Novyj juridicheskij zhurnal. – 2013. – № 4. – S. 17–22.
3. Suleimenov M. K. The development of the institute of property law in the legislation of Kazakhstan // Scientific works of Adilet. – 2007. – № 1. – P. 10–22.
4. Shajhullin M.S. K voprosu o transformacii tradicij mestnogo samoupravlenija i pravovyh osnovah ih nejtralizacii v sovetskoj Rossii // Istorija gosudarstva i prava. – 2013. – № 5. – S. 41–43.
5. Shajhullin M.S. K voprosu o protivodejstvii negativnym tradicijam v sisteme mestnogo samoupravlenija pravovymi sredstvami // Uchenye trudy Rossijskoj akademii advokatury i notariata. – 2012. – № 3. – S. 45–48.

Вышла в свет брошюра «Научное обеспечение доказательств по уголовным делам об экономических преступлениях как гарантия защиты бизнеса в России»

Издание подготовлено АП г. Москвы (при участии сектора проблем правосудия Института государства и права РАН и адвокатской конторы «Аснис и партнеры») при поддержке «АГ», Международного союза (содружества) адвокатов, международного союза юристов, Центра исследования проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права. В нем обобщены практический опыт адвокатов России и научные разработки ученых-юристов по проблеме научного обеспечения доказательств по уголовным делам об экономических преступлениях.

Адвокатура, исполняя возложенную на нее законом обязанность по осуществлению функций института гражданского общества, привлекает внимание общества, деловых кругов, правоохранительных органов России к вопросу о недостаточном научном, методологическом и процессуальном уровне проведения экспертиз, что на практике приводит к нарушению Конституции РФ и права предпринимателей на защиту.

Со ссылкой на международные стандарты указывается, что для повышения законности по делам об экономических преступлениях и создания благоприятных отношений между государством и бизнесом следует рассмотреть вопросы проведения экспертиз по делам об экономических преступлениях с точки зрения соблюдения принципов Конституции РФ о состязательности и равноправии сторон, о необходимости квалифицированной защиты и о презумпции невиновности.

Работу можно скачать на сайте: **www.eurasniipp.ru**

Уважаемые авторы! Редакция журнала готова принять к публикации ваши произведения (статьи, информационные сообщения, обзоры научных конференций, круглых столов, интервью, рецензии и т.п.) при соблюдении следующих требований:

ПРАВИЛА ПРЕДСТАВЛЕНИЯ РУКОПИСЕЙ АВТОРАМИ

1. К публикации принимаются только материалы, соответствующие профилю научного периодического издания, т.е. только материалы юридической тематики. Они должны быть актуальными, новыми, иметь научную и практическую значимость, а также теоретическую и практическую ценность для представителей адвокатского сообщества.

2. Статьи представляются в электронном виде (на адрес ragulin88@yandex.ru, eurasian-advocacy@mail.ru) либо в письменной форме в адрес редакции с приложением электронного варианта работы на компакт-диске.

3. Объем публикации – до 0,7 а.л. (28 000 знаков с пробелами). При необходимости редакция оставляет за собой право сократить материал или возвратить его автору для сокращения. Увеличение объема работы может быть согласовано с редакцией.

4. На первой странице (над названием статьи) в левом верхнем углу указываются фамилия и инициалы автора. Название статьи печатается после фамилии, имени и отчества автора. Страницы не нумеруются. Основной текст, текст сносок, текст аннотаций и ключевые слова выравниваются по ширине страницы. После фамилии автора и названия статьи через один интервал необходимо поместить текст аннотации статьи на русском языке и ключевые слова (3–10 слов). Затем через один интервал в левом верхнем углу следует указать фамилию и инициалы автора и название работы на английском языке, далее – аннотацию и ключевые слова на английском языке. Статья также может быть представлена на английском языке, при этом требуется перевод названия на русский язык, а также аннотация и ключевые слова на русском языке.

5. Кавычки в тексте и в сносках проставляются в едином формате в следующем виде: « ». Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте. Диаграммы, таблицы, рисунки должны быть оформлены в текстовом редакторе Word.

6. Сноски и примечания помещаются постранично, со сквозной нумерацией и оформляются в соответствии с ГОСТ Р 7.0.5–2008. При оформлении сносок следует указывать фамилию и инициалы автора работы, её название, год издания, номер страницы, иные сведения. Все библиографические элементы иностранных источников следует указывать на языке оригинала, по возможности избегая аббревиатур. При использовании электронных ресурсов сети Интернет следует указывать заголовок титульной страницы ресурса (<в угловых скобках>), полный адрес местонахождения ресурса и дату последнего посещения веб-страницы(в круглых скобках).

7. После завершения статьи необходимо привести пристатейный библиографический список, т.е. список работ, цитировавшихся автором в представленном к публикации материале.

8. В конце статьи следует привести справку об авторе с указанием фамилии, имени, отчества, должности и места работы (учебы), ученой степени и (или) звания, а также полный почтовый адрес места работы. Эти сведения публикуются в журнале. В справке отдельно от вышеуказанных сведений также следует указать почтовый индекс, адрес, номер контактного телефона, e-mail. Эти сведения в журнале не публикуются и необходимы для связи сотрудников редакции с автором статьи.

9. Представляя текст работы для публикации в журнале, автор гарантирует правильность всех сведений о себе, отсутствие плагиата и других форм неправомерного заимствования в рукописи произведения, надлежащее оформление всех заимствований текста, таблиц, схем, иллюстраций. В случае если статья (материал) одновременно направляется в другое издание либо была опубликована ранее, автор должен сообщить об этом в редакцию при представлении материала.

10. Настоятельно рекомендуем авторам тщательно проверять перед отправкой в журнал общую орфографию материалов, правильность написания соответствующих юридических терминов и оформления текста работы и ссылок. Редакция настоятельно просит авторов проверять соответствие представленного материала настоящим Правилам, а также электронные файлы – на отсутствие вирусов.

11. Статьи в обязательном порядке рецензируются членами редакционного совета или редакционной коллегии журнала в соответствии с профилем представленной работы и (или) привлеченными редакцией учеными или специалистами в соответствии с порядком рецензирования рукописей. Редакция по электронной почте сообщает автору о результатах рецензирования, по его просьбе отсылает текст рецензии, а в случае отрицательной рецензии на представленную работу возвращает её текст автору. Отрицательная рецензия является основанием для отказа в публикации текста представленной работы. Рецензии представляются редакцией по запросам авторов и экспертных советов ВАК Минобрнауки России.

12. Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

13. Гонорар за публикации не выплачивается (кроме случаев опубликования статьи, подготовленной по заказу редакции и в соответствии с заключенным договором). Автору предоставляется возможность получить бесплатный электронный вариант экземпляра журнала, а также печатный вариант журнала при условии возмещения расходов по его пересылке на указанный автором почтовый адрес.

14. Авторы передают редакции исключительное право на использование произведения следующими способами: воспроизведение статьи (право на воспроизведение); распространение экземпляров статьи любым способом (право на распространение); перевод статьи (право на перевод). Представление материала, поступившего в адрес редакции, является конклюдентным действием, направленным на возникновение соответствующих прав и обязанностей. Согласие автора на опубликование материала на указанных условиях, а также на размещение его в электронной версии журнала предполагается. При направлении статьи в редакцию автор вправе предварительно оговаривать исключительные (специальные) условия использования предоставляемого им произведения. Автор вправе отказаться от публикации предоставленных им материалов не позднее даты подписания соответствующего номера в печать.

15. В случае нарушения предъявляемых к оформлению требований материал может быть возвращен автору на доработку. Рукописи, направленные авторам на доработку, подлежат возврату в редакцию в рекомендованный срок. О внесенных изменениях автор должен сообщить в прилагаемом к рукописи письме. В случае несоблюдения автором предъявляемых требований редакция имеет право отказаться публиковать представленный автором материал с мотивированным объяснением причин такого отказа.

Сведения об авторах

АЮПОВА Зауре Каримовна – доктор юридических наук, профессор, заведующая кафедрой теории и истории государства и права факультета международных отношений и юриспруденции Казахского национального педагогического университета им. Абая, 050010, Республика Казахстан, г. Алматы, пр-т Достык, д. 13.

ЕРШОВ Олег Геннадьевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданско-правовых дисциплин Омской академии МВД России, 644092, Российская Федерация, г. Омск, ул. Комарова, д. 7.

ЗАБОРОВСКИЙ Виктор Викторович – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Ужгородского национального университета, адвокат, 88000, Украина, г. Ужгород, ул. Золотистая, д. 11.

ЗАДНЕПРОВСКИЙ Александр Петрович – адвокат, заведующий юридической консультацией «Заднепровский и партнеры», Украина, г. Харьков, пл. Конституции, д. 21.

ЗОРИН Роман Георгиевич – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного процесса и криминалистики юридического факультета Гродненского государственного университета имени Янки Купалы, 230023, Республика Беларусь, г. Гродно, ул. Ожешко, д. 22.

КАРПОВ Константин Валерьевич – кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры гражданско-правовых дисциплин Омской академии МВД России, 644092, Российская Федерация, г. Омск, ул. Комарова, д. 7.

КЛИМЕНКО Анна Геннадьевна – студент юридического факультета Гродненского государственного университета имени Янки Купалы, 230023, Республика Беларусь, г. Гродно, ул. Ожешко, д. 22.

КУСАИНОВ Дауренбек Умирбекович – доктор философских наук, профессор кафедры социально-гуманитарных дисциплин Казахского национального педагогического университета им. Абая, 050010, Республика Казахстан, г. Алматы, пр-т Достык, д. 13.

МАРТЫШКИН Василий Николаевич – заместитель председателя Верховного суда Республики Мордовия, судья высшего квалификационного класса, Почетный работник судебной системы, Заслуженный юрист Республики Мордовия, 430005, Российская Федерация, г. Саранск, ул. Л. Толстого, д. 21.

РАГУЛИН Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент, адвокат, руководитель центра исследования проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права, главный редактор журнала «Евразийская адвокатура», 450059, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Р. Зорге, д. 20, оф. 7.

СЕДЕЛЬНИК Валерия Валерьяновна – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры истории государства и права юридического факультета Гродненского государственного университета им. Янки Купалы, 230023, Республика Беларусь, г. Гродно, ул. Ожешко, д. 22.

СКИТОВИЧ Виктор Викторович – доктор юридических наук, профессор, профессор кафедры гражданского и трудового права факультета права Российского экономического университета им. Г.В. Плеханова, 117997, Российская Федерация, г. Москва, пер. Стремянный, д. 36.

ТИЛЛАБАЕВ Мирзатилло Алишерович – кандидат юридических наук, первый заместитель директора Центра повышения квалификации юристов при Министерстве юстиции Республики Узбекистан, 100027, Республика Узбекистан, г. Ташкент, пр-т Узбекистанский, д. 15.

ТРЕСКОВ Василий Ильич – кандидат политических наук, доцент, сотрудник Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина, 123995, Российская Федерация, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ХАМДАМОВА Фируза Уразалиевна – магистр права, преподаватель кафедры ЮНЕСКО Международного права и прав человека Университета мировой экономики и дипломатии при Министерстве иностранных дел Республики Узбекистан, 100077, Республика Узбекистан, г. Ташкент, пр-т Мустакиллик, д. 54.

ХАСАНОВ Фидель Загирович – кандидат политических наук, помощник судьи Верховного Суда Республики Башкортостан, 450000, Российская Федерация, г. Уфа, ул. Пушкина, д. 88.

ХОМА Валерий Александрович – кандидат юридических наук, доцент, заместитель заведующего отделом научных исследований правовых вопросов таможенного дела Государственного научно-исследовательского института таможенного дела, 29018, Украина, г. Хмельницкий ул. Тернопольская, д. 13/3.

ЦАРЕНКО Владимир Иванович – кандидат юридических наук, доцент, заведующий отделом научных исследований правовых вопросов таможенного дела Государственного научно-исследовательского института таможенного дела, 29000, Украина, г. Хмельницкий, ул. Тернопольская, д. 13/3.

ШАТЛИКОВА Алеся Андреевна – студент юридического факультета Гродненского государственного университета имени Янки Купалы, 230023, Республика Беларусь, г. Гродно, ул. Ожешко, д. 22.

AYUPOVA Zaure Karimovna – doctor of juridical sciences, professor, manager of chair of the theory and history of state and law of faculty of the international relations and law of the Kazakh national pedagogical university, 050010, Republic of Kazakhstan, Alma-Ata, Dostyk Ave, 13.

ERSHOV Oleg Gennadevich – candidate of juridical sciences, associate professor of chair of civil law disciplines of the Ministry of Internal Affairs of Russia Omsk academy, 644092, Russian Federation, Omsk, Komarov St., 7.

HAMDAMOVA Firuza Urazaliyevna – master of law, teacher of UNESCO chair of International law and human rights of University of world economy and diplomacy at the Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Uzbekistan, 100077, the Republic of Uzbekistan, Tashkent, Mustakillik Ave., 54.

HASANOV Fidel Zagirovich – candidate of political sciences, assistant judge of the Supreme Court of the Republic of Bashkortostan, 450000, Russian Federation, Ufa, Pushkin St., 88.

HOMA Valery Aleksandrovich – candidate of juridical sciences, associate professor, assistant manager of research department of legal questions of customs affairs of the State research institution of customs affairs, 29018 Ukraine, Khmelnytsky, Ternopol St., 13/3.

KARPOV Konstantin Valeryevich – candidate of juridical sciences, associate professor of chair of civil law disciplines of the Ministry of Internal Affairs of Russia Omsk academy, 644092, Russian Federation, Omsk, Komarov St., 7.

KLIMENKO Anna Gennadyevna – student of law department of Grodno state university, 230023, Republic of Belarus, Grodno, Ozheshko St., 22.

KUSAINOV Daurenbek Umirbekovich – doctor of philosophical sciences, professor of chair of social and humanitarian disciplines of the Kazakh national pedagogical university, 050010, Republic of Kazakhstan, Alma-Ata, Dostyk Ave, 13.

MARTYSHKIN Vasily Nikolaevich – deputy chairman of the Supreme Court of the Republic of Mordovia, Honoured Worker of Judicial System of the Russian Federation, Honoured Lawyer of the Republic of Mordovia, 430005, Russian Federation, Saransk, L. Tolstoy St., 21.

RAGULIN Andrey Viktorovich – candidate of juridical sciences, associate professor, head of the Center of research of problems of organization and activity of legal profession of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law, advocate, 450059, Russian Federation, Ufa, R. Zorge St., 20, office 7.

SEDELNIK Valeria Valeryanovna – candidate of juridical sciences, associate professor, associate professor of history of state and law of law department of Grodno state university, 230023, Republic of Belarus, Grodno, Ozheshko St., 22.

SHATLIKOVA Alesya Andreevna – student of law department of Grodno state university, 230023, Republic of Belarus, Grodno, Ozheshko St., 22.

SKITOVICH Victor Viktorovich – doctor of juridical sciences, professor, professor of chair of civil and labor law of faculty of law of Russian economic university, 117997, Russian Federation, Moscow, Stremyanny Lane, 36.

TILLABAYEV Mirzatillo Alisherovich – candidate of juridical sciences, the first deputy director of Training center of lawyers at the Ministry of Justice of the Republic of Uzbekistan, 100027, the Republic of Uzbekistan, Tashkent, Uzbekistansky Ave., 15.

TRESKOV Vasily Ilyich – candidate of political sciences, associate professor, employee of the Moscow State Legal Academy, 123995, Russian Federation, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya St., 9.

TSARENKO Vladimir Ivanovich – candidate of juridical sciences, associate professor, head of department of scientific researches of legal questions of customs affairs of the State research institute of customs affairs, 29000, Ukraine, Khmelnytsky, Ternopol St., 13/3.

ZABOROVSKYY Viktor Viktorovich – candidate of juridical sciences, associate professor of Civil law of the Uzhgorod national university, advocate, 88000, Ukraine, Uzhgorod, Zolotistaya St., 11.

ZADNEPROVSKY Alexander Petrovich – advocate manager of legal consultation «Zadneprovsky and partners», Ukraine, Kharkov, Konstitutsii Square, 21.

ZORIN Roman Georgiyevich – candidate of jurisprudence, associate professor of criminal procedure and criminalistics of law department of Grodno State University, 230023, Republic of Belarus, Grodno, Ozheshko St., 22.

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

Jus est ars boni et aequi

ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru info@eurasniipp.ru +7-903-31-257-90