

ЕВРАЗИЙСКАЯ № 1 (2) 2013 АДВОКАТУРА

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

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

Редакционный совет

Председатель

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

Заместитель председателя

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

Члены редакционного совета

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

ВЛАСОВ Анатолий Александрович – доктор юридических наук, профессор, проректор Российской академии адвокатуры и нотариата по научной работе (г. Москва);

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

ГАЙДУК Вадим Витальевич – доктор политических наук, кандидат юридических наук, руководитель центра политико-правовых исследований Евразийского научно-исследовательского института проблем права (г. Уфа);

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

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

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

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

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

РАХИМБЕРДИН Куат Хажумуханович – 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);

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

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

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

Редакционная коллегия

Главный редактор

РАГУЛИН Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент.

Члены редакционной коллегии

ВОЛКОВА Инна Владимировна – помощник главного редактора;

КАНТЮКОВА Индира Тагировна – руководитель отдела специальных проектов;

КУЛАГИН Александр Владимирович – руководитель редакционно-издательского центра ЕврАзНИИПП;

ПЕТРОВ Дмитрий Вячеславович – руководитель отдела новостей;

РАЗДУМИНА Илона Валерьевна – литературный редактор;

ФАРХУТДИНОВ Динар Инсурович – руководитель IT-отдела ЕврАзНИИПП;

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

Учредитель

АНО «Евразийский научно-исследовательский институт проблем права».

Свидетельство о регистрации СМИ: ПИ № ФС77-50845 от 14 августа 2012 г.

Адреса редакции: 105120, г. Москва, пер. Малый Полуярославский, д. 3/5, стр. 1; 450059, г. Уфа, ул. Рихарда Зорге, д. 20. оф. 7.

Отпечатано в типографии Евразийского научно-исследовательского института проблем права.

Сдано в печать 28.01.13. Формат 62x84 1/8. Усл. печ л. 16. Тираж 500 экз. Цена свободная. Фото на обложке: Анна Володина.

Подписной индекс в Объединенном каталоге «Пресса России»: 41210

website: www.eurasian-advocacy.ru, e-mail: eurasian-advocacy@mail.ru

EURASIAN № 1 (2) 2013 ADVOCACY

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

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

Editorial Council

Chairman

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

Vice-chairman

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

Members of the Editorial Council

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

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

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

GAIDUK Vadim Vitalevich – LLD, head of the Center of Political and Legal researches of the Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law (Ufa);

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

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

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

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

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

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

RAKHIMBERDIN Kuat Hazhumukhanovich – 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);

VLASOV Anatoly Aleksandrovich – LLD, professor, vice-rector of the Russian Academy of Advocacy and Notaries (Moscow);

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

Editorial Board

Editor-in-Chief

RAGULIN Andrey Viktorovich – PhD, associate professor.

Members of the Editorial Board

VOLKOVA Inna Vladimirovna – assistant to the Editor-in-Chief;

KANTYUKOVA Indira Tagirovna – head of Department of Special projects;

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

PETROV Dmitry Vyacheslavovich – head of the News Department;

RAZDUMINA Ilona Valeryevna – copy editor;

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

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

Founder

ANO «Eurasian Scientific Research Institute of Problems of Law».

Certificate on registration of mass media: ПИ № ФС77-50845 of August 14, 2012.

ПЕРСОНА

Пока вы живете, учитесь жить! Интервью с вице-президентом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации С.И. Володиной	5
--	---

СПЕЦИАЛЬНЫЙ РЕПОРТАЖ

Круглый стол «Направления развития нормативно-правового регулирования деятельности адвокатуры»	7
--	---

СОБЫТИЯ

Юбилей адвокатских палат	10
Новый президент Адвокатской палаты Чувашии	10
Координационное совещание «Об организации предоставления юридической помощи населению Дальнего Востока и доступности правосудия»	10
Изменения в Кодекс профессиональной этики адвоката: работа продолжается	10
Очередное заседание Исполкома Гильдии российских адвокатов	11
Сотрудничество адвокатов Молдовы и Румынии	11
Создание Национальной ассоциации адвокатов Украины	11
Адвокаты Казахстана нуждаются в защите	12
Адвокаты Беларуси и Италии заключили соглашение о сотрудничестве	12

ИСТОРИЧЕСКИЙ ОПЫТ

Мартышкин В.Н. Васильев Тимофей Васильевич – патриот, правовед (о первом юристе-международнике в Великобритании)	13
---	----

ПРОБЛЕМЫ ОРГАНИЗАЦИИ И ФУНКЦИОНИРОВАНИЯ АДВОКАТУРЫ

Жданов И.Н. Корегулятивная модель деятельности адвокатуры Финляндии	21
---	----

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ АДВОКАТСКОЙ ПРАКТИКИ

Воронцова И.В. Об участии иностранных адвокатов в судопроизводстве по гражданским делам	26
Завгородний А.В. Соглашение сторон или собственное желание работника: советы адвокату	32

ЗАЩИТА ПРОФЕССИОНАЛЬНЫХ ПРАВ АДВОКАТА

Тугел А.К., Ахпанов А.Н., Пен С.Г., Тукиев А.С. Совершенствование уголовно-процессуального законодательства Республики Казахстан по вопросам обеспечения права на защиту и адвокатской деятельности на современном этапе	45
Рагулин А.В. Регламентация прав адвоката-защитника на опрос лиц с их согласия и представление предметов и документов	50
Киселев П.П. Нормативно-правовые основы адвокатского уголовного расследования	53

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА В ЕВРАЗИЙСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

Султанов А.Р. Должная правовая процедура и правовые стандарты Европейского суда по правам человека	62
Рябцева Е.В. Злоупотребление правом на подачу жалобы в Европейский суд по правам человека	66

ПРАВОСУДИЕ И ПРАВООХРАНИТЕЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ В ЕВРАЗИЙСКОМ ПРОСТРАНСТВЕ

Харченко В.Б. Уголовно-правовая охрана прав на результаты интеллектуальной деятельности: проблемы законодательного определения и правоприменительной практики	74
---	----

Конин В.В.

Ревизия УПК РФ на примере возрождения института возвращения уголовных дел для дополнительного расследования	83
---	----

Винников А.В.

О мировых закономерностях полицейского и судебного перевода	89
---	----

Кузнецов В.Н.

О толковании высшими судебными инстанциями статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации и противоречивой судебной практике арбитражных судов и судов общей юрисдикции по ее применению	104
--	-----

Студенцов А.В.

Инфляционные потери. Арбитражный компонент инвестиционных рисков в Беларуси	108
--	-----

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ

ЮРИДИЧЕСКОЙ НАУКИ И ПРАКТИКИ

Коптева Е.А. Классификация международных обязательств	114
Гараев И.Г. Оценка добросовестности действий налогоплательщика при дроблении бизнеса	118

Синеокий О.В.

Из истории лицензионных грампластинок: от уникальных контрафактных образцов поп-музыки к новым правовым ориентирам звукозаписи	122
--	-----

Хайруллин Ф.Р.

Правовое регулирование правоотношений, возникающих по поводу сложного объекта	130
---	-----

Мазур Е.А.

Правовой режим Интернет-сайта как сложного объекта по законодательству Российской Федерации	132
---	-----

ЮРИДИЧЕСКАЯ НАУКА И ОБРАЗОВАНИЕ

Воронов А.А. Системный подход к исследованию адвокатуры и науки об адвокатуре	135
Тресков В.И. Чем отличается российское образование от оксфордского?	141

ПОЛИТИКА И ЭКОНОМИКА ЕВРАЗИИ

Аюпова З.К., Кусаинов Д.У. Правовая политика как инструмент совершенствования правовой системы Республики Казахстан	145
---	-----

ОБМЕН ОПЫТОМ

Гранат М.А. Некоторые способы присвоения денег и собственности при операциях на рынке недвижимости	150
--	-----

РЕЦЕНЗИИ

Рецензия на работу Пилипенко Ю.С. Кодекс профессиональной этики адвоката. Научно-практический комментарий. – М., 2012	153
--	-----

Рецензия на монографию доктора юридических наук, профессора Маликова М.Ф. «Генетические основы регионального права: по материалам Республики Башкортостан». – Уфа, «Гилем», 2012	154
---	-----

ИНФОРМАЦИЯ ДЛЯ АВТОРОВ	158
-------------------------------------	-----

СВЕДЕНИЯ ОБ АВТОРАХ	159
----------------------------------	-----

Contents

PERSONA

- While you live, learn to live!*
Interview with vice-president of federal chamber of lawyers of the Russian Federation S.I. Volodina 5

SPECIAL REPORTING

- Round table «Directions of development standard and legal regulations of activity of advocacy profession»* 7

EVENTS

- Anniversaries of Advocate chambers* 10
New president of Advocate chamber of Chuvashia 10
Coordination meeting «About the organization of granting a legal aid to the population of the Far East and availability of justice» ... 10
Changes in the Code of professional ethics of advocte: work proceeds 10
Next meeting of Executive committee of Guild of the Russian advocates 11
Cooperation of advocates of Moldova and Romania 11
Creation of National association of Advocates of Ukraine 11
Advocates of Kazakhstan need protection 12
Advocates of Belarus and Italy concluded the cooperation agreement 12

HISTORICAL EXPERIENCE

- Martyshekin V.N.**
Vasilyev Timothy Vasilyevich – the patriot, the jurist (about the first international lawyer in Great Britain) 13

PROBLEMS OF ORGANIZATION AND ADVOCACY PROFESSION FUNCTIONING

- Zhdanov I.N.**
Coregulatory model of the Bar of Finland 21

ACTUAL PROBLEMS OF ADVOCACY PRACTICE

- Vorontsova I.V.**
About participation of foreign lawyers in legal proceedings on civil cases 26
Zavgorodny A.V.
Agreement of the parties or own desire of the worker: councils to the lawyer 32

PROTECTION OF THE PROFESSIONAL RIGHTS OF ADVOCATE

- Tugel A.K., Akhpanov A.N., Pen S.G., Tukiyev A.S.**
Improving the Criminal Procedure Code of the Republic of Kazakhstan on the right of defense and the advocacy at the present time 45
Ragulin A.V.
Regulation of the rights of advocate-defender on poll of persons and representation of subjects and documents 50
Kiselyov P.P.
Standard and legal bases of advocate criminal investigation 53

HUMAN RIGHTS IN THE EUROASIAN SPACE

- Sultanov A.R.**
The appropriate process of law and legal standards of the European Court on human rights 62
Ryabtseva E.V.
Abuse of the right to submission of the complaint in the European court on human rights 66

JUSTICE AND LAW-ENFORCEMENT ACTIVITY IN THE EUROASIAN SPACE

- Kharchenko V.B.**
Criminal law to protect the rights of intellectual property: issues of legislative definition and law enforcement practice 74

Konin V.V.

- Audit of the criminal procedure code of the Russian Federation on the example of revival of institute of return of criminal cases for additional investigation* 83

Vinnikov A.V.

- About world regularities of police and judicial transfer* 89

Kuznetsov V.N.

- About interpretation by the highest judicial authorities of article 333 of the Civil code of the Russian Federation and inconsistent jurisprudence of arbitration courts and courts of law on its application* 104

Studentsov A.V.

- Inflationary losses. Arbitration component of investment risks in Belarus* 108

ACTUAL PROBLEMS OF LAW SCIENCE AND PRACTICE

- Koptieva E.A.**
International obligations classification 114

Garaev I.G.

- Appraising taxpayers' honesty during the process of splitting the business up* 118

Sineokiy O.V.

- The history of license records: from unique samples of counterfeit pop music to the new legal landmark of recordings* 122

Hayrullin F.R.

- Legal regulation of the legal relationship arising concerning difficult object* 130

Mazur E.A.

- Legal regime of the Internet site as difficult object by the legislation of the Russian Federation* 132

JURISPRUDENCE AND EDUCATION

- Voronov A.A.**
System approach to legal profession research and sciences about legal profession 135

Treskov V.I.

- What is the difference between Russian and Oxford education* 141

POLICY AND ECONOMY OF EURASIA

- Ayupova Z.K., Kussainov D.U.**
Legal policy as the instrument of the modernization of the legal system of the Republic of Kazakhstan 145

EXCHANGE OF EXPERIENCE

- Granat M.A.**
Some ways of assignment of money and property at operations in the real estate market 150

REVIEWS

- Review of Pilipenko Yu.S.'s work: Code of professional ethics of the lawyer. Scientific and practical comment. – M, 2012* 153

- Review on doctor of juridical sciences, professor Malikov M.F.'s monograph «Genetic bases of the regional right: on materials of the Republic of Bashkortostan.» – Ufa, «Gilem» 2012* 154

- INFORMATION FOR AUTHORS** 158

- INFORMATION ABOUT THE AUTHORS** 160

ПОКА ВЫ ЖИВЕТЕ, УЧИТЕСЬ ЖИТЬ!

Интервью с вице-президентом Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации **С.И. Володиной**.

WHILE YOU LIVE, LEARN TO LIVE!

*Interview with vice-president of federal chamber of lawyers of the Russian Federation **S.I. Volodina**.*

Визитная карточка

Володина Светлана Игоревна, родилась 16 октября 1961 г. в г. Москве. В 1983 г. окончила Всесоюзный юридический заочный институт и стала стажером, а затем адвокатом Московской областной коллегии адвокатов (МОКА). С 1990 г. – преподаватель кафедры гражданского права Московской государственной юридической академии. С 1997 г. – член квалификационной комиссии МОКА. С 1998 г. – заместитель заведующего кафедрой адвокатуры и нотариата Московской государственной юридической академии. Член квалификационной комиссии АПМО с 2002 года по настоящее время. С 2002 г. – кандидат юридических наук, доцент МГЮА. С 2003 г. – доцент кафедры адвокатуры и нотариата МГЮА, проректор Российской академии адвокатуры и нотариата. С 2008 г. – директор института Адвокатуры МГЮА. С апреля 2010 г. – вице-президент ФПА РФ.

С.И. Володина – Почетный адвокат России, Заслуженный юрист г. Москвы, награждена Серебряной и Золотой медалью им. Ф.Н. Плевако и орденом Федеральной палаты адвокатов России «За верность адвокатскому долгу», автор ряда научных и учебно-методических работ по юридической риторике и проблемам развития и функционирования адвокатуры.

– **Уважаемая Светлана Игоревна!**

Прежде всего, позвольте поблагодарить Вас за то, что выразили желание занять пост заместителя Председателя Редакционного совета нашего журнала, а также за согласие ответить на ряд наших вопросов. Считаете ли Вы себя успешной?

– Для начала я объясню, что такое для меня успех – это возможность жить так, как тебе хочется и общаться с тем, с кем хочется. Я успешна во всех своих деятельности. Особенно в кругу своего общения.

– Расскажите, пожалуйста, когда и почему Вы пришли именно в адвокатуру?

– Пришла случайно, увидела виртуозно работающих адвокатов, даже не работающих, а живущих адвокатурой и служащих ей. По их отношению было видно – это призвание, талант, работоспособность и высочайшая человеческая планка. Они жили полной насыщенной и очень разнообразной жизнью, но главное – в их способе жить была свобода. А еще в них была ненаносная интеллигентность, разносторонность или, точнее, глубина и яркость. Они стали путеводными звездами, хотелось не просто за ними идти, хотелось за ними лететь, и еще хотелось быть на них похожей. А они делились своим теплом, мастерством и вообще талантом любить профессию. Главный урок тех лет – это умение не отчаиваться. И еще один важный урок – действительно сильный не тот, кто умеет всегда держаться и наступать, а тот,

кто умеет отступать. Трудно не согласиться с мудростью о том, что мужество создает победителей, согласие – непобедимых.

– Какие направления деятельности Федеральной палаты адвокатов РФ Вы курируете как вице-президент?

– Повышение квалификации адвокатов. Наверное, каждое направление в деятельности важно, но это фундамент функционирования любого института.

– Каковы основные мероприятия, проводимые Вами в данном направлении?

– Моя задача формировать программы, а главное – лекторов, которые способны их реализовать. На самом деле важнее среда, в которой совершенствуется специалист, это норма, точнее, потребность. Я очень не хочу формального отношения к учебе и самым эффективным считаю занятие само совершенствованием; мы просто должны помогать в выборе возможностей. Эсхил прав – мудр не тот, кто знает много, а тот, кто знает нужное. Летом я была в США в командировке с целью изучения системы повышения квалификации. Много интересного и полезного. Но меня удивил тот аспект, что в системе дистанционного обучения одной из задач является проверка, сидит адвокат за компьютером или телефоном или спит. Это мне напомнило рассказы М.И. Калинина о том, что он во время лекции неожиданно предлагал всем встать и смотреть, кто спит. Очень не хочется, чтобы естественная потребность быть на уровне времени перешла

в получение часов и каких-то удостоверений. Особо остро эта проблема стоит в адвокатских кабинетах, что показывает дисциплинарная практика. Им часто просто не с кем посоветоваться. Обсуждение проблемы с разных сторон – лучший способ вникнуть в нее. Я убеждена, что все приходит только для тех, кто хочет и умеет учиться (и не только на своих ошибках). У меня есть девиз – пока вы живете, учитесь жить! Так вот он применим и к деятельности. Учитесь работать! Меня не пугает предполагаемое увеличение численности адвокатов, адвокатура для сильных юристов, готовых к состязательности. Остальные найдут себя в другом!

– Осенью 2012 года ФПА РФ предложила проект изменений в Кодекс профессиональной этики адвоката. Этот проект широко обсуждается в общественных объединениях адвокатов, адвокатских палатах, адвокатских образованиях и вызывает у адвокатов противоречивые отзывы и мнения как относительно целесообразности изменения КПЭА вообще, так и в части редакции отдельных предлагаемых поправок. Хотелось бы узнать Ваше мнение о целесообразности их принятия.

– Этот тезис трудно комментировать, т.к. эта данность – этическая планка – не опускается, она все время планка. И проползать под ней нельзя. Ее нужно взять и держать. Правда, можно приподнимать. Вторая – дополнительная мера ответственности. Очень ценная поправка, которая дает возможность по-настоящему предупредить адвоката и только потом лишать статуса. Это в интересах адвокатов. Третья – после прекращения статуса не сразу давать возможность повторной сдачи экзаменов. Интересно, что, обсуждая эту поправку с одним из авторов нашего закона, я узнала, что законодатель предполагал, что после прекращения статуса повторно его получить нельзя. Так что эта поправка опять в пользу адвокатов. Четвертая – особый порядок привлечения к дисциплинарной ответственности президентов адвокатских палат за неисполнение решений Совета ФПА РФ и Совета региональной палаты – это очень важно. И, наконец, создание комиссии по этике с такими важными функциями. Полагаю, что назрела и потребность, и необходимость принятия предложенных поправок.

Марина Цветаева часто повторяла, что в диалоге с жизнью важен не ее вопрос, а наш ответ. Вот

так мы ответили на возникающие вопросы этого времени.

– **Учитывая Вашу насыщенную общественную и образовательную деятельность, остается ли у Вас возможность заниматься адвокатской практикой?**

– С огромной гордостью отвечаю на этот вопрос – да! И это мой самый главный успех. Не так активно, как бы мне этого хотелось, но я в строю и очень горжусь этим.

– **Будучи директором Института адвокатуры МГЮА, а также взаимодействуя с другими юридическими вузами России, Вы, несомненно, получаете огромный массив информации, на основании которой можно судить об основных тенденциях развития отечественного юридического образования. Прошу Вас поделиться этой информацией и Вашими выводами по данному вопросу с читателями нашего журнала.**

– Во-первых, о современных детях. Они в основной своей массе и хотят, и могут. Но в профессиональном образовании есть фундамент: это разносторонность, образованность, умение мыслить, умение понимать не только нормы закона, умение ценить и вникать. И без фундамента все очень зыбко – до первого ветра. Но я уверена, что талантливых, работоспособных и образованных много, и они обречены на успех.

– **Светлана Игоревна, скажите, какие наиболее значимые проблемные вопросы, связанные с развитием и функционированием адвокатуры, Вы бы предложили разрабатывать молодым ученым на уровне диссертационных исследований?**

– Я считаю, что наука создана для того, чтобы ее можно было использовать практикам. Поэтому полагаю, что нужно разрабатывать различные аспекты адвокатской деятельности.

– **И, наконец, последнее – что Вы пожелаете нашим читателям?**

– Да я уже призналась, что мое кредо – это всегда учиться жить, а пожелать я хочу уметь наслаждаться и дорожить своей прожитой жизнью и каждым конкретным днем!

Беседовал главный редактор журнала

«Евразийская адвокатура»,

кандидат юридических наук, доцент А.В. Рагулин

КРУГЛЫЙ СТОЛ «НАПРАВЛЕНИЯ РАЗВИТИЯ НОРМАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТУРЫ»

Материал представляет собой репортаж о проведении 21 января 2013 г. на базе Государственной Думы Федерального Собрания РФ Круглого стола, посвященного направлениям развития законодательства об адвокатуре.

Ключевые слова: адвокатура, законодательство об адвокатуре, развитие законодательства об адвокатуре.

ROUND TABLE «DIRECTIONS OF DEVELOPMENT STANDARD AND LEGAL REGULATIONS OF ACTIVITY OF ADVOCACY PROFESSION»

The material represents the reporting on carrying out on January 21, 2013 on the basis of the State Duma of the Federal Assembly of the Russian Federation of the Round table devoted to the directions of development of the legislation on advocacy profession.

Keywords: advocacy profession, legislation on advocacy profession, development of the legislation on advocacy profession.

21 января 2013 г. Комитет по конституционному законодательству и государственному строительству Государственной Думы Федерального Собрания РФ провел Круглый стол на тему: «Направления развития нормативно-правового регулирования деятельности адвокатуры».

Открывая заседание, Председатель Государственной Думы С.Е. Нарышкин обратил внимание на то, что при обсуждении проблем правового регулирования деятельности адвокатов первым делом необходимо выслушать представителей адвокатуры.

Председатель Комитета по конституционному законодательству и государственному строительству В.Н. Плигин отметил, что считает закон о деятельности адвокатов в России работоспособным, однако, по его словам, он нуждается в доработке. По его мнению, основная задача участников Круглого стола – выработать свои предложения по реформированию законодательства о работе адвокатуры. Также В.Н. Плигин обратил внимание на то, что профессия адвоката в последние годы стала терять свою элитарность, поскольку среди адвокатов есть люди, которые в нарушение норм и правил адвокатского сообщества публикуют переписку с подзащитным в открытых источниках.

Председатель Комитета по бюджету и налогам А.М. Макаров, который указал, что он является членом «адвокатской корпорации, прикомандированным к Госдуме», полагает, что сегодня адвокатура находится перед серьезным кризисом, поскольку зачастую адвокатами становятся те люди, которые воспринимают адвокатуру лишь как шаг в своей дальнейшей карьере, занимаются самопиаром, регистрируют на своих женах товарные знаки, которые должны принадлежать доверителям, угрожают шариатскими судами, публикуют составляющие

адвокатскую тайну документы доверителей. Если адвокатура не будет самоочищаться, по мнению А.М. Макарова, этим будет вынуждено заняться государство. Наряду с этим Федеральная палата адвокатов РФ за десять лет действия закона не смогла предпринять достаточных мер для того, чтобы переключить на себя финансовые потоки, выделяемые из государственного бюджета на оплату услуг адвокатов по назначению, между тем эта сумма составляет примерно 3–4 миллиарда рублей. Однако распорядителями денежных средств являются государственные органы, и имеются факты нецелевого использования денежных средств, вследствие чего до адвокатов они не доходят. Докладчик также высказался за необходимость введения адвокатской монополии на судебное представительство, а также предостерег адвокатов, которые считают, что необходимо относиться к адвокатской деятельности, как к юридическому бизнесу, приведя для этого обстоятельные налогово-правовые основания.

Заместитель министра юстиции РФ Е.А. Борисенко заметила, что в число адвокатов в последние годы все чаще попадают «случайные люди», в связи с чем следует совершенствовать и углублять дисциплинарную практику. В ее докладе также было указано, что к основным направлениям развития законодательства необходимо отнести наполнение и усиление статуса адвоката, обеспечение свободы юридической профессии, совершенствование этических стандартов профессии, поэтапное устранение дуализма в сфере оказания квалифицированной юридической помощи путем введения адвокатской монополии, решение вопроса о движении адвокатов по карьерной лестнице. По словам Е.А. Борисенко, адвокатура представляет собой уникальный кадровый резерв для государственной службы и судебной власти, а диалог адвокатуры,

министерства юстиции и депутатов в будущем продолжится и даст блестящие результаты.

Председатель Комитета по безопасности и противодействию коррупции И.А. Яровая отметила, что считает возросшее количество обращений граждан в суды результатом желанно цивилизованно урегулировать споры в судебном порядке. При этом И.А. Яровая предложила изменения в законодательство, согласно которым планируется за счет федерального бюджета оплачивать юридическую помощь адвокатам, осуществляющим защиту интересов несовершеннолетних – потерпевших от преступлений.

Советник Президента РФ В.Ф. Яковлев в своем выступлении отметил, что правосудие не может быть эффективным и достойным, когда страна не располагает развитой адвокатурой, поэтому государство должно нести ответственность за состояние дел в этой сфере. Правосудие, по мнению В.Ф. Яковлева, может быть сравнено с птицей, тело которой – суд, правое крыло – обвинение, а левое крыло – сторона защиты. Поэтому как статус, так и требования, предъявляемые к адвокатам, должны быть такими же, какие обеспечиваются и предъявляются к судьям. По мнению В.Ф. Яковлева, лучшие судьи – это лучшие адвокаты. Также докладчик отметил, что ставить знак равенства между адвокатурой и бизнес-юристами нельзя, а монополию адвокатуры на судебное представительство следует считать нормальным явлением. По мнению В.Ф. Яковлева, нужно возвращаться к заблокированному Конституционным судом РФ положению закона о представительстве в арбитражных судах только адвокатами и развивать подобные нормы права. В то же время адвокатуре следует самоочищаться для обеспечения высокого уровня доверия граждан.

Президент Федеральной палаты адвокатов РФ Е.В. Семеняко в своем сообщении отметил, что необходимо ввести единые стандарты к оценке деятельности адвокатов, в том числе к защите в суде, а также взять курс на введение адвокатской монополии, поскольку в России действует значительное, причем неизвестное число юристов, не подчиняющихся никаким корпоративным нормам. Также он отметил, что в настоящее время ФПА РФ видит в лице Министерства юстиции партнера, при этом следует все же прекратить лишь обсуждать проблемы и начать решать их, в том числе обратить внимание на проблемы реализации профессиональных прав адвоката на получение ответов на запросы, заявление ходатайств. К тому же появились новые проблемы, связанные с запретом на проход адвокатов в здание судов по удостоверению

адвоката. Адвокаты не должны превращаться в статистов, они имеют права и должны иметь возможность их реализовать. В то же время Е.В. Семеняко подчеркнул, что адвокатура сегодня свободна, но до конца этот принцип не реализован. Ротация в руководстве адвокатурой необходима, был период, когда она помогла сохранить корпорацию, однако сегодня формы ротации должны регламентироваться не законом, а актами ФПА и региональных палат.

Президент Адвокатской палаты г. Москвы Г.М. Резник в своем выступлении оценил закон об адвокатуре на «четыре с плюсом» или даже «пять с минусом», подчеркнув, что никакого кризиса в адвокатуре нет, а есть проблемы, большинство из которых появились еще в далеком прошлом, и которые являются закономерными, неизбежными и требующими своего разрешения. В то же время ряд норм закона, по мнению Г.М. Резника, следует редактировать. Также докладчик подчеркнул, что по ряду негативных примеров, упоминавшихся в выступлениях предыдущих докладчиков, проведены соответствующие мероприятия, но без заявлений граждан адвокатская палата не может привлечь адвокатов к ответственности, при этом палата не может подменять следственные органы. В то же время адвокатура активно самоочищается от «адвокатов-почтальонов» и «карманных адвокатов», однако многие представления о лишении статуса адвокатов, исходящие от государственных органов, являются несостоятельными. Докладчик также отметил, что неоднократно обращал внимание руководства правоохранительных органов на коррупционные схемы типа «адвокат-следователь», имеющие место в практике отдельных органов, осуществляющих предварительное следствие, которые могут быть выявлены путем изучения прекращенных и приостановленных уголовных дел. Также Г.М. Резник подчеркнул, что вакханалия с проблемой защиты прав потерпевших не имеет под собой оснований, в то время как мы стоим на грани отмены презумпции невиновности, а также отметил, что если государство начнет наступать на независимость и самоуправляемость адвокатуры, оно столкнется с отпором адвокатского сообщества.

Представитель ФСАР В.Г. Тарасенко отметил, что адвокатская корпорация сегодня является излишне бюрократизированной, нужна сменяемость президентов, нейтрализация механизма «президент–совет–президент», существующая сегодня при формировании органов адвокатского самоуправления. Требуют решения и проблемы с обеспечением принципа состязательности, декларативности права на отвод следователя и судьи,

для преодоления которых необходимо комплексное совершенствование законодательства.

Президент Гильдии российских адвокатов Г.Б. Мирзоев в своем выступлении озвучил мысль об опасности огосударствления адвокатуры, отметил, что необходимо совместными усилиями выработать положения о совершенствовании законодательства об адвокатуре, которое содержало бы, среди прочих, положение о пересмотре института ротации. При этом органы адвокатского самоуправления должны представлять интересы всего адвокатского сообщества. Также Г.Б. Мирзоев подчеркнул, что при процессе самоочищения нельзя, что называется, «перегибать палку», и в первую очередь следует обеспечить защиту интересов адвокатов. Кроме того, докладчик отметил, что зарубежный опыт свидетельствует о необходимости установления уголовной ответственности за воспрепятствование деятельности адвокатов и вмешательство в адвокатскую деятельность. В завершение своего доклада Г.Б. Мирзоев отметил, что необходимо чаще собираться в предложенном Госдумой формате и обсуждать проблемные вопросы, а затем решать их.

Президент АП Удмуртской Республики Д.Н. Талантов сосредоточил свое выступление на вопросах совершенствования кодекса профессиональной этики адвоката и подчеркнул, что нормы КПЭА не должны распространяться за рамки сугубо профессиональной деятельности адвоката, что подтвердило совещание президентов адвокатских палат Приволжского Федерального округа.

В работе Круглого стола и дискуссии приняли участие вице-президенты ФПА РФ (С.И. Володина, Ю.С. Пилипенко, Г.К. Шаров, В.В. Гриб), президенты адвокатских палат субъектов РФ (В.Ф. Анисимов, Д.П. Баранов, Т.Д. Бутовченко, В.М. Волков, Е.Б. Галактионов, А.П. Галоганов, В.В. Калитвин, Л.М. Дмитриевская, Ю.В. Денисов, А.С. Даренков, И.В. Михайлович, Н.Д. Рогачев, О.Б. Руденко

и др.), сотрудники аппарата ФПА РФ (Н.Н. Соколов, А.В. Крохмалюк, М.В. Петелина), представители Гильдии российских адвокатов (В.С. Игонин, А.А. Власов, А.В. Рагулин), сотрудники МГЮА им. О.Е. Кутафина (Л.А. Воскобитова, Н.М. Кипнис, Л.Н. Масленникова и др.), представители ведущих адвокатских образований (В.Н. Буробин, А.И. Муранов, Ю.А. Костанов, С.В. Бородин, С.Г. Пепеляев, А.М. Городисский) и другие.

По итогам заседания участники Круглого стола пришли к следующим основным выводам, озвученным перед его завершением В.Н. Плигиным: базовые нормы Федерального Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» не подлежат изменению, в то же время ряд норм подлежит корректировке. В частности, требуется введение адвокатской монополии на судебное представительство, следует совершенствовать положения законодательства об институте ротации, устранить возможность для адвокатов, лишенных статуса продолжать деятельность по оказанию юридической помощи, необходимо обеспечить укрепление прав адвокатов. Также В.Н. Плигин отметил, что проведенный Круглый стол – это первая встреча в подобном формате, и такая практика будет продолжена, а также указал, что во второй половине февраля 2013 г., скорее всего, будет создана рабочая группа по совершенствованию законодательства об адвокатуре.

Со стороны Гильдии российских адвокатов по результатам Круглого стола было принято решение о направлении В.Н. Плигину письма с просьбой включить в состав рабочей группы руководителей Гильдии, а также членов Научно-консультативного экспертного совета и комиссии по защите прав адвокатов ГРА: Г.Б. Мирзоева, В.С. Иголина, А.А. Власова, Д.Н. Талантова и А.В. Рагулина.

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



ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

www.eurasniipp.ru

info@eurasniipp.ru

+7-903-31-257-90

РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

Юбилеи адвокатских палат

Во многих палатах в ноябре и декабре 2012 г. прошли торжественные мероприятия, посвященные первым значительным юбилеям со дня образования. 10-летний юбилей отметили палаты Камчатского края, Приморского края, Кировской области, Ульяновской области, Чувашской Республики, Вологодской области, Ставропольского края, Красноярского края, Республики Хакасия и города Москвы. Палата адвокатов Алтайского края отметила 75-летие образования адвокатуры в регионе. В адвокатских палатах Московской, Новосибирской и Оренбургской областей отметили 90-летний юбилей со дня образования адвокатуры.

Новый президент Адвокатской палаты Чувашии

В Адвокатской палате Чувашии в связи с переходом на государственную службу президента палаты Юрия Кручинина, назначенного Уполномоченным по правам человека в Чувашской Республике, прошли выборы нового президента палаты. По результатам выборов, в форме открытого голосования, президентом Адвокатской палаты Чувашской Республики избрана Елена Леонидовна Кузьмина.

Координационное совещание «Об организации предоставления юридической помощи населению Дальнего Востока и доступности правосудия»

25 декабря 2012 г. Министр юстиции РФ Александр Владимирович Коновалов провел в кампусе ДВФУ координационное совещание «Об организации предоставления юридической помощи населению Дальнего Востока и доступности правосудия». В своем выступлении Александр Коновалов отметил, что обеспечение доступа граждан к правосудию – одна из приоритетных задач, обозначенная Президентом России Владимиром Путиным. Это комплексная многопрофильная работа, которую министерство юстиции реализует по всей стране. Особое внимание министр юстиции РФ уделил вопросу оказания бесплатной юридической помощи гражданам РФ, в том числе необходимости развития практики *pro bono* (пер. с лат – ради общественного блага), которая является нормой жизни в цивилизованных странах. Оказание бесплатной юридической помощи – это элемент профессии юриста. Министр юстиции РФ также отметил, что такому направлению деятельности юридического сообщества как пропаганда правовых знаний еще уделяется недостаточное внимание. Остановившись на основных задачах государственной программы «Юстиция», Александр Коновалов отметил два тренда их реализации: качество оказания юридических услуг и создание понятных лифтов в профессии юриста, предоставляющих возможность для профессионального роста как в пределах профессиональной структуры (корпорации), так и с выходом за рамки внешнего контура. В выступлении были подняты и некоторые другие важные вопросы развития юридического сообщества России.

Изменения в Кодекс профессиональной этики адвоката: работа продолжается

В предыдущем номере журнала мы сообщали об активном обсуждении в адвокатском сообществе поправок в Кодекс профессиональной этики адвоката. Предложения и замечания, поступившие от адвокатов и адвокатских палат по проекту Кодекса, были услышаны в ФПА РФ. В результате чего, как сообщает пресс-центр ФПА РФ, 21 декабря в ФПА РФ под председательством первого вице-президента ФПА РФ Юрия Пилипенко состоялось очередное заседание рабочей группы по подготовке проекта изменений и дополнений в КПЭА. В заседании участвовали вице-президенты ФПА РФ Владимир Калитвин и Светлана Володина, президент АП Орловской области Сергей Мальфанов и президент АП Калининградской области Евгений Галактионов. Рабочая группа обсудила поступившие после публикации проекта поправок в КПЭА от адвокатов и из адвокатских палат предложения и замечания и с их учетом согласовала обновленную таблицу изменений и дополнений. В соответствии с решением Совета ФПА РФ от 27 ноября 2012 года доработанный проект поправок в КПЭА будет вынесен на рассмотрение адвокатского сообщества. Текст документа будет опубликован на сайте ФПА РФ и в «Новой адвокатской газете», и в течение января – февраля 2013 года состоится его обсуждение на совещаниях с участием представителей адвокатских палат в семи федеральных округах.

Очередное заседание Исполкома Гильдии российских адвокатов

29 ноября 2012 г. в Центральном Доме адвоката состоялось очередное заседание Исполкома Гильдии российских адвокатов. Заседание открыл президент Гильдии российских адвокатов Гасан Борисович Мирзоев. В заседании приняли участие члены Исполкома ГРА, представители многих регионов России, а также президент Международного союза (Содружества) адвокатов Георгий Алексеевич Воскресенский, президент Федерального союза адвокатов России и Адвокатской палаты Московской области Алексей Павлович Галоганов, президент Адвокатской палаты Забайкальского края Александр Николаевич Ситников, президент Адвокатской палаты Кировской области Марина Николаевна Копырина, президент Адвокатской палаты Республики Марий Эл Ольга Олеговна Полетило, президент Адвокатской палаты Рязанской области Владимир Петрович Рябов, президент Адвокатской палаты Свердловской области Игорь Властимирович Михайлович, президент Адвокатской палаты Республики Татарстан Людмила Митрофановна Дмитриевская, президент Адвокатской палаты Удмуртской республики Дмитрий Николаевич Талантов, президент Адвокатской палаты Чувашской Республики Юрий Сергеевич Кручинин.

На заседании были обсуждены вопросы состояния работы Гильдии российских адвокатов, определены главные задачи на текущий период, а также рассмотрены предложения о внесении изменений в действующий Кодекс профессиональной этики адвокатов.

Состоялись кадровые решения. Единогласно на должность вице-президента ГРА утвержден президент Адвокатской палаты Удмуртской Республики Дмитрий Николаевич Талантов. Вместо Михаила Яковлевича Розенталя, подавшего заявление об уходе по состоянию здоровья, на должность председателя Комиссии по защите прав адвокатов назначен Андрей Викторович Рагулин. На должность председателя Научно-консультативного и Экспертного совета назначен профессор Анатолий Александрович Власов. Руководителем кадровой службы ГРА утвержден заместитель президента ГРА Александр Иванович Мякенький.

В заключение заседания состоялись награждения: президент Адвокатской палаты Республики Татарстан Людмила Митрофановна Дмитриевская была награждена почетной грамотой и знаком отличия ГРА, а также благодарностью ГРА отмечена работа редакционного коллектива журнала «Тюменский адвокат».

МОЛДОВА

Сотрудничество адвокатов Молдовы и Румынии

17 ноября 2012 на совместном заседании Совета Ассоциации адвокатов Республики Молдова и Постоянного комитета Национальной ассоциации адвокатов Румынии в Бухаресте был подписан Меморандум о взаимопонимании и сотрудничестве. В Меморандуме отмечается, что стороны будут развивать сотрудничество в конкретных областях юридической профессии, способствуя обмену материалами и документацией, и содействовать прямым контактам между адвокатскими образованиями и адвокатами обеих стран. Меморандум предполагает сотрудничество в рамках создания и проведения программ, исследований, осуществления взаимных визитов и стажировок и других форм совместной деятельности, обмена информацией, публикациями и научной литературой, проведения совместных конференций и симпозиумов. Также предусматривается сотрудничество в сфере профессионального образования в виде взаимного обмена специалистами-преподавателями, развития прямого сотрудничества между учебными заведениями, осуществления совместных образовательных проектов, взаимного признания документов о повышении квалификации.

УКРАИНА

Создание Национальной ассоциации адвокатов Украины

В рамках реализации нового Закона об адвокатуре впервые свои усилия объединили все ведущие общественные организации юристов: как созданные в период обретения независимости Украиной – такие как Союз адвокатов Украины (САУ) и Союз юристов Украины (СЮУ), так и относительно молодые, к которым относят Ассоциацию адвокатов Украины (ААУ) и Ассоциацию юристов Украины (АЮУ). 17 ноября 2012 г. состоялся Учредительный съезд адвокатов Украины, на котором большинством голосов были приняты решения об основании Национальной ассоциации адвокатов Украины (НААУ) и избрании председателем НААУ Л.П. Изовитовой. Председателем Высшей ревизионной комиссии адвокатов Укра-

ины избрана О. Дмитриева, а председателем Высшей квалификационно-дисциплинарной комиссии адвокатуры – В. Загария. Решением Учредительного съезда адвокатов Украины также утверждены Устав Национальной ассоциации адвокатов Украины, Положение о Совете адвокатов Украины, Положение о Высшей квалификационно-дисциплинарной комиссии адвокатуры, Положение о Высшей ревизионной комиссии адвокатуры Украины. Все документы утверждены с учетом редакционных правок.

КАЗАХСТАН

Адвокаты Казахстана нуждаются в защите

В ноябре 2012 г. президент Союза адвокатов Ануар Тутел выступил с обращением и потребовал прописать в новом УПК Казахстана гарантии неприкосновенности адвокатов в связи с осуществлением ими профессиональной деятельности:

– Сейчас оправдательные приговоры, выносимые судами присяжных, просто отменяют, а крайними знаете, кого делают? Адвокатов! – говорит А. Тутел. – Возбуждают дела за то, что они якобы работали с присяжными. Если оправдательный приговор выносит профессиональный судья, то его просто выгоняют из системы, а если суд с участием присяжных – крайним становится адвокат. Суд второй инстанции выносит частное определение, адвоката лишают лицензии, возбуждают уголовное дело в отношении него, и таких случаев много. Подобная участь постигла двух адвокатов из Восточно-Казахстанской области – Жукову и Агушевич. После того как Президиум коллегии адвокатов Восточно-Казахстанской области не усмотрел нарушений в их действиях, к делу подключился департамент юстиции, который подал в суд иск о лишении их лицензии, в основу которых были положены частные постановления судов апелляционной и кассационной инстанций. А. Тутел также указывает, что адвокатов, принципиально отстаивающих интересы своих подзащитных, сегодня преследуют, у них проводятся обыски, их телефонные переговоры, как правило, прослушиваются, а тех, кто менее морально устойчив, привлекают к негласному сотрудничеству со следствием. Выход видится один – законодательно наделить адвокатов неприкосновенностью в связи с осуществлением ими своих профессиональных обязанностей.

БЕЛАРУСЬ

Адвокаты Беларуси и Италии заключили соглашение о сотрудничестве

В декабре 2012 г. в г. Минске между Республиканской коллегией адвокатов Беларуси и Юридическим центром итальянского права был заключен договор о сотрудничестве. Президент центра итальянского права Изабелла Кусанно отметила, что основной целью деятельности Юридического центра итальянского права является защита прав итальянских граждан за рубежом, защита прав детей, оставшихся без родительской опеки, а также проведение юридических исследований и организация семинаров. Председатель РКА Виктор Чайчиц указал, что белорусские адвокаты всегда открыты для диалога и сотрудничества с коллегами из других стран. По его мнению, подписание данного документа позволит не только активизировать взаимное сотрудничество в правовой сфере Беларуси и Италии, но и будет способствовать углублению отношений с другими странами. В соответствии с договором стороны будут осуществлять обмен информацией, представляющей взаимный интерес, опытом работы и информационно-справочными материалами.

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

Мартышкин В.Н.

**ВАСИЛЬЕВ ТИМОФЕЙ ВАСИЛЬЕВИЧ – ПАТРИОТ, ПРАВОВЕД
(О ПЕРВОМ ЮРИСТЕ-МЕЖДУНАРОДНИКЕ В ВЕЛИКОБРИТАНИИ)**

В статье описываются основные этапы жизни и деятельности Т.В. Васильева.

Ключевые слова: история государства и права, Т.В. Васильев, репрессии.

Martyshkin V. N.

**VASILYEV TIMOTHEY VASILYEVICH – THE PATRIOT, THE JURIST
(ABOUT THE FIRST INTERNATIONAL LAWYER IN GREAT BRITAIN)**

In article the main stages of T.V. Vasilyev's life and activity are described.

Keywords: history of state and law, T.V. Vasilyev, repressions.

Недавно (18–19 октября 2012 г.) в Мордовии состоялась Международная научно-практическая конференция «Совершенствование российского законодательства: отечественный и зарубежный опыт» памяти Т.В. Васильева. В работе конференции приняли участие: дочь Васильева – Элеонора Тимофеевна Кузнецова, родившаяся в 1932 г. в Лондоне, литератор, ее сказки изданы и переведены на эрзянский, мокшанский и английский языки; его внучка – Л.А. Головина, старший научный сотрудник Российской академии наук; видные российские правоведа, представители судейского сообщества, в том числе прибывшие из Шотландии.

Кто же он – Васильев Т.В., памяти которого была посвящена Международная конференция, и почему она была проведена в Саранске? Почему в честь него была открыта фотовыставка и названа аудитория на юридическом факультете Мордовского государственного (исследовательского) университета им. Н.П. Огарева, которую украшает портрет Васильева?

Мордовский самородок из сибирской деревни Тавла Мариинского уезда Томской губернии Васильев Тимофей Васильевич родился 19 февраля 1897 г. Он яркая и трагическая фигура в истории становления мордовской государственности. С детства в нем отмечалась неумная тяга к знаниям. Первым его учителем был мордвин Ефим Сивилькаев, который, несмотря на жестокое обращение с учениками (жестокость обуславливалась требованием родителей, желающих «учить хорошенько своих детей»), был несравненно лучшим учителем, чем всякий другой, не понимающий мордовского языка.²

Однажды Васильев писал трехкопеечной монетой на заснеженном оконном стекле и продавал

стекло, за что подвергся варварскому наказанию – Тимофея колотили поленом.

Работать Васильев Т.В. начал с 12-летнего возраста на шахте. Его рабочий день длился с 6 часов утра и до 18 часов вечера. Однако Тимофей Васильевич находил время заниматься грамотой у старого забойщика шахты Клима Балды. Когда не было мела, Васильев писал вилами на снегу, палкой на земле, углем на заборе, гвоздем на дверях. Все стены, где Тимофею приходилось бывать, были исписаны.

Первая встреча Васильева Т.В. с Колыонским мировым судьей, который принял его на работу письмоводителем, произвела на него неизгладимое впечатление: «Со страхом и трепетом я входил к судье. – Здравствуйте, садитесь! – вежливо произнес судья. Здесь я впервые почувствовал человеческое к себе отношение. Я был удивлен, что судья, обращаясь ко мне, говорит: «Вы». Мне было тогда 18 лет».³

Опыт годовой работы в аппарате мирового судьи оказался решающей вехой его жизни: при становлении советской власти в Омске Васильев стал первым советским народным судьей, им организовывался Революционный трибунал в Омске и в г. Таре, Васильева избрали Председателем Губернского Совета народных судей.

Когда Омск в 1918 г. заняли колчаковцы, судья Васильев принимал участие в партизанском движении, стал начальником штаба. От преследования белогвардейцев Васильев скрывался в камере мирового судьи, которая стала ему прибежищем.

С 1920 по 1923 г. Васильев Т.В. работал в Енисейском губотделе юстиции, затем командовал батальоном в Главной военно-политической школе Дальневосточной Республики.

От природы наделенный организаторскими способностями, умелый оратор, хорошо владевший

1 К. Маркс. Письмо Ф. Энгельсу 12 февраля 1870 г. Сочинения. – 2-ое издание. – Т. 32. – С. 363–364.

2 Васильев Т.В. Мордовия. – Саранск, 2007. – С. 183.

3 Васильев Т.В. Указанная работа. – С. 186.

пером Васильев тем острее чувствовал свои пробы в образовании, которые восполнялись пролетарской целесообразностью, революционной совестью. Поэтому с 1924 по 1928 гг. Васильев Т.В. поступил учиться в Московский государственный университет на хозяйственно-правовое отделение факультета советского права. Преподавателем уголовного права был профессор Андрей Януарьевич Вышинский (он же вручал Васильеву диплом об окончании МГУ), который, говоря о профессиональной порядочности юриста, часто повторял студентам фразу о том, что «юрист должен быть чище снега альпийских вершин».⁴

Назначенный прокурором СССР Вышинский предал забвению этот свой наказ, и вместо того, чтобы направлять усилия органов прокуратуры на обеспечение единой законности, по существу возглавил эскалацию насилия, произвола и беззакония, в жернова которых попал его выпускник Васильев Т.В. Этому предшествовали следующие события: в марте 1937 г. Вышинским было подготовлено и подписано вместе с Ежовым – руководителем НКВД СССР письмо на имя Сталина с предложением направить на места в регионы выездные сессии для рассмотрения дел в отношении вредительских, шпионских, террористических групп и приговорить, согласно списку, 250 человек к расстрелу, 185 человек – к заключению в тюрьму на 10 лет и 60 человек – на 8 лет.⁵

Это письмо было инициировано выступлением Сталина И.В. на февральско-мартовском (1937 г.) пленуме ЦК партии, где он выдвинул тезис, призванный оправдать массовые репрессии – по мере продвижения к социализму классовая борьба будет все более обостряться.⁶

В связи с этим тезисом Сталина Ежов, как глава НКВД СССР, в 1937 г. издал директиву о массовых арестах. Вместо того чтобы опротестовать эту чудовищную директиву, Вышинский дал шифрограмму прокурорам: «Ознакомьтесь в НКВД с оперативным приказом Ежова от 30 июня 1937 года за номером 00447. Соблюдение процессуальных норм и предварительные санкции на арест не требуются. Требуя активного содействия успешному проведению операции и сохранении секретности в аппарате прокуратуры о проводимой операции».⁷ Впоследствии в докладной записке в ЦК КПСС руководители правоохранительных органов СССР

сообщили, что в тот период только «за контрреволюционные преступления были осуждены по стране 3777380 человек». Из этого количества в отношении 2 900 000 человек были вынесены приговоры внесудебными органами (коллегиями ОГПУ, тройками НКВД или особого совещания), в том числе к расстрелу 642 980 человек.⁸

Во время учебы в университете в Москве Васильев встретился с Рябовой Елизаветой Павловной (родилась в селе Лобаски Ичалковского района Мордовии). Ее отец работал до 1911 г. в селе Большое Болдино волостным писарем у Пушкина Анатолия Львовича – племянника поэта Александра Сергеевича Пушкина. Васильев активно участвовал в студенческих кружках мордовской молодежи, стал редактором газеты «Якстере Теште» («Красная звезда»), орган мордовской секции ЦК ВКП(б), был приглашен на работу в отдел национальностей ВЦИК инструктором. С той поры раздумья о судьбах мордовского народа, о путях создания и формы его государственности в рамках РСФСР приобретают у Васильева осознанный характер. В 1924–1925 г. при личном участии Васильева Т.В. мордовской секцией ЦК РКП(б) были подготовлены проекты Мордовской автономии. В докладной записке в правительство страны Васильев указал: «Необходимо обратить особое внимание на мордовский народ, ибо благодаря вековому угнетению он является в несколько раз более отсталым во всех отношениях по сравнению с великорусским крестьянством... В Советском Союзе одна только мордва до сих пор не имеет своего автономного объединения».⁹

Были и противники идеи мордовской автономии. Например, местные чиновники Пензенского губкома партии 7 августа 1925 г. на заседании Бюро «осудили такое настроение у ответственных работников мордвы, полагая неправильным и идущим вразрез с линией партии...».¹⁰ В.И. Ленин в одной из своих работ, поддерживая идею национального самоутверждения, в том числе по вопросу правового статуса коренных народов России, заметил: «...обрусевшие инородцы всегда пересаливают по части истинно русского настроения».¹¹ Безусловно, были и объективные трудности, так как мордва проживала на территории Пензенской, Симбирской, Нижегородской и Тамбовской губерний.

4 Багаутдинов Ф.Н. Университет. Юрфак. Бажанов. – Казань, 2007. – С. 253.

5 Газета «Правда». – 1989 г. – 1 сентября.

6 Букин М.С. Становление мордовской советской национальной государственности. – Саранск, 1990. – С. 183.

7 Газета «Правда». – 1989 г. – 1 сентября.

8 Финно-угорский мартиролог жертв политических репрессий. – Саранск, 2006. – С. 3.

9 Васильев Т.В. Указанная работа. – С. 129.

10 Головина Л.А. Вступительная статья. Страницы семейного архива // Васильев Т.В. Мордовия. – Саранск, 2007. – С. 16–17.

11 Ленин В.И. К вопросу о национальностях или об «автономизации» // Полн. собр. соч. – М., 1975. – Т. 45. – С. 358.

На одном из заседаний оргбюро ЦК РКП (б) в июне 1925 г., где слушался вопрос о Мордовской автономии, присутствовал И.В. Сталин, который заявил, что при таком территориальном расположении мордвы «придется ограничиться выделением мордвин в самостоятельные административные единицы (районы, уезды) в тех губерниях, где они живут компактной массой».¹²

Стремление Т. Васильева из патриотических побуждений ускорить решение проблемы Мордовской автономии непартийными методами привело к тому, что 28 ноября 1925 г. решением пленума партколлегии центральной контрольной комиссии Васильеву было указано на «партневыдержанность», «забегание вперед».¹³

Национальный вопрос среди мордовского народа в Пензенском ГПУ расценили как «контрреволюционный вопрос». Против мордовских партийных и советских активистов установили осведомителей. Письма Васильева Т.В. подвергались перлюстрации.

В январе 1926 г. Васильев Т.В. получил назначение в Уфу на должность помощника прокурора Республики Башкирия. По возвращении в Москву в 1927 г. Васильев работает в Московской губернской коллегии защитников. Но где бы Васильев ни работал, он доказывает необходимость мордовской государственности, участвует в подготовке соответствующих документов. Итогом самоотверженного труда Васильева Т.В. и его единомышленников стало решение ЦК ВКП(б) о направлении Тимофея Васильевича в качестве уполномоченного (как правоведа) по организации Мордовского окружного суда.

6 августа 1928 года на организационном заседании пленума окружного исполкома Мордовского округа Средне-Волжской области Васильев Т.В. был назначен первым председателем Мордовского Окружного суда.

В Мордовском округе была установлена двухзвенная судебная система – народные и окружные суды. В 23 районах округа были избраны 44 народных судьи. Мордовский окружной суд был в составе председателя, его заместителя и пяти членов, действовал президиум и кассационные коллегии по уголовным и гражданским делам. Окружной суд избирался окрисполкомом на один год.

Пленум окружного суда был высшим судебным центром в округе и состоял из всех наличных членов суда, но не менее половины их общего числа.

Васильев Т.В. рассматривал наиболее сложные дела, проводил заседания пленумов суда. Например,

19 октября 1928 года на пленарном заседании Мордовский окружной суд вынес следующее решение по линии коренизации судебного аппарата: «Предложить народным судьям районов с преобладающим мордовским населением (Старошайговский, Кочкуровский, 3-Полянский, Рыбкинский, Ачадовский, Козловский, Атяшевский и Дубенский) при рассмотрении дел, в которых участвующими лицами являются представители мордовского населения, производить судоговорение на мордовском языке».¹⁴

5 декабря 1929 г. Васильев Т.В. вновь был зачислен в орготдел ВЦИК, работал в Институте Советского строительства и права. Здесь он пишет и публикует множество злободневных статей, очерков, в т.ч. в мордовских изданиях.

В 1931 г. в Центриздате выходит книга Васильева «Мордовия», итог его многолетних размышлений, которая не потеряла актуальности до сегодняшних дней. При прочтении этого фундаментального монографического исследования Васильева в очередной раз убеждаешься, что стержнем всего русского воспитания всегда являлся патриотизм. Патриотизм относится к числу идеалов, утрата которых делает общество нежизнеспособным. Владимир Иванович Даль считал: «Патриот – любитель Отечества, ревнитель о благе его, отчизнолюб, отечественник».¹⁵ По мнению русского философа Бердяева Н.А., «Патриотизм есть прежде всего обнаружение любви к своей родине, своей земле, своему народу. Полное отсутствие патриотизма ненормальное, дефектное состояние».¹⁶

С любовью к мордовскому краю, его народу описывает и анализирует в своем произведении Васильев историю, обычаи, культуру, язык, искусство и некоторые аспекты права древней мордвы. Например, в главе «От права обычного к необычному праву» правоведа Васильев обращает внимание на то, как возникающие в мордовской среде имущественные споры разрешались судом «атят» (судом старейшин). Этот суд выносил устное и окончательное решение. Никакой кассационной, апелляционной инстанции не существовало. Суд «атят» имел то преимущество, что он не брал взятки и не чинил произвола.

В связи с темой патриотизма и национального самоутверждения в работах Васильева Т.В. как не вспомнить актуально прозвучавшие слова Президента России В.В. Путина о том, что «утратив патриотизм, связанные с ним национальную гордость

12 Абрамов В.К. Мордовское национальное движение. – Саранск, 2011. – С. 105.

13 Епишин В. Забытый сын мордвы // Мордовия. – 1992 г. – 1 мая.

14 Васильев Т.В. Указ. сочинение. – С. 139.

15 Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 3 т. – СПб., 1997. – С. 24.

16 Бердяев Н.А. Русская идея. Судьба России. – М., 1997.

и достоинство, мы потеряем себя как народ, способный на великие свершения».¹⁷

Переломным в жизни Т.В. Васильева стал 1931 год. Он был направлен на ответственный участок за рубеж – первым руководителем юридической службы Торгпредства СССР в Великобритании. Работа юриста-международника в Торгпредстве сродни службе дипломата – нужно быть предельно взвешенным в своих суждениях, в связи с чем Васильев изучил и овладел в совершенстве английским языком. Русский профессиональный дипломат и разведчик Н.С. Леонов как-то сказал: «Главным профессиональным качеством для дипломата и разведчика является именно любовь к Родине. Все остальное часто бывает делом наживным, все трудности можно преодолеть, а вот патриотизм – необходимое качество. Если его нет, вы будете или серой мышью, мало кому нужной, которая жует свое собственное зернышко, или, еще хуже, потенциальным предателем».¹⁸

На юридическую службу Торгпредства, возглавляемую Тимофеем Васильевичем в тот период, когда торговые отношения между двумя странами были разорваны, легла огромная ответственность по подготовке торгового соглашения. Необходимо было знать все тонкости морского и торгового права.

Советский посол Иван Майский, с которым Тимофей Васильевич Васильев работал в Великобритании, в своих мемуарах¹⁹ вспоминал, что переговоры по торговому соглашению, подготовленному юристами Торгпредства, были очень трудными и продолжались 15 месяцев. Налицо была явная дискриминация в отношении СССР. Положение еще более ухудшилось, когда 12 марта 1933 года 25 служащих известного английского концерна «Метрополитен-Виккерс», в том числе 6 английских инженеров, работавших на стройках СССР, были арестованы по обвинению в шпионаже и вредительстве. Один из них был оправдан судом, двое других приговорены к трем и двум годам заключения. И все же 16 февраля 1934 года новое торговое соглашение между СССР и Великобританией было подписано. И в этом огромная заслуга юриста-международника Васильева Т.В.

Васильеву в английских судах приходилось быть тонким дипломатом, но он компетентно, как правовед, защищал интересы своей державы.

Однажды представитель английской фирмы, не согласный с решением суда, заявил, что нельзя признавать серьезными и обоснованными решения советских юристов, если у них (в СССР) все судьи вышли из сапожников. «Да, верно, – заявил в ответ Васильев, – я один из таких сапожников. Я бывший кузнец, получивший затем образование в Московском государственном университете. Сейчас, чтобы лучше изучить язык и право той страны, где мне доверено работать, я стал студентом Лондонского университета». Председатель суда строго заметил обиженному представителю английской фирмы: «У суда нет оснований сомневаться в компетентности доктора Васильева, он достойно защищает интересы своей страны».²⁰ Эти слова английского судьи стали широко известны в коммерческих и дипломатических кругах.

Будучи в Англии, Васильев Т.В. поддерживал связи с Мордовией. В своем объяснении в ЦК ВКП(б) 24 декабря 1937 года после прибытия из Лондона Васильев укажет: « В 1934 году меня заочно избрали членом ЦИК Мордовской АССР. В 1935 г. я провел в Мордовии 5 дней, участвовал на сессии ЦИК, сделал сообщения об Англии на сессии, на собрании народных судей и студенческом собрании. В 1936 г. провел в Мордовии около 3-х недель, из которых около 5 дней я проживал в Саранске, а остальные провел в Саровском заповеднике, жил у директора заповедника. В 1935 году я написал в одном из английских журналов («Monthly Review») о том, что счастье мордва получила благодаря пролетарской революции, руководимой Лениным и Сталиным».²¹

Внешняя сторона жизни Васильева и его семьи в Англии только казалась благополучной: он находился под неусыпным контролем сотрудников НКВД, о чем свидетельствовали донесения из Лондона: «Васильев поддерживает связи с английскими адвокатами, по Лондонскому университету знаком с профессором. До лета 1937 г. очень дружил с бывшим завотделом метимпорта торгпредства, который подозревался в заключении вредительской сделки на покупку заведомо недоброкачественной жести для изготовления консервных банок... Васильев в связи с длительным пребыванием за границей совершенно оторвался от Союза и потерял лицо советского гражданина».²² Между тем «потерявший лицо советского гражданина» Васильев Т.В. достойно на судебных процессах в Англии отстаивал интересы своей державы,

17 Путин В.В. Россия на рубеже тысячелетий // Мое Отечество. – 2000. – № 1. – С. 12.

18 Смолев В.И. Актуальность патриотического воспитания // Право и Безопасность. – 2012. – № 1. – С. 93.

19 Майский И.М. Из воспоминаний советского посла. – М., 1962. // URL: <http://militera.lib.ru> (дата обращения 11.01.2013).

20 Головина Л.А. Указ. сочинение. – С. 22.

21 Архив ФСБ РФ по РМ. Наблюдательное производство по следственному делу № 2973(4327). – 22 февраля 1938 г. – С. 6.

22 Архив ФСБ РФ по РМ. Указанное дело. – С. 1.

а торговое соглашение между Англией и СССР, подготовленное юристом Васильевым, оставалось в силе вплоть до окончания Второй мировой войны.

По линии хозяйственных успехов Васильева в работе в Англии достаточно указать лишь на один факт. Английские власти требовали налогов, за время с 1930 по 1937 г. за прибыли советских организаций от торговли в Англии в сумме полтора миллиона фунтов. Наркомвнешторг и Наркоминдел готовы были платить налоги в Англии на тех же условиях, на каких они уплачивают Германии, Японии и другим странам, то есть свыше половины миллиона фунтов за все указанные годы. Васильеву удалось уладить весь налоговый вопрос за 32 тысячи фунтов. Это значит, что СССР уплатили налогов английскому фиску на полтора миллиона фунтов меньше, чем пытались получить английские податные власти, и на полмиллиона фунтов меньше, чем готов был уплатить Наркомвнешторг. За эту работу Васильев был представлен в ноябре того года к специальной награде.

Несмотря на то, что Васильев Т.В. в течение 6 лет безупречно работал и проживал в Англии вместе с семьей, из донесения сотрудника НКВД Мордовии следовало: «Васильев Т.В., как один из руководителей антисоветского национального блока, вел активную подготовительную работу, направленную к свержению советской власти в Мордовии путем вооруженного восстания, был признанным руководителем мордовской фашисткой националистической организации. Прошу санкционировать арест Васильева Тимофея Васильевича».²³ Однако первый нарком НКВД Мордовии В.М. Ванд, Почетный работник ВЧК-ГПУ, возглавлявший это ведомство с 1932 по 1936 гг., требовал от своих сотрудников предоставления весомых материалов, которых у НКВД не было.

С 1936 г. НКВД СССР возглавил Ежов Н.И. Спущенная Ежовым в 1937 году директива № 00447 обернулась массовыми репрессиями. «Чистке» подвергся и аппарат НКВД: по стране были расстреляны 20 тысяч сотрудников.²⁴ Новому Генеральному комиссару ГБ Ежову требовались послушные сотрудники НКВД, а не принципиальные, воспитанные на революционных традициях чекисты.

В 1937 г. нарком Ванд был арестован. Его приемник Вейзагер С.М. предъявил Ванду обвинение в служебной халатности:²⁵ проявление либерализма и близорукости, в том, что он не смог своевременно

вскрыть и обезвредить буржуазную националистическую организацию, куда входил и проживающий за границей мордвин Васильев Т.В.

Усилия Вейзагера по «выявлению врагов народа» ведомством Ежова были признаны не достаточными. Во время служебной командировки в Москве 21 ноября 1937 г. Вейзагер был арестован, обвинен в шпионаже и расстрелян. 22 ноября 1937 г. новым руководителем НКВД МАССР был назначен полковник Красовский Н.В.²⁶ При нем репрессии в республике достигли своего пика, а внутреннюю тюрьму НКВД арестованные называли «домом пыток Красовского». Это по его указанию бывшего наркома Ванда подвергли изощренным пыткам с целью вырвать у старого чекиста признания, что он шпион и являлся одним из руководителей подготовки покушения на Сталина, Калинина, Ворошилова, Буденного. В последующем Ванд будет расстрелян здесь же, в тюрьме.

На поступившие в отношении Васильева Т.В. очередные доносы НКВД СССР требует: «срочно пришлите протоколы допроса арестованных, избличающих Васильева Т.В. в участии контрреволюционной организации. Без этих материалов мы не можем дать санкцию на арест Васильева и не имеем возможности ставить вопрос об отзыве его из-за границы».²⁷

Красовский отдает приказ своим подчиненным о массовых арестах в республике. О масштабах развернувшейся трагедии, конвейерном способе фальсификации дел «о врагах народа» в МАССР свидетельствует приговор от 8–11 сентября 1939 года, постановленный Военным трибуналом войск НКВД Московского округа в отношении 17 сотрудников НКВД МАССР:²⁸ «с конца 1937 и до второй половины 1938 г. под руководством бывшего наркома НКВД МАССР Красовского Н.В. и его ближайшего помощника Пронина Д.И. (в дальнейшем оба были арестованы) и при прямом участии группы бывших работников аппарата НКВД МАССР создавались провокационные дела, проводились массовые незаконные аресты, применялись противозаконные извращенные методы следствия и фальсифицировалось следствие по делам, находившимся в производстве наркомата. В своих вражеских и преступных целях Красовский и Пронин организовали так называемый «штаб» из оперативных

23 Архив ФСБ РФ по РМ. Указанное дело. – С. 3–5.

24 Тодоровский А.И. // Литературная газета. – 1988. – 2 ноября; См.: также Антонов Н.И. Финно-угорский мартиролог жертв государственного террора в СССР. – Саранск, 2011. – С. 5.

25 Сибиряк И.С. Я ни в чем не виновен // Советская Мордовия. – 1991. – 4 декабря.

26 Тязин Е.Н. Создание органов госбезопасности на территории Мордовской АССР и их развитие в 1934–1941 годах // Материалы международной научно-практической конференции. – Саранск. – 7–8 декабря 2006. – С. 408–410.

27 Архив ФСБ по РМ. Указанное дело. – С. 17.

28 Приговор № 77 от 8-11. 09.1939 по уголовному делу № 120 // Память: жертвы политических репрессий. – Саранск: Морд. книж. изд-во, 2000. – С. 797–804.

сотрудников..., на который была возложена задача составления заведомо ложных протоколов в отсутствие арестованных, в них вписывались тяжкие антигосударственные преступления, которые на самом деле арестованными не совершались. С целью создания контргрупп и организаций «штабом» искусственно в показания обвиняемых записывались террористические, вредительские и диверсионные акты, факты которых в извращенном виде брались из составленного так называемого «справочника» происшествий по МАССР за несколько лет. Затем с помощью вымогательства и пыток сотрудники НКВД заставляли арестованных подписать фальсифицированные протоколы допроса...».

Репрессии не знали границ и национальностей. По сфабрикованному в НКВД МАССР одному из таких дел об антисоветской организации «Идель-Урал» (состоявшей в основной массе из татар) были осуждены 178 человек, из них 135 – к расстрелу, 43 человека направлены в исправительно-трудовые лагеря (далее – ИТЛ).²⁹ В скорбной жатве 1937–1938 гг. в Мордовии был уничтожен цвет партийно-советских кадров и творческой интеллигенции коренного народа. Только по делу «Мордовского блока правых троцкистов и националистов» были арестованы 179 человек, куда по навету был причислен и проживающий последние 6 лет в Лондоне юрист Васильев Т.В. В республике по данному делу были арестованы 5 секретарей обкома партии, 27 руководителей ЦИК, СНК и обкома ВКП(б), 12 наркомов и их заместителей, в том числе Абмаев П.И. – прокурор республики, Буртаев Д.С. – председатель Верховного суда МАССР, Звездин К.Д. – редактор газеты «Эрзянь коммуна», Галаев П.В. – директор НИИ Мордовской культуры, Гребенцов Д.И. – ректор вуза, Григошин Я.М. – писатель, Кутяков И.С. – заместитель командующего войсками Приволжского военного округа, Рябов А.П. – первый мордовский профессор, его брат – переводчик Рябов В.П., владевший прибалтийскими и европейскими языками, профессор Бубрих Д.В. – крупнейший финно-угровед, 34 секретаря райкомов партии и 10 председателей райисполкома и многие другие ответственные должностные лица и общественные деятели.³⁰

Против «не разоружившихся врагов народа» в НКВД применяли все методы допроса: писателей С.Ф. Атянина, Я.П. Григошина, И.А. Макушкина, П.И. Левчаева били до потери сознания (Атянин был расстрелян, Григошин умер в тюрьме, Макушкин

осужден на 15 лет тюремного заключения). Писателя В.И. Виарда (Ардеева) арестовали только за то, что посмел прийти в здание НКВД и справиться о судьбе товарища С. Атянина. После пыток В. Виарда заставили выпить стакан собственной крови.³¹

За интерес к творчеству «кулацкого поэта С.А. Есенина» писатель В.В. Горбунов год провел в тюрьме. Его коллеге С.З. Платонову повезло меньше: он 7 лет отбывал срок на Колыме, пока не стал инвалидом. Я.Я. Кулдыркаев создал гениальную поэму «Эрмезь» – из истории мордовского народа начала XIII века. По значимости для мордвы это произведение, как отметил на съезде писателей Мордовии 23.04.1971 г. Артур Моро, сравнимо только со «Словом о полку Игореве» для русского народа. Иначе оценило труд Кулдыркаева НКВД: в общей сложности писатель провел в лагерях 20 лет.³²

П. Галаев был расстрелян «за пропаганду творчества С.Д. Эрзы» – всемирно известного скульптора, жившего в тот период за границей.³³ Сменившему Галаева П. на посту руководителя НИИ Мордовской культуры И.С. Сибиряку, бывшему сотруднику Пензенского губчека, участнику войны с Польшей, на допросах его бывшие «коллеги» полоторвали челюсть, выбили из глазниц глаза, совали иголки под ногти, вытаскивали язык и ударили по нижней челюсти, отчего распухший язык не убирался в рот, отбили все внутренние органы, так что он двое суток не приходил в сознание и несколько недель мочился кровью. И все это было для того, чтобы арестованный признался в связи с польской разведкой и оговорил своих сослуживцев.³⁴ Некоторые арестованные вынуждены были признаться в таких бредовых идеях, как рытье туннеля из Мордовии до Хельсинки, попытках расчленения СССР и выхода Мордовии под протекторат буржуазной Финляндии.

Положение Тимофея Васильевича осложнилось тем, что Рябовы – родные братья жены Васильева – были арестованы как «враги народа». Под пытками у обвиняемых ученых Рябовых удалось добиться признания в том, что они готовили убийство Сталина сначала во время его отдыха в Сочи, а затем во время съезда Советов, проходившего в Колонном Доме Союзов. Гостевой билет на съезд,

31 Ивашкин В.С. Знать и помнить // На перекрестке мнений. – Саранск, 1990. – С. 203–204.

32 Репрессии 1930-х годов в Мордовии и их последствия // Материалы республиканской научно-практической конференции 27 мая 1998 г. в Саранске. – 2004. – С. 118–120.

33 Абрамов В.К. Мордовский народ (1897–1939). Саранск. – 1996. – С. 350.

34 Сибиряк И.С. Я ни в чем не виновен // Советская Мордовия. – 1991. – 4 октября.

29 Тязин Е.Н. Указ. соч. – С. 410.

30 Букин М.С. Указ. сочинение. – С. 184; Тязин Е.Н. Первый Председатель Мордовского окружного суда Т.В. Васильев // Правосудие в Республике Мордовия. – 2010. – № 2. – С. 86.

якобы, Рябовым дал первый секретарь Дубенского райкома партии Нуянзин К.А., а пистолет для совершения теракта – Васильев Т.В., который имел право на ношение оружия.³⁵

Судьба Васильева Т.В. была predetermined. Его отзывают с семьей из Англии. В очередном донесении в Москву начальник 7 отдела ГУТБ НКВД Шпигельглас и начальник сектора 7 отдела ГУТБ НКВД Очаковский сообщили о готовящемся отъезде Васильевых из Англии «17 ноября на советском пароходе через Ленинград в Москву».³⁶

8 февраля 1938 г. Васильев Т.В. был арестован. Прощаясь с детьми, Тимофей Васильевич успокаивал их, сказал дочери на английском языке: «Я приеду вечером, произошло недоразумение, Ламзурь, жди меня». Васильева Т.В. спецконвоем доставили в Саранск и в ужасных условиях 8 месяцев содержали в одиночной камере. Физические истязания не сломали твердую волю патриота Васильева. Он неизменно повторял о невиновности, а после пыток отказывался подписывать протокол о том, что, якобы, будучи агентом иностранных разведок, до момента ареста был связан с руководящими участниками вредительской организации – Прусаковым М.Д., Козиковым А.Я., Сурдиным П.Г. – руководителями Республики Мордовия.³⁷ Но для узника «дома пыток Красовского» особенно мучительно было слышать душераздирающие вопли девушек-подростков и женщин – дочерей, жен арестованных «врагов народа». Многие умирали, кончая жизнь самоубийством, сходили с ума.³⁸ Васильев полагал, что его близких ждет подобная участь. С целью уберечь жену и детей: 6-летнюю дочь и 13-летнего сына от мук, Васильева единожды вынудили подписать заранее заготовленный в НКВД протокол допроса, датированный 16 марта 1938 года. Как добивались показания против Васильева Т.В., его жене, Елизавете Павловне, рассказал один из очевидцев, которому чудом удалось спастись: «У Анатолия Рябова (брата жены Васильева) было разбито лицо, выбит глаз, не выдержав пыток, он сошел с ума. На расстрел его вывел, обнимая, младший брат Владимир...».³⁹

Петр Иванович Абмаев – прокурор республики, арестованный «за создание им вредительской группы в системе прокуратуры Мордовии и суда», выдержал 23 допроса, которые длились сутками. Били его до беспамятства, из тюрьмы он вышел в 1940 г. без единого зуба, выглядел дряхлым стариком,

а ему было всего 43 года.⁴⁰ В соседней от «шпиона-мордвина» Васильева камере содержался уроженец села Старые Турдаки Кочкуровского района МАССР Илларион Сергеевич Сибиряк, который привлекался по знаменитой статье 58 УК РСФСР. Ему чудом удалось переправить на волю письмо и послать адресату. Из письма И.В. Сталину: «...Я никогда не видел столько «врагов народа», сколько увидел в Саранской тюрьме. Троцкисты, националисты, террористы, правые, левые, меньшевики, кулаки, подкулачники, белогвардейцы, вредители, диверсанты, шпионы различных государств. Откуда столько набралось врагов в нашей маленькой Мордовии, счет которых шел на многие тысячи? Это все честные советские люди, которые благодаря произволу и беззаконию оказались за решеткой...». Далее автор описывает судебный процесс: «Выездная сессия 23 мая 1938 г. заседала в кабинете наркома внутренних дел Мордовии Красовского. Здесь были его заместители, начальники отделов, следователи наркомата, то есть все наши вчерашние мучители. Я успел только сказать суду, что ни по одному пункту обвинения виноватым себя не признаю. Что касается моих показаний в уголовном деле, то все они добыты у меня под пытками. В ответ на это председательствующий суда Матулевич сказал, что суд разберется, а я должен выйти в соседнюю комнату. Через 3–4 минуты меня вызвали и объявили приговор: 10 лет лагеря и 5 лет ссылки с полной конфискацией имущества. Так, я оказался «врагом народа».⁴¹ Заканчивалось письмо словами: «Прошу вас как великого вождя и учителя советского народа обратить внимание на произвол, чинимый в Саранской внутренней тюрьме НКВД, и строго наказать виновных. Я ни в чем не виновен: ни перед народом, ни перед партией, ни перед вами, дорогой учитель и вождь. И. Сибиряк».

23–24 мая 1938 г. выездная военная коллегия в г. Саранске приговорила братьев Рябовых и других членов «вредительского блока» – всего 70 человек – к расстрелу, остальных 25 – к длительным срокам лишения свободы. Жен «врагов народа» в количестве 51 человек приговорили к отбыванию срока наказания в ИТЛ и ссылке.⁴² Жены А. Рябова и П. Сурдина срок наказания (по 5 лет лагерей каждой) отбывали в Карлаге (Казахстан). На следующий день после освобождения от наказания Анны Рябовой началась война. Вере Сурдиной не повезло: до отбытия срока оставалось всего три дня, но после 22 июня 1941 г. ей как жене «врага народа»

35 Епишин В. Забытый сын мордвы // Мордовия. – 1992 г. – 1 мая.

36 Архив ФСБ РФ по РМ. Указанное дело. – С. 9.

37 Архив ФСБ по РМ. – Ф. 32. – Д. 3823.

38 Сибиряк И.С. Указ. сочинение. – С. 24.

39 Головина Л.А., Указ. сочинение. – С. 24.

40 Прокуратура Республики Мордовия на страже закона / Составители: Плеханова В.Б., Преснякова Л.И. – Саранск, 2011. – С. 29.

41 Сибиряк И.С. Указ. сочинение. – С. 25.

42 Тязин Е.Н. Указ. сочинение. – С. 408.

размер наказания увеличили до 10 лет лагерей. НКВД СССР потребует этапировать Васильева Т.В. как «шпиона в пользу финской, английской и германских разведок» для дополнительного расследования и направить в распоряжение 2-го отдела НКВД СССР в г. Москву, содержать предписано «как особо опасного преступника» в отдельной камере в Бутырской тюрьме.

Патриот Васильев с высоким и благородным чувством национального достоинства, несмотря на то, что долгие годы сохранял его и донес во всей благородной чистоте, пал жертвой этого чувства, был незаслуженно обвинен в злом национализме. На допросе в НКВД СССР 26.12.1938 г. и во время судебного заседания Васильев Т.В. заявит, что его объяснения в Саранской тюрьме – это вымысел, никакой он не шпион, а протокол допроса от 16.3.1938 г. он подписал вынужденно...⁴³ К его показаниям не прислушались.

Военным трибуналом МВО 27 апреля 1939 г. на 42 году жизни Васильев Т.В. по ст.ст. 58-1а (измена Родине) и 58-11 УК РСФСР (контрреволюционная деятельность) приговорен к расстрелу. Приговор Васильеву Т.В. был приведен в исполнение 31 июля 1939 г.⁴⁴

После хрущевской «оттепели» – 22 августа 1956 года Военной коллегией Верховного суда СССР вышеуказанные судебные решения в отношении Васильева Т.В. по вновь открывшимся обстоятельствам отменены, и дело за отсутствием состава преступления прекращено. Васильев Т.В. реабилитирован посмертно.⁴⁵

Были реабилитированы ученые-братья Рябовы и все остальные незаконно репрессированные граждане Мордовии по упомянутым выше уголовным делам «Идель-Урал» и «Мордовского блока». Письмо Сибиряка дойдет до адресата, и возмездие свершится: за незаконные методы ведения следствия из 17 сотрудников НКВД МАССР трое были приговорены к расстрелу, 14 человек – к лишению свободы на длительные сроки. Эти лица реабилитации не подлежат.⁴⁶ Лишь в 1997 г., в годовщину столетия Тимофея Васильевича, его дочь Элеонора Тимофеевна получила письмо, в котором сообщалось, что Васильев Т.В. кремирован в Московском крематории на Донском кладбище и захоронен в общей могиле № 1 невостребованных прахов. Дети

и внуки смогли поклониться могиле Васильева Т.В. и установить скромную табличку с датами его жизни и смерти.

Короткая жизнь Васильева Т.В. вместила путь от неграмотного деревенского подростка до блестящего лондонского юриста, но он никогда не забывал о том, что он мордвин, всегда ощущал связь со своими корнями, старался поведать миру об истории, обычаях и самобытности древнего мордовского народа. Как говорила жена Васильева, Елизавета Павловна: «Здание Мордовии построено, а в нем и Тимофея кирпич есть».⁴⁷

Пристатейный библиографический список

1. Абрамов В.К. Мордовский народ (1897–1939). – Саранск, 1996.
2. Абрамов В.К. Мордовское национальное движение. – Саранск, 2011.
3. Багаутдинов Ф.Н. / Университет. Юрфак. Бажапов. – Казань, 2007.
4. Бердяев Н.А. Русская идея. Судьба России. – М., 1997.
5. Букин М.С. Становление Мордовской советской национальной государственности. – Саранск, 1990.
6. Васильев Т.В. Мордовия. – Саранск, 2007.
7. Верховный Суд Республики Мордовия. Вехи становления. / Сост.: Курьшев Г.А., Баргова Т.С., Литюшкин В.И., Мартышкин В.Н. – Саранск, 2008.
8. Даль В.И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 3 т. – СПб., 1997.
9. Епишин В. Забытый сын мордвы // Мордовия. – 1992 г. – 1 мая.
10. Ивашкин В.С. Знать и помнить // На перекрестке мнений. – Саранск, 1990.
11. Ленин В.И. Полн. собр. соч. – М., 1975. – Т. 45.
12. Маркс К. Сочинения. – 2-ое издание. – Т. 32.
13. Прокуратура Республики Мордовия на страже закона. / Сост.: Плеханова В.Б., Преснякова Л.И. – Саранск, 2011.
14. Путин В.В. Россия на рубеже тысячелетий // Мое Отечество. – 2000. – № 1.
15. Репрессии 1930-х годов в Мордовии и их последствия // Материалы республиканской научно-практической конференции. 27 мая 1998 г. в Саранске. – 2004.
16. Рябова – Васильева Л. «Лемсна и тевсна-Седисонк // Мокшень правда. – 1999. – 5 октября.
17. Сибиряк И.С. Я ни в чем не виновен // Советская Мордовия. – 1991. – 4 декабря.
18. Смолев В.И. Актуальность патриотического воспитания // Право и Безопасность. – 2012. – № 1.
19. Тязин Е.Н. Первый Председатель Мордовского окружного суда Т.В. Васильев // Правосудие в Республике Мордовия. – 2010. – № 2.
20. Тязин Е.Н. Создание органов госбезопасности на территории Мордовской АССР и их развитие в 1934–1941 годах // Материалы международной научно-практической конференции. – Саранск. – 7–8 декабря 2006.
21. Финно-угорский мартиролог жертв политических репрессий. – Саранск, 2006.

43 Архив ФСБ по РМ. – Ф. 32. – Д. 3823.

44 Ламзурь Рябова-Васильева Лемсна и тевсна-Седисонк // Мокшень правда. – 1999. – 5 октября. – С. 4.

45 Верховный суд Республики Мордовия. Вехи становления / Составители: Курьшев Г.А., Баргова Т.С., Литюшкин В.И., Мартышкин В.Н. – Саранск, 2008. – С. 39.

46 Приговор № 77 от 8–11.9.1939 г. // Память: жертвы политических репрессий. – Саранск: Морд. книж. изд-во, 2000. – С. 797–804.

47 Головина Л.А. Указанное сочинение. – С. 28.

Жданов И.Н.

КОРЕГУЛЯТИВНАЯ МОДЕЛЬ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ АДВОКАТУРЫ ФИНЛЯНДИИ

В статье рассматривается современная модель адвокатуры Республики Финляндия на основе анализа Закона Финляндии «Об адвокатуре», статистических данных и исследований финских правоведов, автор определяет ее особенности, достоинства и недостатки.

Ключевые слова: адвокатура, адвокатура Финляндии, правовой статус финского адвоката.

Zhdanov I.N.

COREGULATORY MODEL OF THE BAR OF FINLAND

The article deals with the modern model of the Bar of the Republic of Finland on the basis of the analysis of the Finnish Advocates Act, statistics and studies of Finnish Lawyers, the author defines its features, advantages and disadvantages.

Keywords: advocacy, the Bar of Finland, the legal status of the Finnish advocate.

В соответствии с положениями Закона Финляндии «Об адвокатуре» (496/1958) только члены Финской Ассоциации адвокатов¹ (Suomen Asianajajaliitto) правомочны наделять то или иное лицо статусом адвоката (Asianajaja). Иные лица юридической профессии, как-то: судебные представители или юрисконсульты именуются в Финляндии «юристами».

Финская Ассоциация адвокатов была основана в 1959 г., вскоре после того, как был принят Закон «Об адвокатуре».² Ей предшествовали частные организации со схожим названием. Таким образом, с 1959 г., благодаря вышеупомянутому Закону, саморегулируемая система адвокатуры в Финляндии превратилась в образец так называемой корегулятивной (coregulatory) модели – то есть урегулированной с использованием публичного права в виде императивных норм государственных органов. На сегодняшний день Финская Ассоциация адвокатов насчитывает около 1800 членов, которые обязаны контролировать деятельность около 700 партнеров в различных юридических фирмах на территории всего государства. Ассоциация полностью финансируется за счет взносов ее членов.

Согласно Секции 1 Закона Финляндии «Об адвокатуре» 1958 г., адвокатом является лицо, которое зарегистрировано в Реестре адвокатов в качестве члена Финской Ассоциации адвокатов.

Секция 2 данного Закона закрепляет основные положения относительно Финской Ассоциации адвокатов. В Уставе Ассоциации³ должны, как минимум, быть определены: официальное наименование Ассоциации; муниципалитет Финляндии, в котором Ассоциация имеет свой юридический

адрес; цели деятельности Ассоциации; взносы, подлежащие оплате членами Ассоциации, их величина и порядок внесения; порядок создания высшего исполнительного органа Ассоциации – Совета, а также срок его полномочий; порядок распоряжения активами Ассоциации, организации ее бухгалтерии и аудита; способ избрания высшего органа – Делегации, порядок проведения ее заседаний, круг вопросов, подлежащих рассмотрению; порядок принятия в члены Ассоциации; процесс принятия внутренних актов Ассоциации; использование активов при расформировании, упразднении Ассоциации.

Кроме того, внутренние акты Ассоциации могут содержать и иные положения, касающиеся ее членов, различных сфер деятельности Ассоциации. Все принимаемые Ассоциацией акты или поправки к ним должны быть утверждены соответствующим решением Министерства Юстиции Финляндии⁴ и опубликованы в официальном «Собрании законов Финляндии».

Основы внутреннего управления в Ассоциации устанавливает Секция 2а Закона. Решения, относящиеся к порядку деятельности Ассоциации, принимаются Делегацией, состоящей из ее избранных членов. Действиями Ассоциации руководит Совет, члены которого избираются Делегацией и должны иметь статус адвокатов.

Квалификационные требования на должность адвоката закреплены в Секции 3 Закона. Лицо может быть признано адвокатом, если оно является гражданином Финляндии или государства – члена ЕС, достигло возраста 25 лет, имеет безупречную репутацию, соответствующий образ жизни и иные характеристики, подходящие для адвокатской деятельности; имеет необходимые академические требования для замещения судебных должностей и

1 URL: <http://www.asianajajaliitto.fi/english>.

2 Advocates Act (496/1958). – URL: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1958/en19580496.pdf>.

3 URL: <http://elixir.bham.ac.uk/Country%20information/Finland/frules97.html>.

4 URL: www.om.fi/en/Etusivu.

приобрело необходимые навыки для практики в качестве адвоката, предусмотренные в Уставе Финской Ассоциации адвокатов. Кроме того, оно не должно являться банкротом и быть недееспособным.

Лицо, занимающее государственную или муниципальную должность или же находящееся в трудовых отношениях с публичной властью, не может быть адвокатом, если только Совет Ассоциации не признает его таковым по особым причинам. Более того, лицо, которое занимается иной оплачиваемой деятельностью в порядке, который может быть воспринят как умаление его адвокатской независимости, не может быть адвокатом.

В соответствии с Секцией 4 Закона Ассоциация имеет право признать лицо ее членом. В случае если заявка лица на получение статуса адвоката была отклонена, должны быть изложены причины данного решения. Совет Ассоциации ведет Реестр адвокатов и вносит изменения в Регистр адвокатов ЕС, данные из которых ежегодно направляются Министерству юстиции Финляндии. Совет должен обеспечивать общественную доступность к списку адвокатов в Реестре посредством предоставления копии списка или его части за разумную плату.

Нормы секции 5 Закона закрепляют профессиональные и этические основы деятельности адвоката. Согласно им, адвокат должен честно и добросовестно выполнять задачи, возложенные на него, он должен соблюдать правила надлежащего профессионального поведения и адвокатской этики. Секция также устанавливает особенности адвокатской практики. Так, адвокат не имеет права работать в компании, за исключением случая, если он работает с другим адвокатом и если Совет Ассоциации дает на это разрешение, основанное на конкретных основаниях.

Возможность адвокатской практики в форме общества с ограниченной ответственностью также ограничена и допускается только при наличии разрешения Совета Ассоциации и конкретных условий, указанных в нем. Любые действия подобного общества также требуют разрешения Совета, адвокат несет солидарную ответственность перед обязательствами общества совместно с другими членами общества, независимо от наличия или отсутствия у них статуса адвоката. Адвокат не имеет право заниматься юридической практикой за рубежом и за пределами ЕС без разрешения Совета Ассоциации. Адвокат должен держать любые средства и иные активы своих клиентов отдельно от своих собственных средств и активов. Обязанность адвоката для оказания помощи или по защите лиц в суде по распоряжению суда регулируется иными законодательными актами.

1 апреля 2009 г. были обновлены Правила надлежащего профессионального поведения адвокатов.⁵ В них были детально регламентированы современные принципы и правила адвокатской этики и необходимого поведения в тех или иных сферах профессиональной деятельности адвоката.⁶

Секции 5а, 5b Закона указывают на возможность финского адвоката заниматься юридической практикой в государствах – членах ЕС. Для этого ему необходимо быть включенным Ассоциацией в финский Реестр адвокатов, а также в Реестр ЕС с указанием квалификации лица.

Адвокат или его помощник не вправе без разрешения раскрывать индивидуальные, семейные, деловые или профессиональные тайны своих клиентов, которые были получены им в ходе своей профессиональной деятельности. За нарушение конфиденциальности адвокат подлежит ответственности по секциям 1 и 2 Главы 38 УК Финляндии (39/1889).⁷

В 2004 г. Закон «Об адвокатуре» был дополнен правилами секции 6, 7а-7j, посвященными регулированию надзора за адвокатской деятельностью, повышению ее эффективности и репутации в обществе.

Секция 6 Закона устанавливает общие основы данного надзора.

Совет Ассоциации адвокатов должен осуществлять надзор за деятельностью адвокатов, проверять, выполняют ли адвокаты свои обязательства перед судами или иными органами, а также в других видах профессиональной деятельности. В свою очередь, адвокат обязан предоставлять Совету необходимую информацию для надзора и разрешать проведение аудита в своем кабинете лицу, уполномоченному на данные действия Советом Ассоциации.

Аудит заключается в проверке аудитором необходимых документов профессиональной деятельности адвоката. Сведения, полученные аудитором в процессе надзора, не могут быть разглашены им или членом Совета Ассоциации. При решении вопросов, связанных с членством в Ассоциации адвокатов, члены Совета Ассоциации несут ответственность государственных должностных лиц за свои действия. Министр юстиции Финляндии вправе инициировать надзор за деятельностью адвокатов,

5 URL: http://ccbe.eu/fileadmin/user_upload/NTCdocument/Code_of_Conduct_En1_1242643286.doc.

6 Бондарев Е.М. Анализ правил надлежащего профессионального поведения для адвокатов Финляндии для разработки единых стандартов российской адвокатуры // «Черные дыры» в Российском законодательстве. – 2009. – №4. – С. 153–156.

7 URL: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1889/en18890039>.

а также требовать принятия мер со стороны Ассоциации в отношении конкретного адвоката, если он сочтет, что последний не имеет право служить в качестве адвоката по определенным обстоятельствам. Совет Ассоциации, в свою очередь, обязан предоставлять Министру юстиции отчеты и всю необходимую информацию, касающуюся адвокатской практики в государстве.

Дисциплинарная комиссия рассматривает и решает вопросы по делам надзора за адвокатской деятельностью согласно Секции 7с Закона, а также рекомендации относительно споров между адвокатом и клиентом по секции 7е Закона.

Если будет установлено, что адвокат нарушил положения секции 5 Закона, Дисциплинарная комиссия обязана наложить на него дисциплинарное взыскание в виде: а) отстранения от должности; б) денежного штрафа; в) предупреждения; г) выговора.

Так, если адвокат действует нечестным образом или иначе сознательно нарушает интересы другого лица в процессе своей профессиональной деятельности, он должен быть лишен звания адвоката. Если есть смягчающие обстоятельства, санкция может быть в виде денежного штрафа или предупреждения. Если адвокат действует с нарушением правил надлежащего профессионального поведения, могут быть использованы такие санкции, как предупреждение или выговор. В случае если подобные нарушения носят систематический характер или же существуют известные отягчающие обстоятельства, адвокат также может быть лишен своего звания или ему будет объявлен денежный штраф, равно как и в ситуации, когда адвокат наносит значительный ущерб репутации Ассоциации адвокатов Финляндии в целом.

Сумма денежного штрафа, выплачиваемого адвокатом, должна быть не менее 500 евро и не более 15000 евро. Оценка суммы штрафа основана на комплексном анализе обстоятельств нарушений адвоката, его профессионального опыта, финансового положения. Дисциплинарная комиссия правомочна вынести решение о том, что отстранение от должности адвоката вступает в силу, несмотря на любые апелляции. Если адвокат, лишенный своего статуса, имеет сведения в Реестре ЕС, соответствующая запись должна быть удалена, равно как и из национального Реестра адвокатов.

Согласно Секции 7а Закона Дисциплинарная комиссия состоит из Председателя и восьми других членов, а также личных заместителей членов. Председатель, пять других членов и их заместители должны быть адвокатами, в то время как остальные три члена и их заместители не должны быть

членами Ассоциации, но должны иметь ученые степени в области права и хорошо разбираться в адвокатской деятельности, заниматься научными исследованиями в данной области или же преподавательской деятельностью. Срок полномочий членов и их заместителей составляет три года. Комиссия формируется Делегацией Ассоциации, которая назначает Председателя комиссии и пять членов и их заместителей. Правительство Финляндии назначает остальных членов и их заместителей по представлению Министерства юстиции. Члены Дисциплинарной комиссии несут ответственность судей, не вправе разглашать секретную информацию из дел о надзоре и иных рассмотренных споров.

Секция 7b Закона устанавливает, что Дисциплинарная комиссия может работать в трех группах, каждая из которых состоит из двух членов-адвокатов и одного не являющегося членом Ассоциации. Председатель Дисциплинарной комиссии и два его заместителя избираются ежегодно комиссией из числа ее членов. Дела рассматриваются либо одной из трех групп, либо всем составом комиссии на пленарном заседании. Пленарное заседание имеет кворум при присутствии на нем Председателя или его заместителя и не менее шести других членов комиссии. Кворум одной из трех групп комиссии составляют все члены данной группы. В решениях дел по надзору за адвокатской деятельностью голосование регулируется положениями Главы 10 Судебно-процессуального кодекса Финляндии (4/1734).⁸

Секции 7с, 7d устанавливают порядок решения дел по надзору за адвокатской деятельностью. Данный вид дел подлежит рассмотрению Дисциплинарной комиссии при получении Секретариатом Ассоциации: а) письменной жалобы на действие адвоката; б) уведомления Министра юстиции; в) жалобы суда, в соответствии с нормой Секцией 10а Главы 15 Судебно-процессуального кодекса Финляндии. Дело также должно подлежать рассмотрению, если оно инициировано Советом Ассоциации.

Если жалоба содержит определенные недостатки, что вопросы, указанные в ней, не могут быть приняты комиссией к разрешению, заявителю должно предоставляться время для их исправления, он должен быть уведомлен о характере данных недостатков и о том, что его жалоба не будет подлежать рассмотрению комиссии, если он не в состоянии их исправить. Дисциплинарная комиссия не должна возобновлять рассмотрение

⁸ Code of Judicial Procedure (4/1734) // URL: www.finlex.fi/fi/laki/kaannokset/1734/en17340004.pdf.

уже разрешенных дел, если только не подана новая жалоба, содержащая новые обстоятельства по решенному делу. Если обстоятельства, на которых основана жалоба, имели место более пяти лет назад, Дисциплинарная комиссия вправе отказать в рассмотрении подобной жалобы.

Дела по надзору должны разрешаться одной из групп Дисциплинарной комиссии или всем составом комиссии на пленарном заседании. Дела, которые отмечены важными лично Председателем комиссии или группы, должны быть рассмотрены в ходе пленарных заседаний. Решения об отстранении от должности или наложении денежного штрафа всегда должны рассматриваться в рамках пленарного заседания. В делах по надзору должна применяться письменная процедура. Тем не менее, решения об отстранении от должности или наложении денежного штрафа могут быть сделаны только при проведении устного слушания по делу. Дисциплинарная комиссия или ее группа вправе проводить устные слушания и по другим обстоятельствам.

Адвокат, на которого подана жалоба, а также заявитель должны лично присутствовать в ходе устных слушаний. Адвокат должен иметь возможность быть выслушанным до того, как будет принято решение по делу. Адвокат обязан предоставить необходимую информацию, записи и документы открыто и правдиво. Заявитель вправе прокомментировать позицию адвоката по делу. В свою очередь, комиссия или группа комиссии должна рассматривать дело тщательно, с учетом изложенных адвокатом и заявителем фактов.

Секциями 7e, 7f освещен порядок разрешения дел по спорам с клиентами об оплате адвокатских услуг. Жалоба клиента адвоката подлежит рассмотрению с момента, когда письменное заявление получено Секретариатом Ассоциации адвокатов Финляндии. Если заявление содержит недостатки, то разрешение вопроса может быть отложено до устранения данных недостатков заявителем, аналогично случаям по делам о надзоре. Сторонами данного спора выступают адвокат либо компания, в которой работает адвокат и представляет ее, а также клиент-заявитель.

Как правило, данные споры разрешаются группой Дисциплинарной комиссии в ходе устных слушаний с соблюдением письменной процедуры. В итоге по делу выносятся рекомендации группы, которая не подлежит принудительному исполнению и не имеет юридической силы в суде. Также рекомендация не может быть осуществлена, если истек срок у заявителя требовать сокращения оплаты адвокатских услуг. Если же подобный спор

находится одновременно и в рассмотрении Дисциплинарной комиссии, и в суде, суд должен приостановить разбирательство до вынесения рекомендации комиссией.

Согласно Секции 7g, решение или рекомендация, принятые в рамках Дисциплинарной комиссии по делам о надзоре и иным спорам, должны быть оформлены письменно в виде конкретного документа.

В документе должны быть указаны: вид дела и дата выдачи решения; наименование сторон и заявителя; описание требований и ответов на них с пояснением причин подобных решений; отчет о причинах решений; правовые положения, разделы Устава Ассоциации адвокатов, Правил надлежащего профессионального поведения, используемых в деле; итоговое решение по делу; фамилии и должности лиц, участвующих в принятии решения по делу, сведения о проведенном голосовании, особых мнениях должны быть приложены к документу; инструкция о процедуре решения спора в судебном порядке должна быть приложена к рекомендации по спорам.

Секция 7h закрепляет наличие публичного журнала решенных и рассматриваемых Дисциплинарной комиссией дел. В данном журнале ведется учет всех дел о надзоре, споров и прочих вопросов, содержит информацию о заявителях, адвокатах, дате выдачи решения, результат дел. В журнале также отражается статус рассматриваемых дел. В нем также содержатся записи о том, выполнил ли адвокат рекомендации комиссии по спору с клиентом или нет с соответствующей отметкой.

Записи подлежат удалению из журнала: а) спустя десять лет с момента вынесения решения об отстранении от должности или наложении денежного штрафа; б) спустя шесть лет, когда информация касается вынесенного предупреждения; в) спустя три года, когда информация касается выговора или решения по делам о надзоре без применения конкретных санкций; г) спустя три года в отношении сведений по вынесенным рекомендациям.

Секция 7j Закона закрепляет общую норму публичности в деятельности Ассоциации по предоставлению информации по решенным и рассматриваемым делам в рамках своей надзорной деятельности. Также норма является отсылочной, указывает на правила Закона «О гласности в деятельности правительства» (621/1999),⁹ которые должны применяться при предоставлении информации Ассоциацией. Пределы публичности ограничиваются той мерой конфиденциальности,

⁹ Act on the Openness of Government Activities (621/1999) // URL: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1999/en19990621>.

которая устанавливается Законом в силу профессиональной деятельности адвоката и не может быть разглашена до принятия решения Ассоциацией.

Секции 8, 9, 10 Закона отражают вопросы, связанные с дисквалификацией адвоката. Согласно их положениям, в случае если адвокат отстранен от своей должности и исключен из национального Реестра адвокатов, Реестра ЕС, он может по истечении трех лет с момента отстранения от должности подать заявление на его повторное включение в Ассоциацию и соответствующие Реестры, если она одобрит данное заявление.

Адвокат, который утрачивает финское гражданство, является банкротом или перестает обладать полной дееспособностью, перестает быть членом Ассоциации и исключается из Реестра адвокатов и Реестра ЕС по общему правилу. Если адвокат перестает отвечать требованию о безупречной репутации, соответствующем образе жизни и иным характеристикам, подходящим для адвокатской деятельности, Совет Ассоциации отстраняет его от должности. Если адвокат перестает заниматься профессией адвоката или же приобретает трудовые отношения с органами публичной власти, он должен без промедления выйти из Ассоциации, сняв с себя статус адвоката. В противном случае Совет Ассоциации отстранит данное лицо.

Лицо, чье заявление о вступлении в Ассоциацию адвокатов было отклонено, либо адвокат, который был отстранен от своей должности, имеет право обжаловать в судебном порядке решение Совета Ассоциации или ее Дисциплинарной комиссии. Подобные жалобы рассматривает Апелляционный суд Хельсинки. Министр юстиции имеет право также обжаловать решения Ассоциации в судебном порядке в течение тридцати дней с момента вынесения ими подобных решений.

Обращаясь к статистике, следует отметить, что ежегодно Дисциплинарная комиссия Ассоциации рассматривает около 340 дел о надзоре за адвокатской деятельностью, а также 65 споров. Общее число дел составляет более 20 % от общего числа адвокатов, состоящих в Ассоциации. Приблизительно в 30 % решениях по вышеуказанным делам применяются дисциплинарные санкции, самые строгие из которых (отстранение от должности, денежный штраф) редки.

На основе вышеизложенного анализа Закона «Об адвокатуре» Финляндии, материалов монографии П. Халлберга, М. Яймя,¹⁰ а также исследования Национального исследовательского института правовой политики Финляндии, проведенного

10 Халлберг П., Яймя М. Основы правовой защиты в Финляндии / Пер. с фин. Т. Кайвола. – Хельсинки: Sitra, 2002. – С. 218.

Ю. Тала, А. Пакаринен, К. Китта,¹¹ можно прийти к выводу о том, что существующая в настоящее время корегулятивная модель деятельности финской адвокатуры вполне рациональна, но имеет как свои сильные, так и слабые стороны.

К достоинствам финской модели адвокатуры следует отнести следующее:

- руководители и эксперты финской Ассоциации адвокатов вправе проводить детализированные экспертизы деятельности адвокатов и применять эффективные инструменты коррекции нарушений;
- Дисциплинарная комиссия ежегодно решает значительное количество дел и сравнительно часто применяет различные санкции;
- финская Ассоциация юристов пытается повысить профессиональные навыки адвокатов, предлагая образовательные программы, юридические журналы и учебную литературу, проводит консультации до возникновения проблем;
- данная модель является дешевой для государства.

К недостаткам данной модели адвокатуры можно отнести:

- отсутствие необходимого уровня доверия и юридических знаний среди населения;
- недостаточную гибкость этических норм, а также надзорной деятельности Ассоциации;
- незначительное использование инструментов по надзору и совершенствованию деятельности адвокатуры со стороны органов публичной власти;
- достаточно высокую стоимость услуг адвоката, что ухудшает юридическую защиту малообеспеченной части населения.

Дальнейшее совершенствование финской модели адвокатуры, как нам представляется, состоит в увеличении влияния на ее деятельность органов публичной власти, в частности, в сфере надзора за адвокатской деятельностью, добавлении новых инструментов для эффективной реализации надзорной функции.

Пристатейный библиографический список

1. Бондарев Е.М. Анализ правил надлежащего профессионального поведения для адвокатов Финляндии для разработки единых стандартов российской адвокатуры // «Черные дыры» в Российском законодательстве. – 2009. – № 4.
2. Халлберг П., Яймя М. Основы правовой защиты в Финляндии / Пер. с фин. Т. Кайвола. – Хельсинки: Sitra, 2002.

11 URL:

Воронцова И.В.

ОБ УЧАСТИИ ИНОСТРАННЫХ АДВОКАТОВ В СУДОПРОИЗВОДСТВЕ ПО ГРАЖДАНСКИМ ДЕЛАМ

Статья посвящена проблемам оказания юридической помощи иностранными адвокатами при рассмотрении гражданских дел в судах общей юрисдикции.

Ключевые слова: представитель, иностранный адвокат, иностранные граждане, реестр иностранных адвокатов.

Vorontsova I.V.

ABOUT PARTICIPATION OF FOREIGN LAWYERS IN LEGAL PROCEEDINGS ON CIVIL CASES

The article is devoted to the problems of foreign lawyers' legal aid in the civil procedure in common law courts.

Keywords: a representative, a foreign lawyer, foreign citizens, a register of foreign lawyers.

Судебное представительство есть не что иное, как предусмотренный правовыми нормами способ (механизм) реализации участником судебного процесса своих процессуальных прав и обязанностей в случаях отсутствия у него гражданской процессуальной дееспособности или иной невозможности осуществлять собственными действиями процессуальные права и обязанности стороны или третьего лица.¹

В действующем законодательстве предусмотрены некоторые ограничения в институте представительства, и касаются они представительства иностранных граждан. Для сравнения хотелось бы привести некоторые положения регулирования участия иностранных адвокатов действующим зарубежным законодательством. Так, согласно ст. 551 ГК Республики Беларусь при ведении дел в судах Республики Беларусь иностранные граждане и юридические лица вправе свободно и беспрепятственно пользоваться услугами иностранных представителей, в том числе и адвокатов, так и представителей, в том числе и адвокатов, Республики Беларусь.²

В Норвегии иностранные адвокаты могут получить разрешение Ревизионного совета на оказание юридической помощи в области иностранного и международного права. При этом они обязаны указывать свой профессиональный статус и национальность. Они могут вести дела в суде, но поскольку рабочий язык судов норвежский, судья имеет право требовать, чтобы иностранный адвокат выступал в суде вместе с норвежским адвокатом. Иностранный адвокат должен представить полис страхования профессиональной ответственности и обязан соблюдать норвежские правила адвокатской этики.³

Адвокатскую деятельность во Вьетнаме могут осуществлять иностранные адвокатские образования, образования, созданные и функционирующие в соответствии с законодательством иностранного государства, соблюдающие Конституцию Вьетнама и вьетнамское законодательство. Иностранные адвокатские образования не могут назначать иностранных адвокатов, работающих по трудовым договорам, для участия в судебном процессе в качестве защитника, представителя прав и законных интересов клиентов. В качестве представителя прав и законных интересов клиента (во всех делах, кроме уголовных дел) они вправе привлекать вьетнамских адвокатов, работающих по трудовым договорам. Иностранные адвокаты, осуществляющие адвокатскую деятельность во Вьетнаме, вправе: давать консультации по вопросам иностранного права и международного права; оказывать другие юридические услуги по вопросам иностранного права; давать консультации по вопросам вьетнамского права, если они имеют вьетнамское высшее юридическое образование и удовлетворяют требованиям, предъявляемым к вьетнамскому адвокату. Иностранный адвокат не может участвовать в уголовном, гражданском процессе в качестве защитника, представителя прав и законных интересов клиента.⁴

В Азербайджане иностранный адвокат может оказывать правовую помощь исключительно путем предоставления консультаций и заключений по применению законов государства, уроженцем которого является иностранец, или международных правовых норм, а также путем представления интересов доверителя на стадии исполнительного производства по гражданским и уголовным делам, делам, связанным с экономическими спорами, с административными правонарушениями,

1 Осокина Г.Л. Гражданский процесс / Общая часть. – М., 2003. – С. 257.

2 Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь: с изм. и доп. / По сост. на 20 авг. 2009 г. – Минск: нац. Центр правовой информ. Респ. Беларусь, 2009.

3 Нердрум Г. Об адвокатах и адвокатской деятельности в Норвегии // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – 2008. – № 1. – С. 48.

4 Зрелов А.П. Правовое регулирование адвокатской деятельности в Социалистической Республике Вьетнам // Адвокат. – 2007. – № 10. – С. 100–103.

в соответствии с международными договорами, поддерживаемыми Азербайджаном.⁵

Согласно ст. 2 Закона Украины «Об адвокатуре», адвокатом может быть гражданин Украины, который имеет высшее юридическое образование, стаж работы по специальности юриста или помощника адвоката не меньше двух лет, сдал квалификационные испытания, получил свидетельство о праве на занятие адвокатской деятельностью и принял Присягу адвоката Украины.⁶ Довольно распространенным общим условием является условие взаимности. Так, в Республике Таджикистан признается право адвокатов иностранных государств на оказание юридической помощи на своей территории, но оно оговаривается возможностью своих адвокатов вести аналогичную деятельность на территории соответствующего государства. Например, если Российская Федерация позволит адвокатам Таджикистана осуществлять адвокатскую деятельность на своей территории, то и российские адвокаты могут заниматься этой деятельностью в Таджикистане.⁷ Согласно поверенному законодательству Республики Армения, иностранные адвокаты осуществляют адвокатскую деятельность в порядке, установленном национальным законодательством, если иное не предусмотрено международными договорами. Это стандартное условие присуще законодательству большинства стран и исходит из принципа примата международного права над правом национальным.⁸ Например, по законодательству Кыргызской Республики адвокаты из иностранных государств могут оказывать юридическую помощь в любой форме гражданам и юридическим лицам на основании межгосударственных соглашений Кыргызской Республики со страной адвоката.⁹ Таким образом, как видно из представленного материала, многие государства устанавливают ограничения по тем или иным признакам для иностранных адвокатов. Следует отметить, что это согласуется с международными требованиями. Положения международного права не запрещают государствам на своей территории устанавливать ограничения по допуску иностранных

адвокатов к оказанию юридической помощи. Конгресс ООН принял Основные принципы, касающиеся роли юристов (Гавана, 27 августа – 7 сентября 1990 г.), закрепив в них положение, согласно которому правительства, профессиональные ассоциации юристов и учебные заведения обеспечивают отсутствие дискриминации в ущерб какому-либо лицу в отношении начала или продолжения профессиональной юридической практики по признаку расы, цвета кожи, пола, этнического происхождения, религии, политических или иных взглядов, национального или социального происхождения, имущественного, сословного, экономического или иного положения, за исключением того, что требование, согласно которому адвокат должен являться гражданином соответствующей страны, не рассматривается как дискриминационное.¹⁰

Рассмотрим подробнее, как регламентировано представительство иностранных граждан в РФ. Следует согласиться, что наиболее квалифицированную помощь иностранец может получить через адвоката, хотя, анализируя законодательство, можно прийти к выводу, что интересы иностранного гражданина может представлять также любой дееспособный иностранный гражданин. Следует отметить, что деятельность адвоката иностранного государства в РФ законодательно закреплена. В ст. 2 Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ» от 26 апреля 2002 г. сказано, что адвокаты иностранных государств, осуществляющие адвокатскую деятельность на территории РФ, регистрируются федеральным органом исполнительной власти в области юстиции в специальном реестре, порядок ведения которого определяется Правительством РФ. Без регистрации в указанном реестре осуществление адвокатской деятельности адвокатами иностранных государств на территории РФ запрещается.

Во исполнение указанной статьи 19 сентября 2003 года было принято постановление Правительства РФ «Об утверждении Положения о ведении реестра адвокатов иностранных государств, осуществляющих адвокатскую деятельность на территории Российской Федерации», в котором содержится порядок ведения реестра адвокатов иностранных государств, осуществляющих адвокатскую деятельность на территории РФ.

Кроме того, согласно п. 5 ст. 2 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации»

5 Кольцов А.А. Представительство иностранных лиц в арбитражном процессе // Право и экономика. – 2006. – № 11. – С. 85–88.

6 Синецкий О.В. Адвокатура как институт правовой помощи и защиты. – Харьков, 2008. – С. 292.

7 Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (постатейный) / Под ред. А.Г. Кучерены. – М., 2009. – С. 92.

8 Там же. – С. 92.

9 Хван Л.Б. Некоторые вопросы регулирования адвокатской практики: сравнительно-правовой анализ законодательства стран СНГ (на материалах Армении, Азербайджана, Кыргызстана, Таджикистана и Узбекистана) // Журнал российского права. – 2001. – № 3. – С. 90.

10 Основные принципы, касающиеся роли юристов (приняты восьмым Конгрессом ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями (Гавана, 27 августа – 7 сентября 1990 г.) // Гарант Платформа F1 «ЭКСПЕРТ-ГАРАНТ-Максимум с региональным зак-вом. – Версия от 25 июля 2009 г.

адвокаты иностранного государства могут оказывать юридическую помощь на территории РФ по вопросам права данного иностранного государства; а в соответствии с ч. 2 п. 5 ст. 2 ФЗ № 63 адвокаты иностранных государств не допускаются к оказанию юридической помощи на территории РФ по вопросам, связанным с государственной тайной РФ. По мнению Н.А. Васильчиковой, в делах с участием иностранных граждан в качестве представителей должны выступать только адвокаты. Участие иностранных граждан в процессе имеет свои особенности, и только адвокаты могут оказать квалифицированную юридическую помощь.¹¹ В связи с этим, как отмечает Н.А. Васильчикова, в делах с участием иностранных лиц в качестве представителей должны выступать только адвокаты, что должно найти отражение в ГПК РФ путем дополнения ст. 49 ч. 2 следующего содержания: «Представителями в суде иностранных лиц могут быть только адвокаты».¹² Следует заметить, что автор не детализирует, о каких адвокатах идет речь: о тех, которые получили статус адвоката в РФ, или о тех, которые получили этот статус в другом государстве? Логично было бы предположить, что речь следует вести об адвокатах вообще. Однако это не совсем так. Часть 2 п. 5 ст. 2 ФЗ № 63 закрепляет правило о том, что адвокаты иностранного государства могут оказывать юридическую помощь на территории РФ по вопросам права данного иностранного государства. Толковать данное нормативное положение можно по-разному:

1. иностранный адвокат после регистрации в реестре иностранных адвокатов, помимо оказания любой юридической помощи, в том числе представления интересов своих клиентов в судах Российской Федерации, может оказывать помощь на территории Российской Федерации по вопросам права данного иностранного государства;

2. иностранный адвокат после регистрации в реестре иностранных адвокатов может только оказывать помощь на территории Российской Федерации по вопросам права данного иностранного государства.

Из содержания ст. 49 ГПК, согласно которой представителями в суде РФ могут быть любые дееспособные лица, имеющие надлежащим образом оформленные полномочия на ведение дела, за исключением лиц, указанных в законе, а не только адвокат, можно сделать вывод о том, что и иностранные адвокаты, и иные лица, оказывающую

юридическую помощь, могут быть представителями в судах общей юрисдикции. Каких-либо ограничений на сей счет федеральное законодательство не содержит. Однако по прошествии двух лет с момента принятия закона Совет Федеральной палаты адвокатов России 22 апреля 2004 г. принял решение (протокол № 5) «О приобретении статуса адвоката иностранными гражданами и адвокатами иностранных государств на территории РФ», в котором разъяснил, что возможность приобретения статуса адвоката РФ в соответствии с пунктом 6 ст. 9 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» предоставлена иностранным гражданам и лицам без гражданства в порядке, установленном данным законом. Таким образом, адвокаты иностранных государств могут осуществлять адвокатскую деятельность только по вопросам права государства, гражданином которого он является с обязательной регистрацией в специальном реестре. Приобретение статуса адвоката РФ лицом, являющимся одновременно адвокатом иностранного государства, действующим законодательством не предусмотрено.

Иностранные граждане и лица без гражданства вправе приобрести статус адвоката в установленном порядке, если при этом они не являются адвокатами других государств.¹³ Следует согласиться с А.А. Кольцовым, который отмечает не совсем логичную ситуацию, когда адвокат иностранного государства вправе выступать в арбитражном суде в качестве представителя только по делу, касающемуся вопросов права данного государства при наличии регистрации в специальном реестре, а иное иностранное оказывающее юридическую помощь лицо – по всем делам, не обязательно затрагивающим вопросы применения иностранного права.¹⁴

Однако разделить его предложение относительно того, что у иностранных адвокатов тем не менее есть выход – получение ими статуса адвоката в Российской Федерации после сдачи соответствующего квалификационного экзамена в соответствии со статьями 9-12 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», сформулированное им еще до принятия указанного решения, уже нельзя.¹⁵ Следует также поддержать мнение А.И. Муранова, который отмечает, что данное решение парадоксально: «по мысли Совета, оказывается так, что тот, кто адвокатом никогда не был,

11 Васильчикова Н.А. Право иностранных граждан в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – СПб., 1997. – С. 12.

12 Васильчикова Н.А. Производство по делам с участием иностранных лиц в российских судах: теория и практика: дис. ... д-ра юрид. наук. – Санкт-Петербург, 2003. – С. 108.

13 Вестник Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации. – 2004. – № 2 (5). – С. 6-7.

14 Кольцов А.А. Участие иностранных лиц в российском арбитражном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2004. – С. 113.

15 Там же. – С. 114.

более достоин стать российским адвокатом, нежели тот, кто с практической точки зрения в юриспруденции, как правило, более сведущ». ¹⁶

В законопроекте «Об оказании квалифицированной юридической помощи в Российской Федерации» также регулируется порядок оказания юридических услуг иностранными гражданами и лицами без гражданства, которые не имеют приобретенного на территории РФ статуса адвоката, нотариуса или патентного поверенного. Такие лица, как указано в проекте федерального закона, будут допускаться к оказанию квалифицированной юридической помощи на территории РФ только в случаях, предусмотренных международными договорами РФ и федеральными законами, и только по вопросам международного права и права тех государств, на территории которых они в установленном порядке признаны в качестве субъектов юридической помощи. ¹⁷ Однако не совсем понятно, чем вызвано желание компетентных органов ограничить участие иностранных адвокатов по делам своих клиентов в судах РФ. По мнению А.И. Муранова, то обстоятельство, что данное решение является скорее политическим, нежели юридическим, очевидно. Так, указание в решении Совета на невозможность приобретения статуса российского адвоката иностранцами могло быть продиктовано, допустим, желанием не допустить таковых через приобретение статуса российского адвоката к оказанию юридической помощи на территории России по вопросам, связанным с государственной тайной России (недаром упоминание о такой тайне в решении Совета имеется). Но в большей степени данное решение, как представляется, обусловлено неправильно истолкованными отдельными корпоративными интересами. В свете этого оно вполне объяснимо, хотя, если разобраться в вопросе об «угрозе интервенции иностранных адвокатов в Россию», оно все равно ошибочно даже и с точки зрения политики и упомянутых интересов. ¹⁸ Подобные ограничения представляются неоправданными.

Не касаясь деталей перечисленных и других причин, следует отметить, что мотивы таких ограничений остаются также непонятны и потому, что действия государства направлены на расширение зоны экономического пространства, на взаимодействие с другими государствами в различных сферах

общественной жизни. Заключаются договоры, создаются рекомендации. В качестве примеров можно привести «Рекомендации по осуществлению адвокатами и адвокатскими образованиями РФ международной адвокатской деятельности в странах – членах Европейского Союза» от 2 марта 2006 г.

Любопытен также и тот факт, что ограничивая нормами Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» право иностранных адвокатов по осуществлению адвокатской деятельности, законодательный орган одновременно в п. 8 ст. 2 Закона предусмотрел право адвоката представлять интересы доверителя в органах государственной власти, судах и правоохранительных органах иностранных государств, международных судебных органах, негосударственных органах иностранных государств, если иное не установлено законодательством иностранных государств, уставными документами международных судебных органов и иных международных организаций или международными договорами РФ. Таким образом, видимо уместным будет предложение, что подобные вопросы следует оговаривать в международных договорах об оказании юридической помощи. А пока этого не предвидится, следует поправить положение Гражданского процессуального кодекса и в главу 43 «Общие положения» раздела V «Производство по делам с участием иностранных лиц» следует внести статью «Представительство иностранных граждан», в которой отразить исключения из статьи 49 ГПК РФ.

Еще одной особенностью в отношении представительства иностранных граждан является возможность представления консулом граждан своего государства. В настоящее время на консулов возлагаются данные функции Венской конвенцией о консульских сношениях 1963 г., двусторонними консульскими конвенциями, а также внутригосударственным законодательством (консульскими уставами и другими нормативными актами). Согласно Венской конвенции 1963 г. основная задача консулов заключается в том, чтобы защищать в государстве пребывания интересы своего государства, его граждан и юридических лиц. Практика подавляющего большинства государств позволяет сделать вывод, что к главным функциям дипломатического представительства следует отнести и консульские функции. ¹⁹ Консульскими функциями по защите прав граждан в соответствии со ст. 5 Венской конвенции о консульских сношениях наряду с иными являются осуществление представительства

16 Муранов А.И. Российское регулирование отношений с иностранными элементами: некоторые аспекты правового статуса и деятельности иностранных адвокатов. – М., 2006. – С. 26.

17 Позднеева Т. Скоро все станем адвокатами? // Новое законодательство. – 2009. – № 1. – С. 20.

18 Муранов А.И. Российское регулирование отношений с иностранными элементами: некоторые аспекты правового статуса и деятельности иностранных адвокатов. – М., 2006. – С. 26.

19 Аль Факи Гамиль Хизам Яхья. Дипломатические и консульские меры по защите прав граждан за рубежом: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001. – С. 25.

или обеспечение надлежащего представительства граждан представляемого государства в судебных и иных учреждениях государства пребывания с соблюдением практики и порядка, принятых в государстве пребывания, с целью получения, в соответствии с законами и правилами государства пребывания, распоряжений о предварительных мерах, ограждающих права и интересы этих граждан, если в связи с отсутствием или по другим причинам такие граждане не могут своевременно осуществлять защиту своих прав и интересов.²⁰

Из содержания Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г. и двусторонних консульских конвенций усматривается возможность представления интересов иностранных граждан консулом в суде без выдачи ему на то доверенности. Так, например, если проанализировать ст. 9 Консульской конвенции между РФ и Йеменской республикой, в которой среди консульских функций в целом называется функция защищать в государстве пребывания права и интересы граждан представляемого государства, его юридических лиц, а также права и интересы представляемого государства в целом, то можно прокомментировать ее двояко: консулу принадлежит право представлять интересы граждан своего государства, используя все, включая исключительные полномочия; консул может представлять интересы, распоряжаясь только общими полномочиями, если у него нет доверенности. И.В. Федоров, оценивая данное положение, полагает, что к объему полномочий консулов следует относить все полномочия, в том числе исключительные. Обосновывая свою точку зрения, автор указывает на то, что консульская защита должна быть эффективной – должна использовать все установленные, в том числе процессуальным законодательством государства пребывания возможности. Отрицание права реализации всех полномочий в ряде случаев приводит к лишению лица консульской защиты как таковой.²¹

Вряд ли можно согласиться с вышеприведенной позицией автора. Во-первых, это прямо противоречит ГПК РФ, в котором содержится исчерпывающий перечень специальных полномочий, на право совершения любого из которых должно быть указано в доверенности, а во-вторых, это также никак не согласуется с нормами, содержащимися в международных актах.

Таким образом, с учетом исследованного, можно сделать следующие выводы:

1) оказание представительских функций консульскими учреждениями в лице консулов или дипломатическими учреждениями возможно только в случаях, если гражданину было отказано в судебной защите по законодательству страны пребывания;

2) во внутреннем законодательстве не предусмотрено никаких исключений относительно требований по оформлению доверенности для консулов или иных компетентных лиц при осуществлении ими представительства нарушенных прав своих граждан;

3) содержащаяся в Венской конвенции о консульских сношениях формулировка «с соблюдением практики и порядка, принятых в государстве пребывания, представительство или обеспечение надлежащего представительства граждан представляемого государства в судебных и иных учреждениях государства» позволяет сделать вывод о том, что доверенности должны оформляться по праву страны пребывания, т.е. объем полномочий поверенных также должен быть в них указан. В случаях, если речь идет о представлении иностранных граждан не консулами, а иными имеющими такое право по законодательству Российской Федерации лицами, то с учетом того, что внутренним законодательством исключений на сей счет не предусмотрено, следует полагать, что доверенности в таких случаях также должны оформляться по российскому законодательству.

Если доверенность оформляется на территории иностранного государства, следует учитывать общее требование в отношении документов, которое закреплено в ст. 408 ГПК РФ, согласно которому документы, выданные, составленные или удостоверенные в соответствии с иностранным правом по установленной форме компетентными органами иностранных государств вне пределов РФ в отношении российских граждан или организаций либо иностранных лиц, принимаются судами в РФ при наличии легализации, если иное не предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом.²² Однако соблюдения данных требований по оформлению доверенности недостаточно. Как любой правовой документ доверенность должна отвечать не только требованиям по форме, но и по содержанию. Практика показывает, что доверенности зачастую выдаются иностранцами в месте их постоянного проживания, и, как правило, такие доверенности отличает особая

20 Венская конвенция о консульских сношениях // Международное публичное право. Сборник документов. – М., 1996. – Т. 1. – С. 188–206.

21 Федоров И.В. Гражданское и арбитражное судопроизводство как предмет совместного международно-правового и внутригосударственного регулирования: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Казань, 2002. – С. 25.

22 См. подробнее: Воронцова И.В. Проблемы рассмотрения гражданских дел с участием иностранных лиц. – Йошкар-Ола, 2010.

громоздкость. Бесспорно, нецелесообразно заставлять читать судей доверенности объемом 3–5 листов, в которой в основном содержится излишняя информация, нежели относящаяся к необходимым реквизитам. Неясно, почему этот документ, а конкретнее – содержание доверенности законодатель обделяет своим вниманием. По мнению автора, предпочтительным является отражение в одной из статей ГПК обязательных реквизитов доверенности, т.к. судебная доверенность – документ процессуальный, содержание которого должно отвечать требованиям, предусмотренным в ГПК РФ.

Реализация данного предложения позволила бы гармонизировать внутренне законодательство с рядом международных договоров. Так, например, Венская конвенция о консульских сношениях, ранее уже упоминавшаяся, предусматривает положение, согласно которому к консульским функциям относится осуществление представительства или обеспечение надлежащего представительства граждан представляемого государства в судебных и иных учреждениях государства с соблюдением практики и порядка, принятых в государстве пребывания. В соответствии со ст. 40 Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам форма выдачи и срок действия доверенности определяется по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой выдана доверенность. В связи с тем, что пока в российском процессуальном праве данные требования по содержанию доверенности не нашли своего отражения, возможно, было бы целесообразным, в целях единообразия и установления определенного порядка составления доверенности, вносить в качестве приложений к международным актам по вопросам гражданского процесса типичный бланк доверенности для представления его иностранными гражданами в суд по месту рассмотрения дела. Следует отметить и другие сложности, которые могут возникать как у суда, так и у стороны, являющейся иностранным лицом при рассмотрении или при пересмотре дела. Учитывая специфику таких дел, представляется, что трудно согласиться с установленными законодательством сроками как отдельных процессуальных действий рассмотрения дела по существу, так и со сроком действия доверенности, выдаваемой на ведение дела в суде, так как зачастую такие дела выйдут за пределы установленных законодательством сроков. В этой связи следует обратиться к выработке целесообразных предложений об отражении в международных актах по вопросам гражданского

процесса правила о сроке действия доверенности, выдаваемой на представление интересов в суде по гражданским делам. Представляется, что такую доверенность следует выдавать на представление интересов по одному конкретному делу, и она должна быть бессрочной, а также на представление интересов по всем делам, которая должна выдаваться на пять лет.

Пристатейный библиографический список:

1. Аль Факи Гамиль Хизам Яхья. Дипломатические и консульские меры по защите прав граждан за рубежом: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001.
2. Васильчикова Н.А. Право иностранных граждан в гражданском судопроизводстве: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – СПб., 1997.
3. Васильчикова Н.А. Производство по делам с участием иностранных лиц в российских судах: теория и практика: дис. ... д-ра юрид. наук. – Санкт-Петербург, 2003.
4. Воронцова И.В. Проблемы рассмотрения гражданских дел с участием иностранных лиц. – Йошкар-Ола, 2010.
5. Зрелов А.П. Правовое регулирование адвокатской деятельности в Социалистической Республике Вьетнам // Адвокат. – 2007. – № 10.
6. Кольцов А.А. Представительство иностранных лиц в арбитражном процессе // Право и экономика. – 2006. – № 11.
7. Кольцов А.А. Участие иностранных лиц в российском арбитражном процессе: дис. ... канд. юрид. наук. – Саратов, 2004.
8. Муранов А.И. Российское регулирование отношений с иностранными элементами: некоторые аспекты правового статуса и деятельности иностранных адвокатов. – М., 2006.
9. Научно-практический комментарий к Федеральному закону от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (постатейный) / Под ред. А.Г. Кучерены. – М., 2009.
10. Нердрум Г. Об адвокатах и адвокатской деятельности в Норвегии // Вестник Федеральной палаты адвокатов РФ. – 2008. – № 1.
11. Осокина Г.Л. Гражданский процесс // Общая часть. – М., 2003.
12. Позднеева Т. Скоро все станем адвокатами? // Новое законодательство. – 2009. – № 1.
13. Синеокий О.В. Адвокатура как институт правовой помощи и защиты. – Харьков, 2008.
14. Федоров И.В. Гражданское и арбитражное судопроизводство как предмет совместного международно-правового и внутригосударственного регулирования: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Казань, 2002.
15. Хван Л.Б. Некоторые вопросы регулирования адвокатской практики: сравнительно-правовой анализ законодательства стран СНГ (на материалах Армении, Азербайджана, Кыргызстана, Таджикистана и Узбекистана) // Журнал российского права. – 2001. – № 3.

Завгородний А.В.

СОГЛАШЕНИЕ СТОРОН ИЛИ СОБСТВЕННОЕ ЖЕЛАНИЕ РАБОТНИКА: СОВЕТЫ АДВОКАТУ

В статье на основе анализа научных работ и материалов правоприменительной практики рассмотрены проблемные вопросы прекращения трудового договора.

Ключевые слова: трудовой договор, прекращение трудового договора, соглашение сторон, прекращение трудового договора по собственному желанию.

Zavgorodny A.V.

AGREEMENT OF THE PARTIES OR OWN DESIRE OF THE WORKER: COUNCILS TO THE LAWYER

In article on the basis of the analysis of scientific works and materials of law-enforcement practice problem questions of the termination of the employment contract are considered.

Keywords: employment contract, termination of the employment contract, agreement of the parties, termination of the employment contract at own will.

Трудовой договор представляет собой юридическую модель трудового правоотношения. Говоря о расторжении трудового договора, необходимо иметь в виду не только прекращение действия самого трудового договора, но и прекращение в целом трудового правоотношения, связывающего работодателя и работника.

Понятие «прекращение трудового договора» шире, чем «расторжение трудового договора» и «увольнение», ибо расторжение (увольнение) возможно лишь при предъявлении требования одной из сторон трудового договора о прекращении трудовых отношений с работодателем. Без такого требования работа продолжалась бы в прежнем порядке. При расторжении трудового договора одна из сторон желала бы сохранить его в силе, но должна подчиниться предъявленному требованию другой стороны.¹

Расторжение трудового договора в силу взаимного волеизъявления работника и работодателя (соглашение сторон)

В основе возникновения, изменения и прекращения правоотношений, как известно, лежат юридические факты. По структуре различают простые и сложные юридические факты (юридические составы). Действующее законодательство предусматривает оба вида таких фактов.

Основания прекращения трудового договора обычно предполагают наличие к тому чьей-либо инициативы. Например, по инициативе сторон трудового договора. В этих случаях расторжение трудового договора возможно по совместной или по односторонней инициативе как работника, так и работодателя.

ТК РФ предусматривает возможность расторжения трудового договора по совместной инициативе его сторон, т.е. по соглашению сторон

трудового договора (п. 1 ч. 1 ст. 77 и ст. 78 ТК РФ). Возникновение юридического факта – соглашения сторон – как основания для прекращения трудового договора считается правомерным при полном совпадении мнения работника и работодателя по всем элементам содержания соглашения. Законодатель не указывает каких-либо фактов, которые могут быть положены в основу соглашения сторон. Однако не вызывает сомнений, что ими должны быть факты, которые бы определили реальную возможность расторжения трудового договора.

Данное основание прекращения трудового договора применяется в случаях, когда имеется взаимное волеизъявление сторон, направленное на его расторжение. Если подобное соглашение достигнуто, не имеет значения, от какой именно стороны исходила инициатива расторгнуть трудовые отношения – от работника или от работодателя. Прекращение трудового договора по этому основанию означает, что стороны достигли определенного соглашения, во-первых, о самом факте увольнения, во-вторых, о конкретной дате увольнения, в-третьих, о том, что договор подлежит прекращению именно по соглашению сторон, т.е. на основании п. 1 ч. 1 ст. 77 ТК РФ.

Таким образом, возникновение юридического факта (соглашения сторон) как основания для последующего прекращения трудового договора считается правомерным при полном совпадении мнения работника и работодателя по всем условиям, входящим в содержание данного соглашения.

Соглашение сторон как основание для расторжения трудового договора введено законодателем в целях расширения самостоятельности сторон трудового договора в одной из стадий трудового правоотношения (его прекращения), основные черты которой отрегулированы им достаточно полно. Данное основание является наименее проблемным средством цивилизованного прекращения

¹ Ставцева А.И., Хохрякова О.С. Трудовой договор. – М., 1986. – С. 112.

трудовых отношений. Споры в таком случае возникает гораздо меньше, чем, скажем, при увольнении работника по собственному желанию или по инициативе работодателя, но они, тем не менее, возможны.

Законодатель оставляет как бы свободное пространство в регулировании трудовых отношений, но указывает субъектов, наделенных правомочием урегулировать данные отношения. Работник и работодатель по закону выступают как полноправные участники отношений по установлению содержания соглашения, т.е. по урегулированию определенной части отношений, связанных с расторжением трудового договора. Такое урегулирование отношений в общей теории права называется автономным урегулированием. Подобную терминологию можно с успехом использовать и в теории трудового права.

Сфера автономного урегулирования и его субъекты устанавливаются законом, но содержание урегулирования является компетенцией конкретных субъектов. Сущность же такого урегулирования проявляется в том, что оно осуществляется самими участниками отношений, которые друг перед другом выступают уже не в качестве органов, выполняющих властные функции (хотя бы они и были наделены такими функциями),² а в качестве равноправных сторон. Соглашение сторон – это правовая конструкция с договорным началом, предполагающая совпадение волеизъявления обеих сторон трудового договора, но не властное решение одной из них.

Равноправие сторон при автономном регулировании отношений по расторжению трудового договора по соглашению сторон является одной из характерных особенностей этого регулирования. Равноправие сторон проявляется, прежде всего, в праве выступать с инициативой расторжения трудового договора. Инициатором соглашения может быть любая равноправная сторона трудового договора, в том числе и работодатель. Работодатель может выступать инициатором соглашения тогда, когда это не противоречит закону, не совпадает с отношениями, дающими право работодателю расторгнуть договор по его инициативе, а главное не противоречит интересам другой стороны. Однако работник инициативу работодателя об увольнении по соглашению сторон может расценить как необоснованный нажим. Рассмотрение споров, возникших при таких обстоятельствах, порой могут представлять значительную сложность.

Расторжение трудового договора по совместной инициативе его сторон возможно в любое время, когда стороны достигнут обоюдного согласия на прекращение трудового договора. Соглашение сторон отражает договорный характер труда: по соглашению сторон трудовой договор заключается, и по соглашению сторон он расторгается. По соглашению сторон возможно прекращение любого договора – как заключенного на неопределенный срок, так и срочного до истечения срока его действия. На практике по этому основанию чаще расторгаются срочные трудовые договоры. Прекращение трудового договора по этому основанию не требует указания каких-либо дополнительных причин.

Конкретная дата прекращения действия трудового договора по соглашению сторон определяется его сторонами. Аннулирование такой договоренности возможно лишь при взаимном согласии работодателя и работника. И здесь уместно привести позицию, высказанную Конституционным судом РФ.

В решениях Конституционного суда РФ особое внимание уделяется вопросу об обеспечении баланса основополагающих конституционных прав и свобод работника и работодателя, а именно права работника свободно распоряжаться своими способностями к труду и свободы экономической (предпринимательской) деятельности работодателя. Как указал Конституционный суд РФ в определении от 13 октября 2009 года № 1091-О-О,³ свобода труда предполагает, в частности, возможность прекращения трудового договора по соглашению его сторон, т.е. на основе добровольного и согласованного волеизъявления работника и работодателя. Достижение договоренности о прекращении трудового договора на основе добровольного соглашения его сторон допускает возможность аннулирования такой договоренности исключительно посредством согласованного волеизъявления работника и работодателя, что исключает совершение как работником, так и работодателем произвольных односторонних действий, направленных на отказ от ранее достигнутого соглашения. Таким образом, с учетом приведенной правовой позиции Конституционного суда РФ ст. 78 ТК РФ, не предполагающая одностороннего отказа от исполнения достигнутой договоренности о расторжении трудового договора, представляет собой законодательное проявление баланса конституционных прав и свобод работника и работодателя.⁴

³ Документ официально опубликован не был.

⁴ Коробченко В.В., Сафонов В.А. Права и свободы субъектов трудовых отношений // Российский ежегодник трудового права. – 2009. – № 5. – С. 96–97.

² Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М., 1966. – С. 162.

Трудовой кодекс не предусматривает выплаты работнику выходного пособия при прекращении трудового договора по соглашению сторон, однако и не препятствует этому. Выходное пособие – это денежная сумма, выплачиваемая работнику при увольнении в установленных случаях и в определенных размерах. В ч. 4 ст. 178 ТК РФ говорится, что трудовым или коллективным договором могут предусматриваться другие (помимо установленных в самой ст. 178 ТК РФ) случаи выплаты выходных пособий. Законодатель допускает договорный способ установления обязательства работодателя выплатить работнику выходное пособие.

Соглашение сторон – достаточно удобное для работника и работодателя основание расторжения трудового договора при условии, что желание расторгнуть трудовой договор является добровольным и, главное, взаимным. Во-первых, стороны вправе самостоятельно и по своему усмотрению установить сроки и другие условия, при которых прекращается действие трудового договора. Например, о выплате определенной компенсации при увольнении, о выполнении работником определенных действий, необходимых работодателю, до дня увольнения. Во-вторых, это избавляет стороны от многих процедурных сложностей и споров, связанных с расторжением трудового договора по другим основаниям.

Однако прекращение трудового договора по соглашению сторон нередко используется для обхода императивных норм, регулирующих порядок увольнения работника по инициативе работодателя. Это делает необходимыми обязательную письменную форму такого соглашения,⁵ а также строгий судебный контроль, призванный обеспечить соблюдение законности при увольнении по этому основанию.

Таким образом, для прекращения трудового договора по соглашению сторон необходимо наличие сложного фактического состава. Во-первых, инициатива одной из сторон о расторжении трудового договора по п. 1 ч. 1 ст. 77 ТК РФ, во-вторых, добровольное согласие другой стороны о расторжении трудового договора по данному основанию, в-третьих, соглашение сторон о конкретной дате увольнения работника и, в-четвертых, наступление конкретной даты увольнения работника.

Расторжение трудового договора по волеизъявлению работника (собственное желание)

⁵ Законодатель не устанавливает какой-либо конкретной формы выражения согласия работника на увольнение по соглашению сторон. Представляется, что работодатель должен стремиться письменно оформлять соглашение сторон.

Принцип свободы труда предполагает наличие у работника безусловного права расторгнуть трудовой договор в любое время. Такое право обеспечивается нормами законодательства о труде, предусматривающими порядок прекращения трудовых правоотношений по инициативе работника. Это право принадлежит работнику с момента заключения трудового договора и является безусловным, для его приобретения не требуется выполнения каких-либо условий.

ТК РФ устанавливает общий порядок расторжения по инициативе (по собственному желанию) работника как трудового договора, заключенного на неопределенный срок, так и срочного трудового договора до истечения срока его действия. Порядок такого увольнения регламентирован ст. 80 ТК РФ. Расторжение трудового договора по этому основанию возможно в любое время и без указания каких-либо причин для увольнения.

Страницы истории

До принятия ТК РФ расторжение срочного трудового договора по инициативе работника было возможно только по уважительным причинам или по соглашению сторон. Считалось, что немотивированное одностороннее нарушение условия о сроке трудового договора противоречило универсальному принципу договорного права – «договоры должны исполняться».

Кодекс законов о труде Российской Федерации не допускал возможность прекращения срочного трудового договора (контракта) по инициативе работника в любое время без уважительных причин. По требованию работника срочный трудовой договор (контракт) подлежал расторжению досрочно только в случаях:

- его болезни или инвалидности, препятствующих выполнению работы по договору (контракту);
- нарушения работодателем законодательства о труде, коллективного или трудового договора (контракта);
- по другим уважительным причинам (ст. 32 КЗоТ РФ).

В частности, уважительной причиной для расторжения срочного трудового договора (контракта) являлось желание женщины уволиться в период беременности либо до достижения ребенком, в том числе находящегося на попечении, возраста 14 лет (ребенком инвалидом – 16 лет). В случае если работодатель не расценивал как уважительную причину, с которой работник связывал свое желание уволиться, он мог настаивать на продолжении трудовых отношений. Работник в этом случае был вправе обратиться в органы по рассмотрению трудовых споров (комиссия по трудовым спорам, суд),

которые давали окончательную оценку уважительности причины увольнения и выносили соответствующее решение, обязательное для исполнения сторонами трудового договора (контракта).

При расторжении срочного трудового договора (контракта), в том числе по уважительным причинам, предварительного предупреждения работодателя о предстоящем увольнении не требовалось. Однако работник не вправе был прекратить работу без разрешения работодателя.

В литературе было высказано мнение, что в подобном случае работник может реализовать свое право методом саморегулирования. Под саморегулированием понимается самостоятельная деятельность работника по реализации трудовых прав, обладающих одновременно двумя признаками: во-первых, они субъективны и реализуются независимо от производственных условий, во-вторых, они реализуются работником самостоятельно без участия других субъектов трудового права путем подачи письменного заявления или одностороннего действия.⁶

Расторжение трудового договора по собственному желанию осуществляется на основе одностороннего волеизъявления работника и реализуется путем подачи им соответствующего заявления. В данном случае законодатель предоставляет работнику неограниченное никакими обстоятельствами и фактами правомочие на расторжение трудового договора.

Однако практика показывает, что работодатель зачастую препятствует реализации работником своего права на увольнение по собственному желанию, в частности, не определяет, в чьи конкретно трудовые функции (компетенцию) входит обязанность приема от работника заявления об увольнении. Подобные обстоятельства иногда создают условия для возникновения трудового спора, так как факт подачи работником заявления и дату его увольнения не всегда можно документально установить.

Следует учитывать, что рядовой работник вовсе не обязан знать, кто именно в организации принимает решение об увольнении и издает соответствующий приказ. Его задача – довести до сведения любого представителя органов управления информацию о своем желании расторгнуть трудовой договор, а в обязанность лица, к которому обратился работник, должно входить его консультирование,

направление в отдел кадров, наконец, передача заявления уполномоченному органу управления.⁷

Подача письменного заявления об увольнении по собственному желанию является стандартным способом выражения волеизъявления работника. Тем не менее, правоприменительная практика сталкивается и с другими способами: предупреждение работодателя о намерении прекратить трудовое правоотношение телеграммой, электронным письмом, телефонным звонком, заявлением, переданным по факсу или посланным по почте. Оценивая допустимость использования таких нетрадиционных способов волеизъявления работника, необходимо помнить об указании законодателя на письменную форму предупреждения (ч. 1 ст. 80 ТК РФ). Устное предупреждение, например, по телефону, не влечет за собой правовых последствий. Во всех остальных случаях, когда работник лишен возможности обратиться к работодателю с заявлением (в случае болезни, нахождения в отпуске, командировке), допустимо использование современных средств связи, однако при условии подтверждения подлинности подписи работника.⁸

Добровольность волеизъявления работника

В силу ч. 1 ст. 80 ТК РФ волеизъявление работника на прекращение трудового договора по собственному желанию должно быть выражено в письменной форме,⁹ обычно в виде соответствующего письменного заявления. Поэтому увольнение работника без его письменного заявления о расторжении трудового договора расценивается как незаконное.

Решение об увольнении должно быть актом свободного волеизъявления работника, в противном случае нельзя говорить о прекращении трудового договора по его инициативе. В связи с этим Верховный суд РФ, обобщив судебную практику, обращает внимание судов на необходимость исходить из того, что расторжение трудового договора по инициативе работника допустимо в случае, когда подача заявления об увольнении являлась добровольным его волеизъявлением. Если истец утверждает, что работодатель прямо или косвенно вынудил его подать заявление об увольнении по собственному желанию, суду необходимо тщательно проверить доводы истца (п. 22 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 17 марта 2004 г.

6 Безина А.К. Саморегулирование работником трудовых прав и их самозащита по Трудовому кодексу Российской Федерации // Ученые записки Казанского университета (Юридические науки). – Казань, 2003. – Т. 144. – С. 197, 200.

7 Нуртдинова А.Ф. Настольная книга судьи по трудовым спорам / Под ред. С.П. Маврина. – М., 2011. – С. 63.

8 Нуртдинова А.Ф. Настольная книга судьи по трудовым спорам / Под ред. С.П. Маврина. – М., 2011. – С. 55–56.

9 Таким образом, заявление, отправленное по электронной почте или посредством SMS-сообщения, не может рассматриваться как предупреждение работодателя со стороны работника об увольнении по собственному желанию.

№ 2).¹⁰ Обычно к такому поведению работодателя относят запугивание, шантаж, акты насилия, невыплату заработной платы, незаконные вычеты из нее, действия, ставящие под угрозу жизнь и безопасность работника, сексуальные домогательства и т.п. В подобных случаях подлежит также возмещению и моральный вред (ущерб). Моральный вред, причиненный работнику неправомерными действиями или бездействием работодателя, возмещается в денежной форме. Его размер определяется соглашением сторон трудового договора. В случае возникновения спора факт причинения работнику морального вреда и размер его возмещения определяются судом.

Действия работодателя, создающего невыносимую обстановку для работника и провоцирующего его на уход с работы «по собственному желанию», должны давать работнику право по собственной инициативе расторгнуть трудовой договор, но возложить ответственность за это на работодателя и взыскать с него причиненный ущерб, в том числе компенсацию морального вреда. В связи с этим желательно в трудовое законодательство включить действенные нормы, препятствующие работодателю понуждать неугодного работника к увольнению по собственному желанию. Зарубежный опыт показывает, что данная конструкция весьма эффективна для повышения «самодисциплины» работодателей и руководителей организаций. При этом работник получает возможность, используя механизм судебной защиты, реагировать на произвол, самодурство, хамство, сексуальные домогательства и иные незаконные и аморальные действия руководителей. Это имеет также большое превентивное значение.¹¹

Собственноручное написание заявления об увольнении при высказывании угроз или оказания иного давления со стороны работодателя на работника не может служить доказательством его добровольного волеизъявления. При таких обстоятельствах вряд ли возможно и использование работником своего права на отзыв поданного заявления об увольнении.

Рассматривая вопрос о добровольности волеизъявления работника, хотелось бы также обратить внимание на встречающуюся до сих пор порочную практику принуждения работника при приеме на работу написать заявление об увольнении по собственному желанию, не указывая даты увольнения, которую затем проставляют сотрудники отдела кадров или руководитель организации. Действия

работодателя в такой ситуации сводятся к фальсификации добровольного волеизъявления работника, подделки заявления, что уже выходит за рамки применения трудового законодательства.

Однако не следует рассматривать как принуждение просьбу работника уволить его по собственному желанию в случаях, когда у работодателя появляется предусмотренное законом право уволить работника по своей инициативе.

Тем не менее, следует понимать, что действующее законодательство не предусматривает возможности отказа работника от предоставленных ему законом прав (сохранение места работы, прекращения трудового договора по добровольному волеизъявлению), в том числе путем заключения с работодателем соглашения, содержанием которого по существу является взаимный отказ от реализации прав в сфере трудовых отношений: работодатель отказывается от применения дисциплинарного взыскания, а работник – от продолжения трудового правоотношения.¹²

Предупреждение работодателя об увольнении

Работник, решивший уволиться по собственному желанию, должен подать письменное заявление об увольнении, предупредив об этом работодателя не позднее, чем за две недели.¹³ Истечение срока предупреждения начинается на следующий день после получения работодателем заявления об увольнении (ч. 1 ст. 80 ТК РФ). Так, если заявление об увольнении было подано работником в пятницу, то двухнедельный срок истечет в пятницу второй недели.

Например, работник подал заявление об увольнении по собственному желанию 12 октября 2012 года. Днем увольнения – последним днем работы – должно быть 26 октября 2012 года.

Если последний день срока приходится на нерабочий день, то днем окончания срока считается ближайший следующий за ним рабочий день (ч. 4 ст. 14 ТК РФ).

Требование закона о подаче заявления об увольнении не позднее, чем за две недели не означает запрета на подачу такого заявления за более длительный срок и на увольнение работника по его инициативе в период его отсутствия на работе, по какой-либо уважительной причине.

¹² Нуртдинова А.Ф. Настольная книга судьи по трудовым спорам / Под ред. С.П. Маврина. – М., 2011. – С. 59.

¹³ До 1992 года работник, заключивший трудовой договор на неопределенный срок, при увольнении по собственному желанию обязан был предупредить работодателя не менее чем за два месяца, а при наличии уважительной причины – за один месяц.

¹⁰ БВС РФ. – 2004. – № 6.

¹¹ Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право: учебник. – М., 2005. – С. 155.

Следовательно, заявление может быть подано работником и во время отпуска, и во время болезни, командировки, выполнения государственных обязанностей и т.п. Более того, в силу ст. 127 ТК РФ по письменному заявлению работника возможно предоставление ему неиспользованных отпусков с последующим увольнением. В этом случае дата увольнения может быть отодвинута на последний день отпуска. Такое право работник реализует с согласия работодателя. Если работник решил предупредить работодателя об увольнении за более продолжительный срок (более чем две недели), он должен быть уволен в тот день, который указан в заявлении.

Особым случаем увольнения работника по собственному желанию является расторжение трудового договора, заключенного с условием испытания работника в целях проверки его соответствия поручаемой работы (ч. 4 ст. 71 ТК РФ). Если в период испытания работник придет к выводу, что предложенная ему работа для него не подходит, он вправе расторгнуть трудовой договор по собственному желанию, предупредив работодателя об увольнении в письменной форме за три дня. Сокращенный срок предупреждения работодателя об увольнении установлен для работников, заключивших трудовой договор на срок до двух месяцев, и работников, занятых на сезонных работах. Эти работники должны предупредить работодателя о досрочном расторжении трудового договора за три календарных дня (ст. 292, 296 ТК РФ).

Отдельно в Трудовом кодексе выделен вопрос о досрочном расторжении трудового договора по инициативе руководителя организации. Согласно ст. 280 ТК РФ руководитель организации имеет право досрочно расторгнуть трудовой договор, предупредив об этом работодателя (собственника имущества организации, его представителя) в письменной форме не позднее, чем за один месяц.

Трудовой кодекс предусматривает, что спортсмен и тренер имеют право уволиться в любой момент по собственному желанию, предупредив письменно работодателя не позднее одного месяца. Исключение составляют лишь случаи заключения трудового договора на срок до 4-х месяцев. Представляется, что в последнем случае срок предупреждения будет общим (две недели), установленным ст. 80 ТК РФ.

Однако при увольнении по собственному желанию без уважительных причин спортсмен будет обязан произвести в пользу работодателя денежные выплаты, если это условие с указанием размера компенсации содержалось в трудовом договоре со спортсменом. По общему правилу если срок

такой выплаты не оговорен в трудовом договоре, то спортсмен обязан произвести указанные выплаты в двухмесячный срок со дня расторжения трудового договора. Законодатель не поясняет, что же относится к уважительным причинам. Представляется, что в данном случае можно по аналогии применять ст. 80 ТК РФ. На наш взгляд, перечень уважительных причин может быть дополнен по соглашению сторон в трудовом договоре спортсмена.

Следует отметить, что для отдельных категорий работников в законодательстве установлены определенные ограничения при расторжении трудового договора по собственному желанию. Так, согласно ч. 3 ст. 40 Уголовно-исполнительного кодекса РФ,¹⁴ осужденным к исправительным работам запрещено увольнение по собственному желанию без письменного разрешения уголовно-исполнительной инспекции. Разрешение может быть ими получено после тщательной проверки обоснованности причин увольнения. Отказ уголовно-исполнительной инспекции в выдаче разрешения на увольнение должен быть мотивирован. Решение об отказе может быть также обжаловано в установленном законом порядке.

В силу п. 2 ст. 21 Федерального закона от 25 июля 2002 года № 113-ФЗ «Об альтернативной гражданской службе»¹⁵ граждане, проходящие такую службу, не вправе прекратить (расторгнуть) срочный трудовой договор по своей инициативе. Это общее ограничение, поскольку в ст. 23 указанного закона среди оснований прекращения службы есть и досрочное увольнение, на которое имеет право граждан в определенных случаях.

Представляет также интерес редакция ч. 3 ст. 24 Закона РФ от 19 апреля 1991 г. № 1032-1 «О занятости населения в Российской Федерации»,¹⁶ согласно которой срочный трудовой договор об участии гражданина в общественных работах может быть расторгнут им досрочно при устройстве на постоянную или временную работу. Получается, что в остальных случаях работник не может уволиться по собственному желанию? Насколько целесообразно и правомерно подобное ограничение (речь, видимо, все-таки идет о нем), однозначно сказать сложно.¹⁷

Как сама обязанность работника предупредить работодателя о своем увольнении, так и срок предупреждения устанавливаются в интересах обеих сторон. Для работодателя заблаговременное

14 СЗ РФ. – 1997. – № 2. – Ст. 198.

15 СЗ РФ. – 2002. – № 30. – Ст. 3030.

16 СЗ РФ. – 1996. – № 17. – Ст. 1915.

17 Андреева Л.А., Гусов К.Н., Медведев О.М. Незаконное увольнение. – М., 2009. – С. 36.

предупреждение со стороны работника об увольнении дает возможность подыскать на его место другого работника.¹⁸ Работодатель с момента подачи заявления об увольнении может начать поиски нового работника.

Работодатель вправе расторгнуть трудовой договор с работником по окончании срока предупреждения об увольнении и в том случае, когда в период предупреждения работник заболел и на момент окончания срока предупреждения продолжает болеть. Время болезни не приостанавливает срока, по истечении которого работник подлежит увольнению. Увольнение работника по собственному желанию в соответствии с его заявлением возможно и в период временной нетрудоспособности, так как инициатива увольнения исходит в данном случае от работника, а не от работодателя.¹⁹

Международная практика

В зарубежных странах закон определяет лишь минимальный срок предупреждения, который может быть увеличен коллективным договором или индивидуальным трудовым договором. Срок предупреждения может зависеть от категории работников, стажа работы и других обстоятельств (см. таблицу 1).²⁰

Таблица 1

Страна	Срок предупреждения об увольнении
Великобритания	Не менее одной недели
Германия	4 недели
Швеция Норвегия Швейцария	1–3 месяца в зависимости от стажа работы
Финляндия	Один месяц
Испания	15 дней
Нидерланды	1–6 месяцев в зависимости от стажа работы
Ирландия	Одна неделя
Австрия	14 дней для рабочих; один месяц – для служащих
Китай	30 дней

Хотя в большинстве стран работник обязан письменно предупредить об увольнении, во Франции, Италии и Испании он может ограничиться устным заявлением. В период предупреждения трудовое отношение продолжается, в частности, сохраняется обязанность работника соблюдать трудовую дисциплину. Болезнь работника обычно прерывает течение срока предупреждения об увольнении. Работник, своевременно не предупредивший работодателя, обязан выплатить ему сумму, равную заработной плате за период предупреждения. В ряде стран работники при увольнении

по собственному желанию получают выходное пособие.²¹

Законодательством предусмотрены случаи уменьшения двухнедельного срока предупреждения

Во-первых, если увольнение работника связано с невозможностью продолжать работу (например, зачисление в образовательное учреждение) или в случаях установленного нарушения работодателем законов и иных нормативных правовых актов о труде, условий коллективного договора, соглашения или трудового договора. Названные нарушения могут быть установлены, в частности, органами, осуществляющими государственный надзор и контроль над соблюдением трудового законодательства, профессиональными союзами, комиссиями по трудовым спорам, судом. В перечисленных случаях работодатель обязан расторгнуть трудовой договор с той даты, которая указана в заявлении работника.

В некоторых случаях уважительная причина увольнения по собственному желанию может служить основанием для предоставления работнику определенных льгот. Например, если увольнение работницы связано с переездом супруга-военнослужащего к новому месту службы в другую местность, то ей должно быть выплачено по месту военной службы мужа выходное пособие в размере двухмесячной средней заработной платы.²²

Во-вторых, если было достигнуто письменное соглашение сторон трудового договора на его расторжение до истечения срока предупреждения об увольнении. Такое соглашение может быть достигнуто при соответствующем волеизъявлении работодателя. На практике в качестве подтверждения достижения соглашения о дате увольнения по инициативе работника часто используется резолюция руководителя организации на заявление работника, где он соглашается с предложенной работником датой увольнения.

На практике может возникнуть ситуация, когда работник через некоторое время после подачи заявления об увольнении по собственному желанию (до истечения срока предупреждения) подает второе заявление с подобной просьбой. Законодатель, к сожалению, никак не регламентирует подобную ситуацию. Представляется, что в таких случаях

18 Догадов В.М. Право ухода с работы по собственному желанию // Советское государство и право. – 1957 – № 6. – С. 59.

19 Чиканова Л.А. Комментарий к трудовому кодексу Российской Федерации / Под ред. Ю.П. Орловского. – М., 2006. – С. 137.

20 Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. – М., 1999. – С. 152–153.

21 Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право. – М., 2005. – С. 134–135.

22 Приказ министра обороны РФ от 11 июля 2002 года № 265 «О выплате женам военнослужащих, проходящих службу по контракту, выходного пособия в случаях расторжения ими трудового договора в связи с перемещением военнослужащих к новому месту военной службы в другую местность» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. – 2003. – № 49. – 8 дек.

подачу второго заявления следует рассматривать как аннулирование первого заявления об увольнении по собственному желанию. Увольнение в этом случае должно осуществляться с учетом срока предупреждения, установленного во втором поданном работником заявлении.

По общему правилу сокращение срока отработки в одностороннем порядке не допускается. Так, если работник оставил работу, не отработав установленный законом срок предупреждения, то этот факт расценивается как прогул, дающий право работодателю осуществить увольнение такого работника по подп. «а» п. 6 ч. 1 ст. 81 ТК РФ (увольнение в случае прогула). Правовое положение работника в период предупреждения характеризуется наличием тех же прав и обязанностей, что несут другие работники.

Но и произвольное, без согласования с работником сокращение работодателем срока отработки либо увольнение вовсе без отработки дает работнику основание требовать восстановления на работе с оплатой времени вынужденного прогула. Суды приходят к выводу, что в данном случае права работника нарушаются в части определения надлежащей даты увольнения.

Таким образом, достигается определенный баланс прав и свобод субъектов трудовых отношений (работника и работодателя). Под балансом прав и свобод следует понимать такое их соотношение, при котором реализация каждым из субъектов исключает возможность ущемления прав и свобод другого субъекта, а также обеспечивается оптимальное согласование социально-экономических интересов работника и работодателя.

В случае отсутствия соглашения сторон трудового договора об увольнении до истечения срока предупреждения соблюдение двухнедельного срока обязательно как для работника, так и для работодателя.

Существует точка зрения, что если прекращение трудового правоотношения осуществляется до истечения двухнедельного срока со дня подачи работником заявления об увольнении по собственному желанию и на это имеется согласие работодателя, то это есть не что иное, как увольнение по соглашению сторон.²³ Однако с такой точкой зрения трудно согласиться. Законодатель (ст. 80 ТК РФ) обращает внимание на то, что и в случае, когда работник отработывает двухнедельный срок предупреждения, и тогда, когда трудовой договор по договоренности между сторонами расторгается без его отработки, существует не ограниченное

никакими обстоятельствами право работника на расторжение договора. Его полномочия ограничены лишь по сроку. Но интересы производства и желание работника могут определить различный подход к дате увольнения, законодатель допускает уточнение этой даты по договоренности между сторонами. Условие о конкретной дате увольнения можно рассматривать как дополнительное и ни в коем случае не влияющее на основное (право работника на расторжение трудового договора). Вряд ли уместно говорить об увольнении по соглашению сторон и в случае, когда работник оговаривает в своем заявлении конкретную дату увольнения по собственному желанию и предупреждает работодателя не за две недели, а за один, два или три месяца до увольнения. В связи с этим следует признать ошибочным высказанное в литературе мнение о том, что увольнение по собственному желанию преподавателя вуза в связи с избранием его по конкурсу в другой вуз приближается к увольнению по соглашению сторон. Подобное мнение основывается на том, что конкурс был проведен в течение учебного года,²⁴ а фактическое увольнение преподавателя произошло после его окончания, и что отсрочка в увольнении происходит по соглашению сторон трудового договора и по соглашению между ректорами учебных заведений.²⁵ Тем не менее, в данном случае преподаватель, прошедший по конкурсу в другой вуз, имеет бесспорное право независимо от воли работодателя (вуза) расторгнуть трудовой договор по своей инициативе. Уточнение же конкретной даты увольнения ни в коей мере не может изменить основание его увольнения.

Следовательно, можно сделать вывод, что уточнение даты расторжения по инициативе работника трудового договора его сторонами не является сферой увольнения по соглашению сторон, поскольку это уточнение не меняет основного одностороннего полномочия работника на бесспорное увольнение по своей инициативе (собственному желанию). В данном случае «соглашение сторон» предполагает только достижение договоренности о сроке (конкретной дате) расторжения трудового договора. По этой причине законодателем и введено два самостоятельных основания для расторжения трудового договора: по инициативе работника (п. 3 ч. 1 ст. 77 ТК РФ) и соглашение сторон (п. 1 ч. 1 ст. 77 ТК РФ), и вряд ли уместно отождествлять сферу применения этих двух оснований.

²⁴ Как правило, учебный год в российских вузах начинается с 1 сентября и заканчивается 30 июня следующего календарного года.

²⁵ Войленко Е.И., Гейхман В.Л., Крапивин О.М. Трудовые права преподавателей высших и средних специальных учебных заведений. – М., 1957 – С. 77.

²³ Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений. – М., 1972. – С. 181.

Достижение соглашения о дате увольнения предполагает, что нормы законодательства, предусматривающие право отзыва заявления и продолжения действия трудового договора в том случае, когда он не был своевременно расторгнут по истечении срока предупреждения (ч. 4 и 6 ст. 80 ТК РФ), применяются с учетом определенной соглашением сторон даты увольнения. Например, если заявление об увольнении подано работником 15 октября 2012 г., а соглашением сторон определена дата увольнения – 18 октября 2012 г., то отозвать свое заявление работник может только до 18 октября, так как этот день является последним днем его работы. Если 18 октября приказ о расторжении трудового договора не был издан, а работник не настаивает на увольнении, то действие трудового договора считается продолженным.

Отзыв заявления об увольнении

Работнику установленный срок предупреждения об увольнении обеспечивает возможность обдумать целесообразность прекращения трудовых отношений.²⁶ В соответствии с ч. 4 ст. 80 ТК РФ он вправе аннулировать (отозвать) свое заявление об увольнении до истечения срока предупреждения, в том числе и в случае, когда дата увольнения установлена по соглашению сторон. Поскольку закон предусматривает обязательную письменную форму подачи заявления об увольнении по собственному желанию, следует предположить, что в такой же форме должно быть выражено и волеизъявление работника об аннулировании этого заявления. Увольнение в этом случае не производится. В случае предоставления отпуска работнику с последующим увольнением по собственному желанию работник также имеет право отозвать свое заявление об увольнении, но только до начала отпуска.

Таким образом, отзыв работником ранее поданного заявления об увольнении по собственному желанию следует рассматривать в качестве юридического факта, в силу которого прекращается действие ранее поданного заявления и аннулируется его правовое значение. Отказ от расторжения трудового договора имеет правовое значение только в период предупреждения, т.е. в период работы, включая и последний его день. За пределами этого периода работник теряет право отозвать свое заявление об увольнении. Правовому значению отзыва заявления об увольнении противостоит лишь одно обстоятельство – если на его место приглашен в письменной форме другой работник, которому в соответствии с законодательством не может быть отказано в приеме на работу (ч. 4 ст. 80 ТК РФ).

Так, согласно ст. 64 ТК РФ нельзя отказать в заключении трудового договора работникам, приглашенным в письменной форме на работу в порядке перевода от другого работодателя, в течение одного месяца со дня увольнения с прежнего места работы. Фактически подобный запрет гарантирует лицу, оставившему прежнюю работу, заключение трудового договора. Приглашение на работу должно быть сделано в письменной форме. В этом случае отзыв (аннулирование) работником ранее поданного заявления об увольнении по собственному желанию теряет свою юридическую силу.

Следовательно, работник не вправе отозвать свое заявление об увольнении только при наличии следующих условий. Во-первых, на его место приглашен работник из другой организации. Во-вторых, такое приглашение было оформлено письменно. В-третьих, работодатель приглашенного работника дал свое письменное согласие на его увольнение в порядке перевода к другому работодателю в соответствии с п. 5 ст. 77 ТК РФ, и, в-четвертых, приглашенному работнику не может быть отказано в заключении трудового договора (ч. 4 ст. 64 ТК РФ).

Судебная практика

К. с 20 января 1976 года работала начальником отделения связи села Н. Приказом от 20 ноября 2003 года она была уволена по п. 3 ч. 1 ст. 77 ТК РФ (по собственному желанию).

К. обратилась в суд с исковым заявлением о восстановлении на работе, мотивируя требование тем, что в октябре 2003 года ей был предоставлен очередной оплачиваемый отпуск. Перед отпуском К. предупредила администрацию Управления Федеральной почтовой службы о необходимости в прохождении курса лечения. С 20 ноября 2003 года по 3 декабря 2003 года она была временно нетрудоспособна (находилась на больничном листе).

После временной нетрудоспособности администрация не допустила К. к работе и сообщила об ее увольнении по п. 3 ч. 1 ст. 77 ТК РФ. Однако намерений со стороны истицы о прекращении трудовых отношений не было. Заявление она написала под давлением администрации без указания даты увольнения. С приказом об увольнении не была ознакомлена, а трудовая книжка была ей доставлена по почте заказным письмом.

В судебном заседании было установлено, что работодателем был нарушен порядок и условия расторжения трудового договора по инициативе работника: не была согласована дата исчисления двухнедельного срока предупреждения, и не было достигнуто соглашение сторон о расторжении трудового договора до истечения указанного срока.

²⁶ Ершов В.В., Ершова Е.А. Трудовой договор. – М., 2000. – С. 132.

В ходе судебного разбирательства определением суда была назначена и проведена почерковедческая экспертиза. Из заключения эксперта следует, что рукописные записи даты в заявлении К. выполнены другим лицом.

Доводы истца о принуждении к написанию заявления без указания даты увольнения признаны несостоятельными, так как не нашли подтверждения в ходе судебного разбирательства.

Однако требование истицы о признании приказа об ее увольнении недействительным согласно ст. 394 ТК РФ подлежит удовлетворению.

В ходе судебного разбирательства нашел свое подтверждение факт причинения истцу нравственных и физических страданий в результате неправомерных действий ответчика при увольнении истицы. В соответствии со ст. 237 ТК РФ, разрешая требование о компенсации морального вреда, суд нашел их подлежащими удовлетворению частично.²⁷

Увольнение по собственному желанию есть неограниченное одностороннее право работника, в то время как соглашение сторон выступает в форме двухстороннего правомочия работника и работодателя. Если при реализации права на расторжение трудового договора по собственному желанию у работника возникает право в любое время отозвать свое заявление до истечения срока предупреждения об увольнении, то при достижении обоюдного соглашения (соглашение сторон) у каждой из сторон отсутствует право на аннулирование этого соглашения в одностороннем порядке.

Споры о приоритете инициативы работника и работодателя на расторжение трудового договора

На практике может возникнуть ситуация, когда обе стороны изъявляют желание прекратить трудовые отношения, причем каждая по своей инициативе. Чаще всего подобная ситуация может возникнуть в случае совершения работником дисциплинарного проступка и он, предполагая возможность расторжения с ним трудового договора по инициативе работодателя, изъявляет желание уволиться по собственному желанию и подает соответствующее заявление об увольнении до того момента, когда работодатель издает приказ об его увольнении по своей инициативе.

Возможен и другой вариант. Работник первым выражает желание расторгнуть трудовой договор и подает заявление об увольнении по собственному желанию, но работодатель производит увольнение по своей инициативе, так как работник после

подачи заявления совершает дисциплинарный проступок. Следует иметь в виду, что регулирование труда лиц, подавших заявление об увольнении по собственному желанию, в период срока предупреждения осуществляется на общих основаниях. До истечения срока предупреждения работодателя об увольнении работник обязан выполнять возложенные на него обязанности. В случае их неисполнения работодатель вправе уволить работника не по его инициативе, а по основаниям, указанным в ст. 81 ТК РФ.

И в первом и во втором случаях работник стремится доказать, что первым изъявил желание прекратить трудовой договор, и поэтому оформление увольнения его по инициативе работодателя является незаконным. Так, возникают споры, которые в юридической литературе условно были названы спорами о приоритете инициативы прекращения трудового договора.²⁸ Подобный спор возникает на основании того факта, что в один и тот же отрезок рабочего времени обе стороны выразили желание расторгнуть трудовой договор и оспаривают по существу приоритет своего желания. Отношения, связанные с одновременным заявлением сторон прекратить трудовой договор, прямо не регулируются трудовым законодательством. Этим и объясняются сложности, возникающие в судебной практике при разрешении споров, основанных на указанных обстоятельствах.

На практике споры о приоритете инициативы расторжения трудового договора выражаются в виде исков работника об изменении формулировки основания увольнения. Работник просит либо изменить пункт ст. 81 ТК РФ, либо считать его уволенным по своей инициативе – собственному желанию.

В случае одновременного выражения сторонами желания расторгнуть трудовой договор прекращение договора по инициативе работодателя, безусловно, противоречит интересам работника и вызывает спор между ними. Если признать решающее значение за поданным работником заявлением, то тогда придется исключить право работодателя применять к работнику дисциплинарное взыскание в виде увольнения по соответствующему основанию даже тогда, когда дисциплинарный проступок работника предшествовал его подаче заявления об увольнении по собственному желанию. В этом случае работник, совершивший дисциплинарный проступок, мог бы беспрепятственно расторгнуть трудовой договор, ибо процедура подачи заявления и увольнения по собственному желанию

²⁷ Бойкова О.С., Филиппова М.В. Новая судебная практика по трудовому законодательству с комментариями. – М., 2008. – С. 68–69.

²⁸ Безина А.К. Вопросы теории трудового права и судебная практика. – Казань. – 1976. – С. 142–143.

более проста в отличие от процедуры увольнения работника по инициативе работодателя, определенной ст. 193 ТК РФ.²⁹

Однако следует признать, что за работодателем сохраняется право на расторжение трудового договора с работником по своей инициативе в случае совершения им (работником) дисциплинарного проступка и даже тогда, когда работник ранее уже подал работодателю заявление об увольнении по собственному желанию. Примером может служить невыход работника на работу до истечения срока предупреждения. Подобное отсутствие работника на рабочем месте может рассматриваться как прогул с последующим увольнением его по инициативе работодателя по п.п. «а» п. 6 ст. 81 ТК РФ.

Таким образом, одновременное высказывание сторонами трудового договора желания расторгнуть договор по своей инициативе вводит в действие одновременно ст. 80 и ст. 193 ТК РФ, что приводит к ограничению правомочий работодателя двухнедельным сроком. По существу создается новое правовое положение, сокращающее срок применения работодателем дисциплинарного взыскания в виде увольнения работника с одного месяца до двух недель. В противном случае трудовой договор через две недели будет расторгнут, но уже по инициативе работника (по собственному желанию). Как мы видим, неограниченное право работника расторгнуть трудовой договор в любой момент, в том числе и в период обнаружения дисциплинарного проступка, может поставить работодателя подчас в сложное положение.

В научной литературе высказывалось мнение, что при сложившихся обстоятельствах необходимо все же сохранить за работодателем право на расторжение трудового договора в течение месяца (ч. 3 ст. 193 ТК РФ) со дня обнаружения проступка независимо от времени подачи работником заявления об увольнении по собственному желанию. Однако реализовать такое право работодатель сможет лишь тогда, когда будут внесены соответствующие изменения в законодательство. Эти изменения должны предоставить работодателю право расторгнуть трудовой договор по его инициативе, если работником совершен дисциплинарный проступок, независимо от времени подачи работником заявления об увольнении по собственному желанию.³⁰

29 Дисциплинарное взыскание применяется не позднее одного месяца со дня обнаружения проступка, не считая времени болезни работника, пребывания его в отпуске, а также времени, необходимого на учет мнения представительного органа работников.

30 Безина А.К. Вопросы теории трудового права и судебная практика. – Казань. – 1976. – С. 148.

Расторжение трудового договора по инициативе работодателя, если при этом работником также подано заявления об увольнении по собственному желанию, может быть признано законным лишь в случае, когда налицо факты, дающие основание для прекращения трудового договора по инициативе работодателя, и соблюдены порядок и сроки такого увольнения.

Таким образом, из сказанного выше можно сделать следующие выводы: во-первых, подача работником письменного заявления об увольнении по собственному желанию не может признаваться обстоятельством, исключающим возможность прекращения трудового договора с ним по инициативе работодателя – при наличии к тому установленных законом обстоятельств. Во-вторых, работодатель вправе воспользоваться дисциплинарной властью не позднее срока предупреждения, установленного сторонами с момента подачи работником заявления об увольнении по собственному желанию. В-третьих, совершение работником дисциплинарного проступка может послужить основанием для отмены работодателем приказа об увольнении его по собственному желанию лишь в том случае, если трудовые правоотношения продолжаются и не были прекращены.

Продолжение работы по истечении срока предупреждения

В случае, когда по окончании срока предупреждения трудовой договор не будет расторгнут и работник не настаивает на своем увольнении, действие трудового договора считается продолженным (ч. 6 ст. 80 ТК РФ). Однако изложенная норма является весьма неопределенной, на что справедливо указывается в юридической литературе.³¹

При обращении работника к работодателю с письменным заявлением об увольнении у работодателя возникает обязанность расторгнуть трудовой договор в срок, установленный законом (или соглашением сторон). Работодатель не выполнил свою обязанность – не издал приказ об увольнении работника. В этой ситуации у работника есть право выбора – согласиться с продолжением действия трудового договора либо настаивать на увольнении. Продолжение же работы после истечения срока предупреждения об увольнении подтверждает тот факт, что работник уже не настаивает на увольнении.³²

Если работник продолжил работу и после истечения срока предупреждения, а впоследствии

31 Ершова Е.А. Трудовое право в России. – М., 2007. – С. 359.

32 Чиканова Л.А. Расторжение трудового договора по инициативе работника (по собственному желанию) // Справочник кадровика. – 2008. – № 10. – С. 22–35.

потребовал прекращения с ним трудового договора со ссылкой на ч. 6 ст. 80 ТК РФ, то такое требование не может быть признано правомерным. Работодатель уже не вправе прекратить трудовые отношения на основании поданного заявления, а работник уже не может требовать своего увольнения, не предупредив работодателя повторно. В этом случае трудовой договор может быть расторгнут только после подачи нового заявления об увольнении по собственному желанию и отработки установленного срока предупреждения, если, конечно, стороны не договорятся об уменьшении этого срока.

Судебная практика

С. обратился в суд с иском к ГУП «Опытный завод», где указал, что работал у ответчика в должности заместителя директора по правовым вопросам по срочному трудовому договору. Затем был уволен по собственному желанию. Он обратился в суд с иском о восстановлении на работе, поскольку заявление об увольнении написал вынужденно, под давлением работодателя. Ответчик иск не признал и пояснил, что подача заявления истцом об увольнении была добровольной. Поскольку истец не представил никаких доказательств, что написал заявление об увольнении под давлением работодателя, суд в иске отказал. Между тем судом не было принято во внимание то обстоятельство, что работник подал заявление об увольнении 1 декабря 2008 года, а в этом случае срок предупреждения истек через две недели (15 декабря), однако увольнение было произведено 26 декабря 2008 года, т.е. уже по истечении срока предупреждения.

При таких обстоятельствах увольнение истца 26 декабря произведено с нарушением трудового законодательства. К сожалению, суд не дал никакой правовой оценки данному обстоятельству.³³

Прекращение трудового договора

В день увольнения – последний день работы – работодатель обязан выдать работнику трудовую книжку с внесенной в нее записью об увольнении, другие документы по его письменному требованию и произвести с ним расчет.

Для трудового правоотношения если не характерны, то свойственны односторонние действия, влекущие конкретные юридические последствия, как, например, расторжение трудового договора по инициативе работника. Следовательно, односторонняя подача работником заявления на увольнение по собственному желанию вызывает вполне предполагаемые (запланированные) последствия.

В целях беспрепятственной реализации права работника на увольнение по п. 3 ч. 1 ст. 77 ТК РФ законодатель предоставил ему также право прекратить работу по истечении двухнедельного срока предупреждения об увольнении. Поскольку реализация этого права о расторжении трудового договора по истечении срока предупреждения не зависит от воли работодателя, то не имеет значения для признания трудового договора расторгнутым факт издания или неиздания приказа об увольнении работника. Поэтому в случае, когда с работником был также заключен договор о полной материальной ответственности, передача числящихся за ним материальных ценностей и полный расчет должны быть осуществлены до истечения срока предупреждения.

Необходимо учитывать, что по истечении срока предупреждения об увольнении работник вправе прекратить работу. Однако рассматриваемое право работника прекратить работу имеет значение лишь на момент истечения двухнедельного срока отработки. Работодатель обязан выдать ему в день увольнения (последний день работы) трудовую книжку и по письменному заявлению работника копии документов, связанных с его работой, а также произвести выплату всех сумм, причитающихся ему от работодателя (ч. 5 ст. 80 ТК РФ). Работодатель не вправе задерживать работника по каким-либо мотивам. Как правило, задерживая увольнение работника, работодатель приводит различные причины: не сданы материальные ценности, не возмещены затраты, связанные с обучением работника, не подписан обходной листок и т.д. Все эти причины не могут быть основанием для нарушения работодателем обязанности уволить работника по окончании срока предупреждения. Невыполнение работником даже законных требований работодателя не может быть достаточным правовым основанием для отказа (задержки) работнику в расторжении трудового договора в срок, установленный законом. Каждая сторона трудового договора должна выполнять свои обязательства независимо от того, выполняет ли добровольно другая сторона трудового договора обязательства, возложенные на нее законом.³⁴ Все материальные претензии к работнику могут быть предметом рассмотрения в суде.

Статья 80 ТК РФ не предусматривает обязанности работника указывать причину увольнения. Однако в некоторых случаях законодатель связывает причину увольнения с предоставлением работнику тех или иных льгот и гарантий. В таких случаях причину увольнения надо указывать. Например,

³³ Бойкова О.С., Филиппова М.В. Новая судебная практика по трудовому законодательству с комментариями. – М., 2008. – С. 70.

³⁴ Ершова Е.А. Трудовое право в России. – М., 2007. – С. 362–363.

при увольнении по собственному желанию в связи с переездом мужа (жены) на работу в другую местность за работником сохраняется непрерывный трудовой стаж независимо от продолжительности перерыва в работе (по общему правилу непрерывный стаж сохраняется в течение трех недель).

При расторжении трудового договора по собственному желанию с инвалидами, пенсионерами по старости, беременными женщинами, женщинами, имеющими ребенка в возрасте до 14 лет (ребенка-инвалида до 18 лет), а также с работниками, имеющими на своем иждивении трех и более детей, не достигших 16 лет (учащиеся – 18 лет), причина их увольнения, как правило, в заявлении не указывается. Подобное увольнение всегда признается уважительным.³⁵

Пристатейный библиографический список:

1. Алексеев С.С. Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. – М., 1966.
2. Андреева Л.А., Гусов К.Н., Медведев О.М. Незаконное увольнение. – М., 2009.
3. Безина А.К. Вопросы теории трудового права и судебная практика. – Казань, 1976.
4. Безина А.К. Саморегулирование работником трудовых прав и их самозащита по Трудовому кодексу Российской Федерации // Ученые записки Казанского университета (Юридические науки). – Казань, 2003. – Т. 144.

³⁵ Орловский Ю.П., Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. «502 актуальных вопроса по Трудовому кодексу РФ». – М., 2010. – С. 154.

5. Бойкова О.С., Филиппова М.В. Новая судебная практика по трудовому законодательству с комментариями. – М., 2008.

6. Войленко Е.И., Гейхман В.Л., Крапивин О.М. Трудовые права преподавателей высших и средних специальных учебных заведений. – М., 1974.

7. Догадов В.М. Право ухода с работы по собственному желанию // Советское государство и право. 1957 – № 6.

8. Ершов В.В., Ершова Е.А. Трудовой договор. – М., 2000.

9. Ершова Е.А. Трудовое право в России. – М., 2007.

10. Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. – М., 1999.

11. Киселев И.Я. Сравнительное трудовое право. – М., 2005.

12. Коробченко В.В., Сафонов В.А. Права и свободы субъектов трудовых отношений // Российский ежегодник трудового права. – 2009. – № 5.

13. Нуртдинова А.Ф. Настольная книга судьи по трудовым спорам / Под ред. С.П. Маврина. – М., 2011.

14. Орловский Ю.П., Нуртдинова А.Ф., Чиканова Л.А. «502 актуальных вопроса по Трудовому кодексу РФ». – М., 2010.

15. Процевский А.И. Метод правового регулирования трудовых отношений. – М., 1972.

16. Ставцева А.И., Хохрякова О.С. Трудовой договор. – М., 1986.

17. Чиканова Л.А. Комментарий к трудовому кодексу Российской Федерации / Под ред. Ю.П. Орловского. – М., 2006.

18. Чиканова Л.А. Расторжение трудового договора по инициативе работника (по собственному желанию) // Справочник кадровика. – 2008. – № 10.

Уважаемые коллеги!

Представляем вашему вниманию научную сеть «Современное право»

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

Адрес сети – www.nauka-pravo.com

Разрабатывается англоязычная версия научной сети «Современное право».

the independent international scientific network of lawyers

“Modern Law”



Тугел А.К., Ахпанов А.Н., Пен С.Г., Тукиев А.С.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН ПО ВОПРОСАМ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ПРАВА НА ЗАЩИТУ И АДВОКАТСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ

В статье изложены основные предложения по совершенствованию правовой регламентации профессиональных прав адвоката-защитника, обеспечения реализации конституционного права на защиту от обвинения.

Ключевые слова: адвокатура, право на защиту, казахстанская адвокатура.

Tugel A.K., Akhpanov A.N., Pen S.G., Tukiyev A.S.

IMPROVING THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN ON THE RIGHT OF DEFENSE AND THE ADVOCACY AT THE PRESENT TIME

In this paper presented the main proposals for improving the legal regulation of the professional rights of advocates, ensuring the realization of the constitutional right to be protected from prosecution.

Keywords: advocacy, the right to defense, the Kazakh advocacy profession.

Согласно Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 гг. (Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 года № 858), в настоящее время ведется активная работа по созданию проекта нового уголовно-процессуального кодекса, который призван унифицировать процессуальные формы, усилить гарантии реализации прав и свобод человека и гражданина и, в целом, оптимизировать уголовное судопроизводство, с тем чтобы обеспечить эффективное правоприменение. Концептуально основная часть работы над проектом завершена, и в принципе уже согласованы многие «узловые» моменты по стадиям уголовного судопроизводства, статусу и полномочиям участников уголовного процесса, усилению гарантий реализации права и свобод личности. Вместе с тем, типологически уголовный процесс Республики Казахстан все же остался ближе к «смешанной» форме со значительной ролью досудебной подготовки материалов уголовного дела.¹ Данное обстоятельство исключает возможность реализации модели полностью состязательного уголовного судопроизводства по англо-саксонскому типу, с элементами скоротечного полицейского дознания с активным судебным контролем, где осуществляется перенос всей основной доказательственной нагрузки в рамки судебного разбирательства.

В этих условиях считаем необходимым уделить пристальное внимание вопросам обеспечения права на защиту и адвокатской деятельности, так как при ориентировании на оптимизацию досудебного уголовного судопроизводства наиболее уязвимыми станут именно указанные аспекты. Исходя

из этой позиции, мы преследуем цель максимально возможного закрепления гарантий реализации конституционного права на защиту подозреваемых и обвиняемых, чтобы достигнуть некоего баланса между наступательностью уголовного преследования и эффективностью защиты от такового.

Помимо принципиальных институциональных моментов, касающихся статуса адвоката-защитника по уголовным делам, мы, разумеется, постарались указать на некоторые терминологические и технические огрехи по тексту проекта уголовно-процессуального кодекса, которые одновременно адресованы и действующему уголовно-процессуальному законодательству. Так, например, мы предлагаем расширить действие принципа «*non bis in idem*» о недопустимости повторного осуждения и уголовного преследования. Расширение его действия логически вытекает из названия действующей редакции статьи 20 УПК РК, которая звучит как «Недопустимость повторного осуждения и уголовного преследования», однако по тексту этой нормы упоминается только уголовная ответственность. В связи с этим, помимо запрета повторной уголовной ответственности предлагается привести текст статьи 20 УПК РК в соответствие с ее названием и запретить также повторное уголовное преследование за одно и то же преступление, что существенно расширит действие данного принципа, так как будет охватывать не только случаи повторного осуждения, но и случаи повторного постановления в положение подозреваемого, обвиняемого.

Далее, с целью дальнейшего развития состязательных начал и усиления действия принципа состязательности и равноправия сторон нами предложена новая редакция частей 6, 7 и 8 статьи 23 УПК РК, которая направлена на исключение практики игнорирования ходатайств стороны защиты

¹ Карякин Е.А. Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве (вопросы теории и практики): монография. – Оренбург: ГОУ ОГУ, 2005. – С. 83–98.

либо формального их рассмотрения по существу. Предлагается императивно обязать суд оказывать содействие сторонам в получении необходимых материалов, тогда как согласно действующей редакции, продублированной в проекте УПК РК, суд лишь «создает условия для реализации сторонами своих прав и обязанностей», что расценивается нами как абсолютно аморфная и безадресная декларация. Очевидно, что у стороны защиты должны быть действенные судебные механизмы для сбора материалов и сведений, имеющих значение для дела, так как на досудебной стадии они отсутствуют вообще.

Практика применения статьи 132 УПК РК о задержании подозреваемого по-прежнему искажена массовыми нарушениями процессуального порядка, непрозрачностью принятия этого решения и т.д. В связи с этим мы предлагаем, чтобы статья 26 УПК РК была дополнена положением, согласно которому ограничение права задержанного подозреваемого немедленно сообщить по телефону или иным способом по месту своего жительства или работы о своем задержании и месте содержания, а также права на осуществление связи с организацией (коллективом) адвокатов для приглашения профессионального защитника либо связи с таковым лично, не допускается и влечет признание задержания незаконным.

Особо следует отметить наше предложение относительно допуска адвокатов, связанного с так называемым «допуском к сведениям, содержащим государственную тайну». В нашей редакции статья 26 УПК РК дополняется новой частью – седьмой – следующего содержания: «7. Не допускается ограничение права подозреваемого, обвиняемого на избрание защитника под предлогом отсутствия у последнего допуска к сведениям, содержащим государственную тайну». Данное положение продиктовано конституционным императивным требованием обеспечить полную реализацию права на защиту от обвинения, которое не может быть ограничено никакими процедурными нормами. Вопрос о сохранении защитником в тайне сведений, составляющих государственные секреты, должен решаться путем принятия защитником соответствующего письменного обязательства о неразглашении в рамках установленной законом ответственности.

С этой же целью изменена редакция части 3 статьи 53 УПК РК (приведена в соответствие с предложенной редакцией статьи 26 УПК РК). К сожалению, действующий порядок допуска кроет в себе слишком явную дискриминацию адвокатов по этому признаку, что существенно ограничивает

конституционное право на защиту. При этом произошла совершенно недопустимая подмена тезисов, когда обеспечение конфиденциальности в режиме государственной тайны достигается путем этого неконституционного и незаконного по своей сути ограничения со стороны органов уголовного преследования, а не совершенно легитимными процессуальными средствами в виде обязательства о неразглашении и т.д.² Складывается впечатление, что заботу об охране государственных секретов органы национальной безопасности переложили на адвокатское сообщество путем разрешительной процедуры их допуска. Это, на наш взгляд, вряд ли соответствует международным стандартам оказания правовой помощи по уголовным делам.

Сам метод правового регулирования этого вопроса неверен, так как запретительно-заградительные методы неприменимы там, где речь идет о конституционном праве на защиту от обвинения.

В статье 58 УПК РК предлагается ввести скамью из 12 присяжных заседателей без профессионального судьи, что обеспечивает реализацию принципов состязательности и равноправия сторон, независимости непрофессионального суда, исключение влияния профессионального судьи на мнение присяжных при отсутствии сторон в условиях совещательной комнаты. Такое предложение продиктовано изучением результатов мониторинга отправления правосудия с участием присяжных заседателей. Если наша цель – демократизировать уголовное судопроизводство, то это логичное и закономерное развитие института присяжных заседателей, так как влияние, которое оказывает профессиональный судья на вердикт через присяжных, абсолютное и на практике сводится лишь к формальному участию присяжных в отправлении правосудия. Вряд ли нам нужна имитация демократических начал уголовного судопроизводства по делам об особо тяжких преступлениях.

Кроме того, предлагаем специально закрепить так называемое в американской доктрине «правило Миранды», то есть подозреваемому, до начала производства любых следственных действий с его участием, разъясняется право на отказ от дачи объяснений или показаний, право на приглашение защитника (за свой счет либо за счет государства) и право на конфиденциальное свидание с ним до первого допроса. Несмотря на возражения о том, что эти права итак предусмотрены объемом прав подозреваемого и обвиняемого, наша позиция

2 Данияр Канафин опровергает предположение, что он избегает доступа к госсекретам. <Сайт Радио Азаттык> – URL: http://rus.azattyq.org/content/Daniar_Kanafin_KNB/1798051.html (пятница, 30 ноября 2012, Алматы 14:30).

основана на соображениях о как можно более раннем оповещении лица о своих правах, касающихся возможности защищаться от подозрения и обвинения. Кроме того, приобретение процессуального статуса может быть злонамеренно «отодвинуто» хронологически органами уголовного преследования, и знание лица о том, что у него есть право отказаться от дачи показаний, как представляется, окажет исключительно положительный эффект на реализацию права на защиту в целом.

Кроме того, чтобы ограничить монополию органов уголовного преследования на предоставление бесплатного адвоката, на уровне УПК предложено прописать право подозреваемого связаться с организацией (коллекцией) адвокатов для приглашения профессионального защитника либо связаться с таковым лично. Данное требование направлено на достижение должной организации работы коллегий на местах, повысить доступность профессиональной защиты для лиц, подвергнутых задержанию.

С целью расширить круг лиц, имеющих право пригласить защитника, а также перенести момент возникновения процессуального статуса защитника из узких рамок статуса подозреваемого и обвиняемого на более ранние этапы расследования, предлагается статус и понятие защитника по тексту УПК РК (ст. 70) расширить путем использования более широкого определения – «лицо, подвергаемое уголовному преследованию». Перечень случаев, когда участие защитника является обязательным, по нашему мнению, должен быть дополнен положением, распространяющим это правило на всех задержанных, ввиду высокой интенсивности формирования обвинительных доказательств на данном этапе. Чтобы исключить любую возможность назначения «выгодных» обвинению или «дежурных» защитников вместо тех, кого хочет пригласить задержанный или арестованный, требуется усложнить механизм принудительного назначения защитника обвиняемому. В случае неявки защитника или отсутствия с ним связи, орган, осуществляющий уголовное преследование, обязан подтвердить принятие исчерпывающих мер к реализации права подозреваемого, обвиняемого на приглашение защитника.

Существенно расширены полномочия защитника с целью оградить его деятельность от незаконного вмешательства. Конфиденциальность общения с подзащитным, который задержан или арестован, гарантируется указанием на возможность только визуального наблюдения представителем администрации мест содержания, чем обеспечивается безопасность защитника, исключаются

провокации и обвинения в его адрес о совершении незаконных действий.

Вопрос об участии защитника в процессе доказывания является постоянным камнем преткновения при обсуждении о вариантах развития института защиты от подозрения и обвинения. В настоящее время *de facto* защитник практически исключен из процесса доказывания на досудебном производстве, являясь лишь бесправным, по сути, наблюдателем. С другой стороны, наделять его полномочиями по самостоятельному формированию источников доказательств фактически означает превратить его в орган, ведущий уголовный процесс. Тем не менее, мы предлагаем следующий вариант некоего компромисса применительно к действующему законодательству и проекту УПК: закрепить обязанность органа уголовного преследования приобщать к материалам дела все сведения, собранные и представленные защитником, независимо от того, признаны они доказательствами по делу или нет.

Участие защитника при производстве следственных действий значительно повышает качество их проведения органами уголовного преследования, позволяет предотвратить манипуляцию фактическими данными и участниками следственного действия. Для достижения этой цели нами предлагается закрепить право защитника быть своевременно извещенным органом, ведущим уголовный процесс, о времени и месте производства следственных и процессуальных действий, производимых с участием подозреваемого, обвиняемого. Неизвещение или несвоевременное извещение существенно нарушает право обвиняемого, подозреваемого на защиту. Также, исходя из предложения авторов проекта ввести институт депонирования показаний, текст проекта предлагается нами дополнить обязанностью органа уголовного преследования своевременно ознакомить защитника с целым рядом процессуальных решений, депонированными показаниями и т.д., что позволит на стадии предварительного расследования правильно и, самое главное, своевременно выстроить линию защиты.

Поскольку в рамках состязательного досудебного процесса и реального, а не мнимого обеспечения права на оказание юридической помощи необходима активизация роли защитника еще в ходе следственного действия, чтобы его участие не сводилось к формальному присутствию. С этой целью права защитника при участии в следственных действиях расширены и дополнены возможностью осуществлять непрерывное консультирование подзащитного.

Предлагаем также ввести запрет на допрос защитника в качестве свидетеля и по представляемым им материалам и сведениям, одновременно закрепляется обязанность рассмотреть ходатайство защитника о проверке следственным путем источника их получения. Расширение пределов запрета на допрос защитника подозреваемого, обвиняемого, а равно представителя потерпевшего, гражданского истца и гражданского ответчика, а также адвоката свидетеля соответствует принципу адвокатской тайны в уголовном процессе.³

Необходимо расширить перечень фактических данных, недопустимых в качестве доказательств, путем включения в него результатов производства следственных действий с участием подзащитного, но в отсутствии защитника, когда последний ходатайствовал о таком участии и не был должным образом уведомлен о времени и месте его производства.

Должны быть детализированы и расширены полномочия защитника по истребованию документов и сведений от лиц и организаций, в случае отказа лица от представления необходимых документов защитник, представитель потерпевшего вправе ходатайствовать перед следователем, органом дознания, дознавателем, прокурором, судом о производстве выемки необходимых документов.⁴

Полномочия защитника необходимо дополнить возможностью привлечения частных детективов, при условии, что проект Закона РК «О частной детективной деятельности» будет содержать широкие (по аналогии с частными детективами в России) полномочия частного детектива, защитник, представитель потерпевшего вправе прибегать к его услугам для поиска источников доказательств.⁵

При опросе лиц защитнику необходимо предоставить право использования аудио и видеозаписи, что в настоящее время прямо предусмотрено лишь для следственных действий, производимых органом, ведущим уголовный процесс.

В УПК РК предлагается ввести статью «Истребование документов, материалов и сведений», в Кодекс Республики Казахстан об административных правонарушениях предлагается ввести новую редакцию статьи 520: Непринятие мер по частному

определению, постановлению суда, представлению прокурора, следователя или дознавателя и установлению в качестве санкции штрафа в размере двухсот месячных расчетных показателей.

Возможность применения залога в отношении лиц, совершивших особо тяжкие преступления, сократит тюремное контингент, гуманизирует уголовную политику. Для гарантии неуклонения обвиняемого от следствия и суда минимальный порог залога при обвинении в совершении особо тяжкого преступления должен составлять от 161.800.000 тг (или от 1 млн. долларов США).

При этом нами предложено ввести обязательное рассмотрение судом вопроса о возможности применения залога в качестве меры пресечения, и только после мотивированного отказа суд может рассмотреть вопрос применения ареста. Кроме того, суду должна быть вменена обязанность исследовать вопрос о доказанности обвинения при санкционировании ареста. В сочетании с тем, что судья, санкционирующий арест в качестве меры пресечения, и судья, рассматривающий дело по существу, не совпадают в одном лице, здесь не будет иметь место предрешение вопроса о виновности, но в то же время повысит требования к основаниям избрания меры пресечения в виде ареста. Более того, поскольку проектом УПК в процесс вводится следственный судья, не рассматривающий уголовные дела по существу, то для законности, обоснованности и мотивированности ареста он вправе оценить материально-правовые (наличие события, состава преступления, совершение его именно обвиняемым) и процессуальные (ст. 139 УПК) основания избрания данной наиболее строгой меры пресечения.

Необходимо произвести расширение пределов и предмета оценки, имеющей место при избрании конкретной меры пресечения. Это позволит снизить количество необоснованных решений судов о санкционировании ареста, когда к тому отсутствуют законные основания, указанные в ст. 139 УПК РК, а также не установлена или не подтверждена причастность лица к совершенному преступлению. Данный вопрос напрямую коррелирует с положениями международных договоров, в соответствии с которыми Казахстан взял на себя определенные обязательства в части проверки законности длительного (свыше суток) лишения свободы. Предлагается включить в исчисление срока ареста срок ознакомления обвиняемого с делом. Ознакомление с материалами уголовного дела как вид процессуальной деятельности обеспечивает конституционное право арестованного обвиняемого на защиту от уголовного преследования в рамках досудебного

3 Рагулин А.В. Право требовать запрещения вызова адвоката на допрос и производства его допроса в качестве свидетеля: проблемы регламентации и практической реализации // Вестник адвокатской палаты Республики Башкортостан. – 2012. № 1 (28). – С. 55–59.

4 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.

5 Рагулин А.В. Правовая регламентация взаимодействия адвоката-защитника и частного детектива нуждается в совершенствовании // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 6 (25). – С. 126–128.

производства. Прерывание срока ареста в данном случае не сопряжено с приостановлением производства по делу. Ныне действующая норма ущемляет право обвиняемого на неприкосновенность личности, увеличивает разумные сроки ареста при досудебном производстве, допуская их продление без санкции суда.

Предлагается из части четвертой статьи 192 УПК исключить статью 141-1 («Пытки») УК РК и закрепить обязанность их расследования за прокурором. Отнесение расследования пыток к исключительной подсудственности органов прокуратуры соответствует их предназначению – обеспечению законности предварительного следствия и дознания, повысит эффективность и объективность расследования, обеспечит неотвратимость наказания виновных должностных лиц органов уголовного преследования.

Время ознакомления обвиняемого и его защитника с материалами уголовного дела предлагается учитывать при исчислении срока предварительного следствия. Данная норма препятствует искусственному затягиванию расследования, увеличению его сроков за счет ознакомления, тем более что в новой редакции УПК РК вводятся разумные сроки расследования.

Предлагается изменить редакцию и совершенствовать проект статьи, разработанной межведомственной рабочей группой при Генеральной прокуратуре о депонировании отдельных видов следственных действий. По аналогии помимо допроса предлагается депонирование других следственных действий, которые позже нельзя будет воспроизвести ввиду отсутствия потерпевшего, свидетеля.

Мы также выступаем за исключение института возвращения дела судом для дополнительного расследования. Отказ от института возвращения дела для дополнительного расследования повысит роль суда, дисциплинирует стороны, повысит качество предварительного расследования и усилит состязательность на досудебном производстве.

В целях обеспечения равноправия сторон в надзорной инстанции предлагается упразднить особый статус и порядок рассмотрения надзорного протеста прокурора, так как существующий порядок создает явный дисбаланс в части права на обжалование приговора, вступившего в законную силу. По статье 365 Уголовного кодекса РК «Воспрепятствование законной деятельности адвокатов и иных лиц по защите прав, свобод и законных интересов человека и гражданина, а также оказанию юридической помощи физическим и юридическим лицам»

предлагается закрепить форму уголовного преследования в виде частного обвинения, чтобы обеспечить ее действенность и оградить решение вопроса о целесообразности уголовного преследования по данной статье от произвольного усмотрения органов уголовного преследования. Несмотря на то, что, казалось бы, публичный порядок обеспечивает более высокую степень защищенности законной деятельности адвоката, практика настолько красноречива, что ни о каком эффективном применении данной нормы говорить не приходится.

Складывается совершенно парадоксальная ситуация, при которой профессиональное адвокатское сообщество само выступает за отнесение данного состава к делам частного обвинения, где адвокаты смогут вне дискреционного усмотрения органов уголовного преследования самостоятельно отстаивать свои права. В силу их (адвокатов) принадлежности к профессиональной и компетентной среде юристов данное решение представляется разумным и оправданным. Также предлагаем статью 186 УПК РК дополнить частью четвертой, которой установить, что уголовное дело в отношении адвоката возбуждается прокурором. Данная мера позволит обеспечить повышенную объективность принятия указанного процессуального решения, не претендуя на пресловутую неприкосновенность. Кроме того, весьма похожий подход, например, реализован в УПК Российской Федерации.

Изложенные предложения, надеемся, найдут свое отражение в проекте нового уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан. И пусть не сделают революции в законодательном смысле, но обеспечат некоторый баланс и состязательность уголовного судопроизводства.

Пристатейный библиографический список

1. Карякин Е.А. Реализация принципа состязательности в уголовном судопроизводстве (вопросы теории и практики): монография. – Оренбург: ГОУ ОГУ, 2005.
2. Рагулин А.В. Право требовать запрещения вызова адвоката на допрос и производства его допроса в качестве свидетеля: проблемы регламентации и практической реализации // Вестник адвокатской палаты Республики Башкортостан. – 2012. № 1 (28).
3. 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).
4. Рагулин А.В. Правовая регламентация взаимодействия адвоката-защитника и частного детектива нуждается в совершенствовании // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 6 (25).

Рагулин А.В.

РЕГЛАМЕНТАЦИЯ ПРАВ АДВОКАТА-ЗАЩИТНИКА НА ОПРОС ЛИЦ С ИХ СОГЛАСИЯ И ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ПРЕДМЕТОВ И ДОКУМЕНТОВ

В статье рассмотрены актуальные вопросы регламентации и реализации важнейших деятельностных профессиональных прав адвоката-защитника.

Ключевые слова: адвокат-защитник, права адвоката, опрос лиц с их согласия, представление предметов и документов.

Ragulin A.V.

REGULATION OF THE RIGHTS OF ADVOCATE-DEFENDER ON POLL OF PERSONS AND REPRESENTATION OF SUBJECTS AND DOCUMENTS

In article topical issues of a regulation and realization of the major activity professional rights of the lawyer defender are considered.

Keywords: advocate-defender, rights of advocate-defender, poll of persons, representation of subjects and documents.

Право адвоката-защитника опрашивать с их согласия лиц, предположительно владеющих информацией, относящейся к делу, по которому адвокат оказывает юридическую помощь, и право собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, предусмотрены в ч. 3 ст. 6 Федерального Закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (далее – ФЗ «Об адвокатуре») и ст. 86 УПК РФ.

Формулировка, использованная при конструировании п. 2 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», позволяет утверждать, что опрос может быть произведен в отношении любого лица, дающего согласие на его производство, в целях установления или проверки любых обстоятельств, имеющих значение для уголовного дела, т.е. входящих в предмет доказывания, содержание которого обозначено в ст. 73 УПК РФ. Кроме того, из положений действующего законодательства следует, что адвокат вправе фиксировать результаты опроса, но не обязан это делать. В литературе обоснованно обращается внимание на то, что опрос, проводимый адвокатом, мог бы создать альтернативу допросу лица следователем (дознавателем), а необходимость такой альтернативы обусловлена тем, что следователи нередко отказывают в допросе лица, о проведении которого ходатайствует защитник, по надуманным основаниям, а получение показаний данного лица в суде может быть по каким-либо причинам проблематично.¹ Вместе с этим результаты опроса не могут приравниваться к свидетельским показаниям, а могут выступать лишь в качестве источника доказательственной информации.

¹ См.: Кронов Е.В. Опрос защитником-адвокатом лиц с их согласия: сущность, значение, механизм производства // Адвокатская практика. – 2008. – № 3. – С. 2–5.

Представляется, что основной проблемой в регламентации производства адвокатом-защитником опроса лица с его согласия является отсутствие минимальной законодательной регламентации формы фиксации результатов опроса, на что неоднократно указывалось в юридической литературе.² При этом отмечается, что фиксация результатов опроса должна осуществляться в письменной форме путем оформления протокола, который должен содержать следующие реквизиты и сведения: название «Протокол опроса лица с его согласия»; дата, время и место проведения опроса; паспортные данные опрашиваемого лица, а также сведения об адвокате, осуществляющем опрос, с указанием наименования его адвокатского образования; сведения о разъяснении опрашиваемому лицу положений законодательства, согласно которым защитник-адвокат может производить опрос, а также указание на добровольный характер его проведения; отметка о том, что лицо поставлено в известность о возможном использовании изложенной им информации по конкретному делу, а также о том, что оно может быть допрошено в рамках производства по делу; сведения, сообщенные лицом, изложенные в виде свободного рассказа или ответов на конкретные вопросы; запись, произведенная опрашиваемым лицом, о том, что протокол им прочитан лично, записан с его слов верно, дополнений оно не имеет. Подпись опрашиваемого лица в конце протокола и на каждой его странице; подпись адвоката, производившего опрос.³

² Карякин Е. Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление функции защиты в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. – 2003. – № 6. – С. 57; Осьмаков М.А. О некоторых проблемах адвокатского расследования // Российский следователь. – 2007. – № 9. – С. 8.

³ См.: Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Возможности защиты в рамках нового УПК России. – М., 2003. – С. 63.

Схожие рекомендации по оформлению результатов опроса разработаны Федеральной палатой адвокатов РФ, в которых отмечено, что акт опроса должен соответствовать требованиям, предъявляемым ст. 189–191 УПК РФ к протоколу допроса свидетеля.⁴ Вместе с этим приведенные и названные выше рекомендации не носят нормативного характера и являются выработанными наукой и практикой. К тому же законодательно не установлена обязанность лиц, осуществляющих производство по уголовному делу, использовать доказательственную информацию, полученную в ходе опроса, в целях процессуального доказывания. Отсутствие нормативного характера положений, связанных с производством опроса, по нашему мнению, негативно влияет на возможность реализации соответствующего правомочия на практике и на возможность использования результатов опроса в процессе доказывания. Это подтверждается и тем, что лишь 47 % из 500 опрошенных адвокатов прибегали к использованию соответствующего профессионального права, в то время как очевидно, что потребность в получении информации о каком-либо событии, связанном с делом, по которому адвокат оказывает юридическую помощь, имеется практически по каждому делу. При этом нельзя не отметить и позицию Конституционного суда РФ о том, что само по себе отсутствие процессуальной регламентации формы проведения опроса и фиксации его результатов не может рассматриваться как нарушение закона и основание для отказа в приобщении результатов к материалам дела. Полученные защитником в результате опроса сведения могут рассматриваться как основание для допроса указанных лиц в качестве свидетелей или для производства других следственных действий, поскольку они должны быть проверены и оценены, как и любые другие доказательства, с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности – с точки зрения достаточности для разрешения уголовного дела.⁵

Следует заметить, что адвокат-защитник, на основании положений п. 6 и п. 7 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», вправе применять при производстве опроса технические средства фиксации информации, которые могут быть использованы как в дополнение к письменной форме фиксации

результатов опроса, так и вместо нее, однако опять же, прямого указания в тексте ФЗ «Об адвокатуре» на этот счет не содержится. Полагаем, что в целях совершенствования правовой регламентации права адвоката-защитника на проведение опроса лица с его согласия, вышеназванные проблемы должны быть устранены путем внесения в текст ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» дополнений, обязывающих должностных лиц, осуществляющих производство по уголовному делу, использовать доказательственную информацию, содержащуюся в протоколе опроса в процессе доказывания, а также законодательно устанавливающих соответствующую форму фиксации результатов произведенного опроса и перечень сведений, которые подлежат фиксации. Следует отметить, что еще одним способом собирания адвокатом-защитником доказательственной информации, предусмотренным ФЗ «Об адвокатуре», является возможность собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

В Методических рекомендациях, разработанных ФПА РФ, указывается, что предметы, имеющие значение для дела в уголовном судопроизводстве, органы предварительного расследования получают путем производства выемки, а адвокату такого полномочия законодательством не предоставлено. Поэтому, в случае необходимости, получение таких предметов рекомендуется осуществлять только на добровольной основе и на основании согласия владельца. Как представляется, с этой целью адвокату необходимо получить письменное заявление от владельца данного предмета. В заявлении рекомендуется отразить, помимо обязательных реквизитов, следующее: когда и при каких обстоятельствах был получен им данный предмет, его отличительные признаки, в связи с чем он желает передать его адвокату и для каких целей, сделана ли эта выдача добровольно и не применялись ли к нему какие-либо меры принуждения с целью получения предмета. При необходимости подпись лица, подавшего заявление, рекомендуется нотариально засвидетельствовать. Процедура добровольной передачи предмета от владельца к адвокату может осуществляться в присутствии граждан в числе не менее двух, которые должны засвидетельствовать факт и результаты добровольной передачи предмета. При необходимости использования специальных познаний при получении или осмотре предмета для участия в данном процессуальном действии может быть приглашен специалист. Данное полномочие установлено п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК

4 Методические рекомендации по реализации прав адвоката, предусмотренных п. 2 ч. 1 ст. 53, ч. 3 ст. 86 УПК РФ и п. 3 ст. 6 Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» // Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. – М.: Информ-Право, 2010. – С. 573–577.

5 Определение Конституционного суда РФ от 04.04.2006 г. № 100-О // Вестник Конституционного суда РФ. – 2006. – № 4.

РФ. Ход и результаты получения предмета могут фиксироваться с помощью фото-, аудио- и видеотехники. После получения предмета адвокату в присутствии его владельца и свидетелей, при необходимости с участием специалиста, необходимо детально осмотреть предмет и выявить его характерные приметы и имеющиеся следы. Оформление получения предметов и документов, согласно рекомендациям, следует осуществлять путем составления протокола получения предмета, в котором следует отражать такие сведения как время и место получения предмета, кто проводил это действие, на основании чего был получен предмет, с участием каких лиц производились его получение и осмотр, какие технические средства применялись, какой предмет был получен, результаты его осмотра, упаковывания и опечатывания. С документом рекомендуется ознакомить всех участников выдачи и получения предмета с разъяснением права сделать дополнения и замечания, после чего следует его подписание. К протоколу прилагаются полученный предмет, аудио-, фото- и видеоматериалы, фиксирующие ход и результаты его проведения, о чем делается отметка в самом протоколе. Несмотря на несомненную значимость приведенных выше рекомендаций, отметим, что нормативная регламентация права на получение адвокатом предметов и документов в п. 3 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» и п. 1 ч. 3 ст. 86 УПК РФ является поверхностной, поскольку законодательно не закрепляется, каким образом следует производить оформление процедуры получения адвокатом соответствующих предметов и (или) документов и их последующее представление должностным лицам, осуществляющим производство по уголовному делу. Также не определены субъекты, правомочные осуществлять передачу предметов и (или) документов адвокату. Отсутствие вышеперечисленных положений в тексте закона создает риск последующего непризнания полученного адвокатом-защитником предмета в качестве вещественного доказательства, т.к. положения УПК РФ достаточно строго подходят к вопросам процессуального оформления процедуры выемки.⁶ Во многом именно поэтому 97 % из 500 опрошенных адвокатов указали на то, что при необходимости осуществить получение каких-либо предметов и использовать их в качестве вещественных доказательств по уголовному делу они не пользовались правом, предоставленным п. 3 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», а обращались с ходатайствами к следователю о производстве выемки в порядке,

установленном положениями УПК РФ. Лишь 3 % опрошенных адвокатов пользовались правом на получение предметов или документов. Кроме того, необходимо отметить, что профессиональное право, предусмотренное в тексте п. 3 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», на наш взгляд, следует понимать несколько шире, чем оно трактуется в вышеприведенных Методических рекомендациях, поскольку в данной норме указывается, что адвокат вправе собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны не только вещественными доказательствами, но и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации. Исходя из этого следует, что документы, о представлении и последующем возможном использовании которых в качестве доказательств идет речь в данной норме, могут быть как полученными на основании п. 3 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре», так и полученными на основании реализации иных профессиональных прав, предусмотренных в п. 1 и п. 2 ч. 3 ст. 6, т.е. в рамках ответа на запрос и в рамках опроса лиц с их согласия. Эта позиция подтверждается и тем, что в иных положениях ст. 6 ФЗ «Об адвокатуре» не приводится прямого указания на возможность представления полученных в результате ответов на запрос и опроса лиц с их согласия документов должностным лицам, осуществляющим производство по делу. Таким образом, право на представление полученных предметов и документов для использования в качестве вещественных доказательств следует отличать от права на представление документов, собранных в рамках реализации иных правомочий, осуществленных в ходе реализации профессионального права адвоката-защитника на непосредственное участие в доказывании.

Пристатейный библиографический список

1. Кронов Е.В. Опрос защитником-адвокатом лиц с их согласия: сущность, значение, механизм производства // Адвокатская практика. – 2008. – № 3.
2. Карякин Е. Допустимость доказательств, собранных защитником, и осуществление функции защиты в уголовном судопроизводстве // Российская юстиция. – 2003. – № 6.
3. Осьмаков М.А. О некоторых проблемах адвокатского расследования // Российский следователь. – 2007. – № 9.
4. Паршуткин В.В. Опрос адвокатом лиц с их согласия // Возможности защиты в рамках нового УПК России. – М., 2003.
5. Сборник нормативных актов и документов / Под общ. ред. Е.В. Семеняко, Ю.С. Пилипенко. – М.: Информ-Право, 2010.
6. Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. – М.: Юрлитинформ, 2004.

⁶ См.: Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. – М.: Юрлитинформ, 2004. – С. 79.

Киселев П.П.

НОРМАТИВНО-ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ АДВОКАТСКОГО УГОЛОВНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

В статье на основе анализа нормативных материалов и научных работ рассмотрены нормативно-правовые основы адвокатского уголовного расследования.

Ключевые слова: адвокат-защитник, права адвоката, адвокатское уголовное расследование.

Kiselyov P.P.

STANDARD AND LEGAL BASES OF ADVOCATE CRIMINAL INVESTIGATION

In article on the basis of the analysis of standard materials and scientific works standard and legal basics of advocate`s criminal investigation are covered.

Keywords: advocate, rights of the advocate, advocate`s criminal investigation.

Значение доказательств в системе общественных отношений вообще и доказательственного аспекта в юридическом статусе адвоката в частности трудно переоценить, потому как в философском смысле «весь мир состоит из доказательств: один доказывает, что такая-то мысль верна, другой – что она ошибочна».¹

Мысль, для обоснования истины или ложности которой строится доказательство, С.И. Поварнин называет тезисом доказательства, который автором «теории спора»² сравнивается с королем в шахматной игре: «Хороший шахматный игрок всегда должен иметь в виду короля, какой бы ход ни задумывал. Так и хороший доказыватель в споре или без спора: о чем он в доказательстве ни заводит речь, всегда, в конечном счете, имеет одну главную цель – тезис, его оправдание или опровержение...».³

Выявление теоретических аспектов выбранной темы целесообразно начать с анализа реальных (материальных) и формально-юридических⁴ источников адвокатского права на доказывание, поскольку уяснение нормы (ее отраслевой принадлежности), подлежащей применению, всегда является первым шагом в юридическом анализе.⁵

В смысле позитивного права адвокатская деятельность и адвокатура в целом, как следует из положения части 1 статьи 4 Федерального закона № 63-ФЗ от 31 мая 2002 года,⁶ основывается на Конституции Российской Федерации. Именно Конституция в статье 2 провозглашает высшей ценностью права и свободы человека, защита которых

представляет собой цель адвокатской деятельности (часть 1 ст. 1 Федерального закона № 63-ФЗ).

При этом она гарантирует каждому оказание квалифицированной юридической помощи тогда, когда этого потребует защита правового статуса личности, основу которого составляет совокупность конституционных прав и свобод человека и гражданина (статьи 17–63 Конституции РФ).

Государство не только декларирует весь комплекс конституционных прав и свобод человека и гражданина, но и признает за собой обязанность их соблюдения и всемерной защиты.

Очевидно, что механизмы такой защиты должны быть адекватны ее объекту, что предполагает необходимость их конституционного закрепления. Статья 18 Основного закона гарантирует, что права и свободы обеспечиваются правосудием, однако именно в области его отправления, в основном по уголовным делам, проявляются наиболее уязвимые стороны основных (личных) прав и свобод человека. Это объясняется тем, что правосудие, с одной стороны – это государственная гарантия защиты прав, а с другой – система легитимных механизмов их ограничения и лишения, что наиболее ощутимо в уголовной юстиции, наделенной властью лишать любого человека свободы – одной из главных ценностей его жизни. Поэтому, наряду с установлением в статьях 18, 19, 45, 46 и 123 Конституции РФ гарантий судебной защиты, часть 1 статьи 48 Конституции РФ обеспечивает каждому право на получение квалифицированной юридической помощи, призванное защитить правовой статус личности, основу которого составляют конституционные права и свободы человека и гражданина, от всевозможных нарушений при отпадении правосудия.

В развитие указанных конституционных положений Федеральный закон «Об адвокатской деятельности и адвокатуре» от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ устанавливает в части 1 статьи 1, что адвокатской деятельностью является квалифицированная

1 Поварнин С.И. – Искусство спора // Серия: Мир вокруг нас. Издательство: Терра-Книжный клуб, Северо-Запад, 2009. – С. 4.

2 Поварнин С.И. Указ. соч. – С. 3.

3 Там же. – С. 4.

4 Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 52–53.

5 Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2000. – С. 6.

6 Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации».

юридическая помощь, оказываемая на профессиональной основе лицами, получившими статус адвоката в установленном законом порядке.

Целями такой деятельности, как уже упоминалось, названы: защита прав, свобод и интересов физических и юридических лиц, а также обеспечение доступа к правосудию, для достижения которых адвокат, согласно пункту 3 части 3 статьи 6 Федерального закона «Об адвокатуре» наделен полномочиями собирать и представлять предметы и документы, которые могут быть признаны вещественными и иными доказательствами, в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Профессиональную деятельность адвоката, связанную с собиранием и представлением им доказательств в рамках оказания юридической помощи доверителю и, как правило, по его поручению, в научных и в правоприменительных кругах, наряду с непосредственным участием адвоката в доказывании⁷ иногда называют «адвокатским расследованием».⁸

Однако указанное определение ни в одном из нормативно-правовых актов прямо не закреплено, что вызывает потребность в исследовании вопросов, касающихся источников подобной адвокатской деятельности, и определение на основе их анализа ее юридической природы, которую характеризуют цели, специфические свойства, отличия и сходства с расследованием, осуществляемым обвинительной властью, лежащие в основе представления о квалифицированности как общего свойства уголовного преследования и защиты от него.

Нормативные основы деятельного участия адвоката в профессиональном познании и юридические алгоритмы, построением которых сопровождается предпринимаемый в этой связи аналитический процесс, прежде всего, обнаруживаются в плоскости общих правовых принципов, связанных с оценкой обществом нравственно-правовых категорий свободы, равноправия, справедливости, правды.

Поэтому источники концепции адвокатского расследования допустимо рассматривать через призму принципиальных основ правовой системы, имеющих связь с опирающимися на них и развивающимися их конституционными гарантиями.

7 Рагулин А.В. О праве адвоката на собирание предметов и документов, служащих основой для формирования доказательств в уголовном процессе // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 5 (24). – С. 112–114.

8 Баранов Д.П., Смоленский М.Б. Адвокатское право (адвокатская деятельность и адвокатура в России): учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Академцентр; Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°».

Термин «принцип» входит в категориальный аппарат науки многих отраслей российского права, включая конституционное, адвокатское, процессуальное, а также международное право, но прежде всего он является одной из категорий государственно-правовой теории.⁹

Под принципом (от лат. *principium* – основа, начало) в общенаучном смысле принято понимать основное, исходное положение какого-либо учения, руководящую идею или основное, базовое правило для какой-либо деятельности.

Принципиальные свойства адвокатского расследования должны формулироваться, главным образом, в процессе толкования конституционных положений, поскольку именно они изначально регламентируют равноправие сторон судопроизводства, а значит и равные возможности в области доказывания.

В теории конституционного права как фундаментальной отрасли понятие «принцип» определяется спецификой абстрактного конституционного регулирования общественных отношений в самых различных областях и в определенной степени отождествляется с нормами, образующими состав Основного закона государства.

Характеристике источников права, к числу которых относятся и правовые принципы, традиционно отводится серьезное внимание в науке,¹⁰ поскольку эта категория является элементом содержания всех отечественных юридических отраслей. В общей теории права принято различать понятия источника в материальном и формальном, юридическом смысле, что, кстати, восприняла и конституционная наука.¹¹

По мнению М.М. Рассолова: «Возникновение отдельных норм права обусловлено определенными явлениями общественной жизни, которые в совокупности, составляя причину возникновения норм права, образуют то, что можно назвать источником права». Источником права в этом смысле автор называет материальные условия жизни общества.¹² Однако, развивая свою позицию, М.М. Рассолов пишет: «Понятие источника права в юридических науках употребляется еще и в другом, специально

9 Кузнецова Е.Н. Курс лекций по теории государства и права. – Самара: Самарский государственный университет, 2001. – URL: http://lawers-ssu.narod.ru/subjects/theory/lect_TGP.htm; Лазарев В.В. Общая теория права и государства: учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2001. – С. 72–74.

10 См.: Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – 760 с.

11 Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2000. – С. 18.

12 Рассолов М.М. Теория государства и права: учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. – С. 186.

юридическом смысле. Под источником права в этом смысле принято понимать ту особую специфическую форму, в которую облакаются нормы права». ¹³ В завершение ученый приходит к выводу, что «норма права может быть выражена не только в актах государственных органов, но и в определенном фактическом порядке общественных отношений, поскольку этому порядку придается нормативное значение, которое санкционируется органами государства». ¹⁴

Действительно, сформулированный в научной среде правовой принцип на протяжении определенного периода времени может и не находить прямого отражения в действующем законодательстве. Например, принцип презумпции невиновности, не будучи прямо закрепленным в российском законодательстве до 1992 года (момент внесения изменений и дополнений в Конституцию РСФСР), фактически определял правила доказывания виновности, которыми руководствовались органы уголовной юстиции уже в 70-х – 80-х годах прошлого века. Не находилось места этому кардинальному принципу, определяющему саму суть, ядро, характер именно уголовного судопроизводства, ¹⁵ в системе уголовно-процессуального законодательства до принятия в 2001 году нового УПК России, в то время как в Конституции он уже был закреплен. Однако остается некоторая неопределенность в разграничении правового принципа от нормы права.

Общей правовой теорией выработано определение нормы права, под которой принято понимать «провозглашенное различными способами, очевидное для всех по результатам общественной практики и потому обязательное руководящее начало построения устойчивых отношений между лицами с целью их самореализации путем применения в конкретных делах данных от природы способностей». ¹⁶

С научной точки зрения выглядит оправданным признание свойства правового регулятора не только за буквально закрепленными в законе, но и ожидающими такого закрепления правилами – началами построения устойчивых отношений между лицами, как их именуют теоретики права. ¹⁷

13 Там же. – С. 186.

14 Рассолов М.М. Теория государства и права: учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. – С. 187.

15 Савицкий В.М. Права человека: учебник для вузов / Ответственный редактор – член-корр. РАН, доктор юридических наук Е.А. Лукашева. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА • М, 1999. – С. 345.

16 Рассолов М.М., Лучин В.О., Эбзеев Б.С. Указ. соч. – С. 228.

17 Там же. – С.288

На практике же современным обществом по-настоящему устойчивыми считаются лишь отношения, положенные на правовую основу – правоотношения, чем продиктована тенденция усиления процесса правовой формализации и расширения правового поля, то есть постоянного вовлечения в его плоскость все новых и новых сфер общественной жизни.

Отсутствие стройности различных суждений на тему соотношения принципа и нормы права показывает, что по сути эти явления однородны, а их функции до определенной степени синергетичны. Тем более, обе анализируемые категории вторичны по отношению к нормам морали – исторически общему, исходному и объединяющим их источнику, чем объясняется отсутствие идейных противоречий между ними.

Соотношение морали и права представляет собой отдельный предмет изучения юридических наук, ¹⁸ в том числе теории государства и права. ¹⁹ При этом право расценивается либо как проявление самой морали: правды, справедливости, равенства, свободы, ²⁰ либо как средство их достижения. ²¹ В.К. Самигуллин предлагает исследовать право как справедливость, добро, противопоставляя его неправу – несправедливости, злу. ²²

Фактически существующее подразделение источников права на первичные (материальные, социальные и иные), к области которых вероятно относится и морально-нравственная составляющая общественной жизни, и вторичные (формально-юридические) источники, где первые обуславливают само существование и содержание вторых, – констатирует М.Н. Марченко. ²³

Подобный симбиоз признает и В.В. Лазарев: «Являясь приоритетными типами нормативного регулирования, право и мораль оказывают взаимное влияние друг на друга». ²⁴

Мораль относится к так называемым реальным (материальным) источникам права, ²⁵ поскольку изначально «живет» вне юридической формы, но

18 См.: Цыбулевская О.И. Нравственные основания современного российского права. – Саратов, 2004.

19 Марченко М.Н. Теория государства и права: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2004. – С. 455–461.

20 Манджиев Т.Б. Право как всеобщая форма бытия идеального в обществе // Правоведение. – 1997. – № 3. – С. 34.

21 Мартышин О.В. Нравственные основы теории государства и права // Государство и право. – 2005. – № 7. – С. 7.

22 Самигуллин В.К. О понятии права // Правовая политика и правовая жизнь. – 2002. – № 1. – С. 30.

23 Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 53.

24 Лазарев В.В. Общая теория права и государства: учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2001. – С. 66–67.

25 Марченко М.Н. Источники права: учебное пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. – С. 52–53.

при этом служит фактором, порождающим (формирующим) позитивное право.

Распространение юридического мировоззрения, пишет Н.В. Колотова, сыграло решающую роль в том, что естественные права человека были подняты обществом на высоту незыблемых нравственных принципов. В правах человека, по ее мнению, происходит позитивация основных (в том числе моральных) ценностей цивилизованного общества. Конкретизируя свою мысль, автор называет права человека связующим звеном между правом и моралью.²⁶

В свою очередь, позитивное закрепление прав не отвергает нравственного аспекта их содержания, и взаимосвязь (взаимообусловленность) права и нравственности при этом не исчезает. Прирожденные естественные права становятся правами в юридическом смысле, не меняя при этом своего нравственного значения.²⁷

Приобретая же позитивно-правовую силу посредством конституционализации, естественные права и свободы человека (естественное право) одновременно с этим остаются категорией естественного права, которое, исходя из юридической иерархии соответствующих конституционных положений, имеет исходное и приоритетное значение, то есть права человека в России – это его конституционные права, в том числе право на защиту в широком его понимании.

Н.В. Колотова, кстати, тоже считает, что моральные ценности через международную систему прав человека распространяются и укореняются в национальном праве не иначе как в качестве субъективных конституционных прав.²⁸

В этой связи Конституция приобретает особое, исключительное значение в деле обеспечения прав человека, защищать которые призван и адвокат.

Существующие подходы к юридизации морали свидетельствуют о процессе конвергенции естественной правовой теории и позитивизма под эгидой их объединения одной общей справедливостью. В этой связи мораль предстает как некий универсальный критерий, связанный с дуалистическим пониманием естественных прав человека (естественно-правовая теория), и основополагающих принципов права (в теории юридического позитивизма).

По замечанию О.В. Мартышина: «Наряду с нормами, в современных правовых системах все

большую роль играют общие или фундаментальные принципы».²⁹

Согласно разъяснению Пленума Верховного суда России: «Под общепризнанными принципами международного права следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо. Содержание указанных принципов и норм международного права может раскрываться, в частности, в документах Организации Объединенных Наций и ее специализированных учреждений».³⁰

Именно такие основополагающие незыблемые (общепризнанные)³¹ принципы и нормы естественно-правовой природы воплотила в себе Всеобщая декларация прав человека 1948 года,³² став первым глобальным определением прав, присущих всем членам человеческой семьи, как основы свободы, справедливости и всеобщего мира (Преамбула).³³

Кстати, тезис об однородности правовых принципов и норм подтверждается и при изучении процитированного выше Постановления Пленума Верховного суда, где под общепризнанной нормой международного права понимается правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного. То есть, общепризнанная норма международного права – это юридически обязательное правило поведения, а общепризнанный принцип – основополагающая императивная норма международного права. В итоге, принцип есть норма.

Поскольку целью адвокатской деятельности является защита прав, свобод и интересов доверителя, коим в условиях уголовного судопроизводства, в котором адвокат выступает в качестве защитника обвиняемого, является личность, то есть человек, то юридические источники прав человека, включая общепризнанные принципы и нормы международного права, следует признать источниками

29 Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. – 2003. – № 6. – С. 21.

30 Постановление Пленума Верховного суда Российской Федерации «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» от 10.10.2003 г. – № 5.

31 Согласно части 4 статьи 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права являются составной частью правовой системы Российской Федерации.

32 Международное публичное право. Сборник документов / Сост. и авт. предисл. К.А. Бекашев, Д.К. Бекашев. – М.: Проспект, 2009. – С. 221.

33 Всеобщая декларация прав человека – рекомендованный для всех стран – членов ООН документ, принятый на третьей сессии Генеральной Ассамблеи ООН резолюцией 217 А (III) от 10 декабря 1948 года во Дворце Шайо в Париже.

26 Колотова Н.В. Права человека: учебник для вузов / Ответственный редактор – член-корр. РАН, доктор юридических наук Е.А. Лукашева. – М.: Издательская группа НОРМА-ИНФРА • М, 1999. – С. 268–269.

27 Колотова Н.В. Указ. соч. – С. 269, 271.

28 Там же. – С. 269.

адвокатской деятельности в целом и адвокатского расследования в частности.

Статья 10 Декларации провозгласила, что «Каждый человек, для определения его прав и обязанностей и для установления обоснованности предъявленного ему уголовного обвинения, имеет право на основе полного равенства на то, чтобы его дело было рассмотрено гласно и с соблюдением всех требований справедливости независимым и беспристрастным судом».

Признаки некой процессуальной формы полного равенства как условия справедливости суда прослеживаются в статье 11 (части 1) Декларации: «Каждый человек, обвиняемый в совершении преступления, имеет право считаться невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена законным порядком путем гласного судебного разбирательства, при котором ему обеспечиваются все возможности для защиты».

По замечанию В.А. Карташкина, «Конституция РФ 1993 года признала естественный характер прав человека, закрепив положение о том, что «основные права и свободы человека неотчуждаемы и принадлежат каждому от рождения» (часть 2 ст. 17). Конституция закрепила также практически весь комплекс прав и свобод человека, содержащихся во Всеобщей декларации».³⁴

Конституция России пронизана духом Декларации о правах человека, на что непосредственно указано в части 4 статьи 15: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы».

В части 1 статьи 17 Конституции также демонстрируется ее приверженность к общепризнанным международным правовым принципам и нормам: «В Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с настоящей Конституцией».

Учитывая несомненную принадлежность конституционного права на квалифицированную юридическую помощь к общей системе прав человека, оправданным обоснованием ее моральных начал выглядят суждения Н.В. Колотовой, полагающей, что «моральные нормы лежат в основании прав человека, в области которых взаимоотношение морали и права характеризуется однонаправленностью их действий, что не противоречит наличию

специфических функций у каждой из данных ценностно-нормативных систем».³⁵

Возможность однонаправленности, по теории Н.В. Колотовой, заложена в формировании такого взаимодействия, при котором право и мораль сопрягаются друг с другом наиболее общими родственными сторонами. Право в этом случае выступает в своем отличии от закона, а мораль – как область этики гражданского общества, где на первый план выдвигаются ценности автономии личности, соблюдение обязательств, верность долгу и другие правила сосуществования людей в политическом обществе.³⁶

Конституционное право на квалифицированную защиту со всей очевидностью отражает идею равенства и автономии личности (включая равенство в области доказательственного права), квалифицируемую в науке о правах человека как «моральное требование равного уважения ко всем людям независимо от исповедуемых ими убеждений, возводимое в ранг правовой ценности, эквивалентной правовому равенству».³⁷

Именно этим общим для права и морали требованием равенства в области прав человека представители одноименной науки объясняют их однонаправленное и взаимодополняющее воздействие: «Оба этих понятия (моральное равенство и правовое равенство) образуют центральное звено взаимодействия рассматриваемых систем, вокруг которого концентрируются ценности, имеющие одинаково важный смысл и для морали, и для права – свобода, справедливость, автономия».³⁸

Даже такая формализованная правовая категория специального характера как допустимость доказательств некоторыми представителями профессуры ставится в зависимость не только от требований закона, но и от их (доказательств) соответствия общепризнанным нормам нравственности и истинности.³⁹

Надо сказать, что сама идея адвокатского расследования в основе своей также зиждется на моральной, а не только юридической составляющей доверительных отношений адвоката с лицом, в целях защиты прав которого им осуществляется расследование.

34 Карташкин В.А. Права человека: учебник для вузов / Ответственный редактор – член-корр. РАН, доктор юридических наук Е.А. Лукашева. – М.: Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М, 1999. – С. 474.

35 Колотова Н.В. Права человека: учебник для вузов / Ответственный редактор – член-корр. РАН, доктор юридических наук Е.А. Лукашева. – М.: Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М, 1999. – С. 272–273.

36 Там же. – С. 272.

37 Там же. – С. 273.

38 Там же. – С. 273.

39 Рыжаков А.П. Уголовный процесс: учебник для вузов. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА–ИНФРА • М), 2002. – С. 220, 231.

Дело в том, что собрание и представление доказательств – это право, а не автоматическая (безусловная) обязанность адвоката, который, как сказал А.А. Власов, вправе сам определять объем, последовательность и этап представления собранных им доказательств, исходя из тактики защиты, которую он выработал по уголовному делу и предварительно согласовал с подзащитным.⁴⁰ К тому же искомых адвокатом средств доказывания может и не быть в природе, хотя сведения об их существовании обязывают его честно, разумно и добросовестно отстаивать права и законные интересы доверителя всеми не запрещенными законодательством Российской Федерации средствами (пункт 1 ч. 1 ст. 7 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре»).

Требования честности, разумности и добросовестности, как условия адвокатской деятельности, представляют собой пример нормативного закрепления моральных ценностей, лежащих в основе общих правовых принципов достоинства и свободы личности, справедливости, добра.

Поэтому адвокатское расследование – это особая нравственно-правовая категория, понимание которой не ограничивается осмыслением исключительно юридических мотивов действий адвоката по собиранию контрдоказательств, совершаемых им, как правило, только при неподдельной заинтересованности в судьбе доверителя, сопереживании и сочувствии к его страданиям, человеческом небезразличии.

Значимость осмысления морального влияния на становление конституционного равенства всех перед законом и судом, одним из средств достижения которого выступает право каждого на квалифицированную юридическую помощь, поскольку обеспечивает адекватный, «равный» уровень защиты от квалифицированного (профессионального) уголовного преследования, связана с тем, что «истории известен только один вид действительного равенства – формальное правовое равенство, на котором базируется правовая система».⁴¹

«Исторически право потому и возникло, что в новых условиях иные регуляторы, в том числе и мораль, оказывались недостаточными для обеспечения организованности и порядка, защиты производителя от частного случая и произвола. Свойства права отвечали этому требованию», – так прослеживается историческая взаимосвязь морали и права по соображениям В.В. Лазарева, который

в их развитие продолжает: «Право в отличие от морали, религии не терпит конкуренции. Партикуляризм в принципе не приемлем для правовой системы. Юридическая система (как и система права) поэтому может быть только одна в обществе».⁴²

В одном логическом ряду с приведенным тезисом стоит понимание правовой формализации моральной идеи равенства прав человека, как единственно возможного способа создания действительного механизма социальной регуляции, поскольку, как пишет В.С. Нерсесянц: «Право без прав человека так же невозможно, как и права человека без и вне права».⁴³

Вместе с тем, необходимо рассматривать формализацию той или иной идеи регулятивного значения через понимание всего механизма ее претворения в правовую жизнь, где она (формализация) представляет собой лишь один из первоначальных этапов юридического процесса реализации такой идеи, и в этом смысле автор цитируемых выше слов тоже считает, что только ограниченный человек может сводить смысл права к формализму.⁴⁴

Правовой принцип, производный от морали – это всегда руководящая, основополагающая, базовая идея регулятивного значения, отражающая обусловленную потребность общества в ее реализации как в закреплённой официальным актом законодательной власти форме, так и вне этой формы.

В случае с конституционным правом на получение квалифицированной юридической помощи мы имеем дело именно с такой правовой идеей, которая уже формально объективирована в Основном законе государства, при сохранении, однако, дефицита специальной, развивающей правовой регламентации (дефицит закона), призванной реализовать ее в повсеместной юридической жизни.

Само понятие «адвокатского расследования» сегодня является нелегальным в том смысле, что не закреплёно законодательно, а нормы, которые его существование фактически признают и отчасти регулируют, содержатся не в едином правовом акте, а имеют различное по своей природе происхождение и межотраслевую принадлежность.

Среди них выделяются, прежде всего, Конституция РФ (отражающая идеи Всеобщей декларации прав человека), затем Закон «Об адвокатской

42 Лазарев В.В. Общая теория права и государства: учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2001. – С. 66.

43 Нерсесянц В.С. Права человека в истории политической и правовой мысли (от древности до Декларации 1978 г.) // Права человека в истории человечества и в современном мире. – М., 1989. – С. 22.

44 Нерсесянц В.С. Только ограниченный человек может сводить смысл права к формализму // Юридический мир. – № 6; Издательство: Юрид. мир ВК/Интервью/. – Москва. – 2000. – С. 4–6.

40 Власов А.А. Судебная адвокатура: учеб. пособие для магистров / А.А. Власов; Под общей ред. Г.Б. Мирзоева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2012. – Серия: Магистр. – С. 189.

41 Нерсесянц В.С. Философия права: учебник для вузов / Нерсесянц В.С. – М.: Норма, 1997. – С. 19.

деятельности и адвокатуры в РФ», Уголовно-процессуальный кодекс и так далее, включая решения Конституционного суда Российской Федерации и даже локальные акты рекомендательного характера, исходящие от самого адвокатского сообщества в порядке самоуправления.

Своевременно отметить, что именно решения Конституционного суда РФ оказали значительное влияние на развитие принципа состязательности в уголовном судопроизводстве России, необходимым условием которого является равно-предоставляемая сторонам возможность отстаивания своей позиции, реализация которой предполагает самостоятельное собирание и представление доказательств.

Впервые Конституционный суд в своем Постановлении № 19-П от 28 ноября 1996 года указал, что возложение на суд полномочия по возбуждению уголовного дела и формированию обвинения в отношении конкретного лица противоречит части 3 статьи 123 Конституции, закрепляющей принцип осуществления судопроизводства на основе состязательности. Этот конституционный принцип, по мнению суда, предполагает такое построение судопроизводства, при котором функция правосудия (разрешения дела), осуществляемая только судом, отделена от функций спорящих перед судом сторон. При этом в Конституционном Постановлении говорилось об обязанности суда обеспечивать справедливое и беспристрастное разрешение спора, предоставляя сторонам равные возможности для отстаивания своих позиций.⁴⁵

К указанным положениям о принципе состязательности судебного процесса Конституционный суд РФ неоднократно обращался и при постановлении последующих решений о проверке конституционности некоторых правовых предписаний уголовно-процессуального закона. В решениях Конституционного суда РФ состязательность рассматривалась не только как принцип судебного разбирательства, но была распространена на все стадии уголовного процесса, что впоследствии нашло отражение в новом Уголовно-процессуальном кодексе.

К Конституционному суду и актам его толкования у российских правоведов сложилось особое отношение.

На торжественном заседании в Георгиевском зале Большого Кремлевского дворца, посвященном 20-летию начала работы Конституционного

суда России, президент Д.А. Медведев так охарактеризовал его значение для нашей страны: «Деятельность Конституционного суда как официального толкователя, как защитника Конституции заслужила уважение и признание в российском обществе, это очевидный и состоявшийся факт. Невозможно переоценить роль суда в укреплении демократического государства и формировании единого правового пространства, что для нашего сложного федеративного государства также является исключительно важным. Его решения определяют уровень отечественной конституционной юстиции и влияют на общее развитие права в нашей стране, способствуют совершенствованию судебной системы нашего государства».⁴⁶

Подобное восприятие конституционных разъяснений связано с их общеобязательным характером на всей территории Российской Федерации для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений.⁴⁷

В соответствии со статьей 79 Федерального Конституционного закона от 21.07.1994 года № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации»: Решение Конституционного суда Российской Федерации окончательно и не подлежит обжалованию. Решение Конституционного суда действует непосредственно и не требует подтверждения другими органами и должностными лицами. Юридическая сила постановления Конституционного суда о признании акта неконституционным не может быть преодолена повторным принятием этого же акта.⁴⁸

Позиция Конституционного суда относительно соответствия Конституции смысла нормативного правового акта или его отдельного положения, придаваемого ему правоприменительной практикой, выраженная в постановлении Конституционного суда, в том числе в постановлении по делу о проверке по жалобе на нарушение конституционных прав и свобод граждан конституционности закона, примененного в конкретном деле, или о проверке по запросу суда конституционности закона, подлежащего применению в конкретном деле, подлежит учету правоприменительными

46 Бюллетень Европейского суда по правам человека № 11/2011 от 10 ноября 2011 года.

47 Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации» (Статья 6) // Собрание законодательства Российской Федерации, 25 июля 1994 г. – № 13. – Ст. 1447.

48 Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации».

45 Постановление Конституционного суда РФ от 28.11.1996 г. № 19-П «По делу о проверке конституционности статьи 418 УПК РСФСР в связи с запросом Каратузского районного суда Красноярского края» // «Российская газета». – 06.12.1996. – № 234; Вестник Конституционного суда РФ. – 1996. – № 5.

органами с момента вступления в силу постановления Конституционного суда.⁴⁹

Если же признание нормативного акта неконституционным создало пробел в правовом регулировании, непосредственно применяется Конституция Российской Федерации (часть 4 ст. 79 ФКЗ «О Конституционном суде РФ»). И хотя Конституционный суд формально не создает новый закон, а только указывает, каким тот должен быть в соответствии с Конституцией, он фактически закладывает его новую основу и предопределяет правила, которые должны действовать до его принятия.⁵⁰

Нормативно-интерпретационный характер, обобщенность и обязательность, присущие решениям Конституционного суда, вполне позволяют причислить их к источникам права.

М.Н. Марченко в этой связи считает, что «нормативный характер постановлений Конституционного суда, как и любого иного нормативного акта, состоит в том, что они, во-первых, имеют общеобязательный характер, будучи рассчитанными на неопределенный круг лиц, а во-вторых, с неизбежностью предполагают многократность применения».⁵¹ При этом автор говорит об имеющем место «судейском правотворчестве» и порождаемых им «своеобразных» нормах по сравнению с парламентским правотворчеством и порождаемыми им обычными «классическими» нормами и приходит к выводу: «... специфичность судейского правотворчества и своеобразие исходящих от него норм с неизбежностью обуславливают возникновение новых, соответствующих им форм».⁵²

Под указанной формой М.Н. Марченко подразумевает такой источник права, как «правовая позиция Конституционного суда», признание которой в качестве самостоятельного источника российского права, по мнению ученого, с одной стороны, означало бы давно назревшее признание судебного правотворчества наряду с парламентским правотворчеством в России, а с другой – ознаменовало бы собой нахождение некоего «компромисса» в споре между сторонниками существования прецедента как источника права в России и сторонниками его полного отрицания.⁵³

Учитывая множественность и межотраслевой характер источников права «адвокатского рассле-

дования», следует уяснить правило разрешения коллизий между различными нормативно-правовыми актами, сформулированное Конституционным судом РФ, предписывающее исходить из того, какой из этих актов предусматривает больший объем прав и свобод граждан и устанавливает более широкие их гарантии.⁵⁴

Данное конституционное установление призвано предупредить использование пробелов и несовершенства законодательства в ущерб принципу признания высшей ценностью прав и свобод человека (статья 2 Конституции РФ).

Становится понятным, что принципы (основы) адвокатского расследования, как и правовые принципы вообще, имеют различные источники, которые охватываются как системой актов нормативно-правового регулирования, то есть актами государственного (парламентского) нормотворчества, так и правилами иного порядка, не имеющими законодательного закрепления, к числу которых относятся и акты толкования (легального, доктринального и др.).

Учитывая, что деятельности адвоката не свойственна нормативная регламентация в форме детализированных правовых алгоритмов, идея об общеправовых принципах, как регуляторах адвокатского расследования, основой и источником которых является Конституция, обретает осязаемые черты, тем более что она имеет высшую юридическую силу и прямое действие, а все законы не должны ей противоречить (часть 1 ст. 15 Конституции РФ). Ведь принцип – это правило, которое нарушать нельзя. Потому что оно является базовым, основным и характеризует субъекта, следующего этому правилу, как и всю систему его отношений. В роли таких правил, как основ адвокатской деятельности, включая собирание доказательств, выступают конституционные положения (принципы).

Таким образом, Конституция России, воспринявшая естественные ценности Всеобщей декларации прав человека о свободе, справедливости, равенстве и закрепившая их в позитивной форме, есть нормативно-правовая основа адвокатского расследования, осуществляемого в рамках конституционного права каждого на получение квалифицированной юридической помощи, обеспечиваемого конституционными гарантиями равноправия всех перед законом и судом и состязательностью правового спора.

49 Часть 5 статьи 79 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном суде Российской Федерации» введена Федеральным конституционным законом от 03.11.2010 г. № 7-ФКЗ.

50 Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебное пособие / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Юрист, 2001. – С. 544.

51 Там же. – С. 543.

52 Там же. – С. 545.

53 Там же. – С. 546.

54 Определение Конституционного суда РФ № 439-О от 08.11.2005 г. «По жалобе граждан С.В. Бородин, В.Н. Буробина, А.В. Быковского и других на нарушение их конституционных прав статьями 7, 29, 182 и 183 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» (пункт 2).

Пристатейный библиографический список

1. Баранов Д.П., Смоленский М.Б. Адвокатское право (адвокатская деятельность и адвокатура в России): учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Академцентр; Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°».
2. Власов А.А. Судебная адвокатура: учеб. пособие для магистров / А.А. Власов; Под общей ред. Г.Б. Мирзоева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство Юрайт, 2012. – Серия: Магистр.
3. Козлова Е.И., Кутафин О.Е. Конституционное право России: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2000.
4. Колоколов Н.А. Параллельное адвокатское расследование // ЭЖ-ЮРИСТ. – 2005. – № 21.
5. Лазарев В.В. Общая теория права и государства: учебник / Под ред. В.В. Лазарева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2001.
6. Манджиев Т.Б. Право как всеобщая форма бытия идеального в обществе // Правоведение. – 1997. – № 3.
7. Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование в уголовном процессе. Теоретико-методологические основы доктрины адвокатского расследования: учеб. пособие / Е.Г. Мартынич. – М.: ЮНИТИ-ДАНА; Закон и право. – 2009.
8. Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность (к разработке модели) // Адвокатская практика. – 2004. – № 1.
9. Мартынич Е.Г. Адвокатское расследование: понятие, природа, особенности и сущность // Адвокатская практика. – 2005. – № 1.
10. Мартынич Е.Г. Правовые основы адвокатского расследования: состояние и перспективы (к разработке концепции и модели) // Адвокатская практика. – 2003. – № 6.
11. Мартышин О.В. Нравственные основы теории государства и права // Государство и право. – 2005. – № 7.
12. Мартышин О.В. Совместимы ли основные типы понимания права? // Государство и право. – 2003. – № 6.
13. Марченко М.Н. Источники права: учеб. пособие. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008.
14. Марченко М.Н. Проблемы теории государства и права: учебное пособие / Под ред. М.Н. Марченко. – М.: Юристъ, 2001.
15. Международное публичное право. Сборник документов / Сост. и авт. предисл. К.А. Бекяшев, Д.К. Бекяшев. – М.: Проспект, 2009.
16. Нерсесянц В.С. Только ограниченный человек может сводить смысл права к формализму // Юридический мир. – № 6; Издательство: Юрид. мир ВК /Интервью/. – Москва. – 2000.
17. Нерсесянц В.С. Права человека в истории политической и правовой мысли (от древности до Декларации 1978 г.) // Права человека в истории человечества и в современном мире. – М., 1989.
18. Нерсесянц В.С. Философия права: учебник для вузов / Нерсесянц В.С. – М.: Норма, 1997.
19. Осьмаков М.А. Адвокатское расследование в современном уголовном процессе: дис. ... канд. юрид. наук – Владимир, 2007.
20. Поварнин С.И. Искусство спора. – Серия: Мир вокруг нас. Издательство: Терра-Книжный клуб, Северо-Запад, 2009.
21. Права человека: учебник для вузов / Отв. ред. Е.А. Лукашева. – М., 1999.
22. Рагулин А.В. О праве адвоката на соби́рание предметов и документов, служащих основой для формирования доказательств в уголовном процессе // Евразийский юридический журнал. – 2010. – № 5 (24).
23. Рассолов М.М. Теория государства и права: учебник для вузов / Под ред. М.М. Рассолова, В.О. Лучина, Б.С. Эбзеева. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000.
24. Рыжаков А.П. Уголовный процесс: учебник для вузов. – М, 2002.
25. Самигуллин В.К. О понятии права // Правовая политика и правовая жизнь. – 2002. – № 1.
26. Цыбулевская О.И. Нравственные основания современного российского права. – Саратов, 2004.



ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

УВАЖАЕМЫЕ ЧИТАТЕЛИ!

Мы рады представить вашему вниманию

ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

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

Приглашаем вас к сотрудничеству!

Контактная информация:

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

Султанов А.Р.

ДОЛЖНАЯ ПРАВОВАЯ ПРОЦЕДУРА И ПРАВОВЫЕ СТАНДАРТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

В статье рассмотрены актуальные аспекты осуществления надлежащей правовой процедуры в свете стандартов Европейского суда по правам человека.

Ключевые слова: надлежащая правовая процедура, Европейский суд по правам человека, европейские правовые стандарты.

Sultanov A.R.

THE APPROPRIATE PROCESS OF LAW AND LEGAL STANDARDS OF THE EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS

In article actual aspects of implementation of the appropriate process of law in the light of standards of the European Court on human rights are considered.

Keywords: appropriate process of law, European Court on human rights, European legal standards.

Как известно, механизмы советских репрессий родились на свет лишь потому, что «интересы безопасности» государства требовали применения санкций, притом, что отсутствовала возможность судебного доказательства правонарушения и/или доказательства не могли быть оглашены в судебных заседаниях по оперативным сообщениям, либо исключительным обстоятельствам.

Так широко известные Особые совещания родились на основе докладной записки ГПУ Сталину 9 мая 1922 г., в которой просили предоставить права административной ссылки в определенные губернии на срок до 2 лет или высылки из пределов РСФСР на тот же срок неблагополучных русских и иностранных граждан. Мотив был прост – «учитывая невозможность постановки целого ряда дел в судебном порядке и одновременно необходимость избавиться «от наглых и вредных элементов»».

К сожалению, в настоящее время можно также увидеть подобные обоснования для применения публично-правовых санкций без предоставления должной процедуры. Хотя «правосудие по самой природе может признаваться таковым лишь при условии соответствия требованиям справедливости».

Возможность обращения за защитой в межгосударственные органы, закрепленная в качестве конституционного права (ч. 3 ст. 46 Конституции РФ), не только предоставляет возможность пострадавшему защитить нарушенное право, но и позволяет государству увидеть свои ошибки в осуществлении правосудия и защиты конвенционных прав и свобод, которые, впрочем, совпадают с конституционными правами и свободами.

В качестве примера рассмотрим дело, дважды побывавшее в Европейском суде по правам человека (далее – ЕСПЧ), обращения в который стали возможными благодаря присоединению к

Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенции).

В Постановлении ЕСПЧ от 6 декабря 2007 г. по делу «Лю и Лю (Liu and Liu) против Российской Федерации» (жалоба № 42086/05) была описана ситуация, когда ходатайство заявителя о разрешении на проживание было отклонено со ссылкой на сообщения государственной безопасности, и от заявителя потребовали покинуть Россию. Решение было принято местным подразделением органов внутренних дел в соответствии с Законом об иностранных гражданах. Орган внутренних дел не привел оснований своего решения за исключением общей ссылки на пункт 1 статьи 7 Закона.

ЕСПЧ, оценивая жалобу, указал, что хотя возможность судебного обжалования и была предоставлена, суды Российской Федерации не имели возможности эффективно оценить, было ли решение оправданным, поскольку материалы, на которых было основано решение, в суды в полном объеме представлены не были. Доводы местного органа внутренних дел сводились к утверждению о том, что он располагал сведениями, что первый заявитель представлял угрозу государственной безопасности. Содержание этих сведений не сообщалось ни заявителям, ни судам на том основании, что оно составляло государственную тайну.

ЕСПЧ в данном Постановлении указал, что когда речь идет о государственной безопасности, использование конфиденциальных материалов неизбежно, однако, по мнению ЕСПЧ, это не означает, что органы государственной власти могут быть освобождены от эффективного контроля со стороны внутрисудебных судов в каждом случае, когда они (власти) утверждают, что дело касается государственной безопасности и терроризма. Можно применить процедуры, которые совмещают обеспечение законных требований безопасности

применительно к характеру и источнику разведанных и предоставление лицу в то же время существенных гарантий справедливости во время процесса (см. Постановление Европейского Суда по делу «Чахал против Соединенного Королевства» (Chahal v. United Kingdom) от 15 ноября 1996 г., Reports of Judgments and Decisions 1996-V, § 131).

ЕСПЧ, сделал вывод, что непредоставление соответствующей информации судам лишило последние возможности оценить, был ли вывод о том, что первый заявитель представлял угрозу государственной безопасности, основан на фактах. Следовательно, судебное рассмотрение было ограниченным и не предоставляло достаточных гарантий против произвольного осуществления широкой свободы усмотрения, предоставленной законодательством России МВД РФ в случаях, касающихся государственной безопасности.

ЕСПЧ не только оценил ситуацию как применение санкции без предоставления должных процессуальных гарантий, но также оценил сам закон, на основании которого были применены санкции к заявителю – «соответствующие положения Закона об иностранных гражданах позволяют Министерству внутренних дел Российской Федерации отказывать в разрешении на проживание и требовать от иностранного гражданина покинуть страну по причинам государственной безопасности, не приводя никаких оснований такого решения, и без эффективного надзора со стороны независимого органа государственной власти».

В рассматриваемой ситуации местный орган внутренних дел инициировал процедуру депортации и процедуру административного выдворения. В обеих процедурах орган внутренних дел утверждал, что заявителя следует выдворить с территории Российской Федерации, поскольку он проживал в стране незаконно, и делалась ссылка на статью 18.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях. Выслушав заявителя, суды Российской Федерации установили нарушения в позиции местного органа внутренних дел и отказались выносить Постановление о выдворении заявителя. Впоследствии производство по делу об административном выдворении было прекращено.

В то же время процедура депортации, которая была инициирована на основании тех же фактов и была проведена без участия суда, завершилась вынесением вступившего в силу Постановления о депортации заявителя. ЕСПЧ счел, что процедура принятия решения о депортации заявителя на основании положения Закона о въезде в Российскую Федерацию не обеспечивала достаточные гарантии против произвола и не предоставляла

надлежащую защиту от произвольного вмешательства.¹

На основании этого ЕСПЧ пришел к выводу, что вмешательство в семейную жизнь заявителя, заключавшееся в принятии решения о его депортации из России, где оставались его жена и дети, было основано на положениях закона, которые не отвечали конвенционному требованию «качества закона». ЕСПЧ постановил, что в случае приведения в исполнение Постановления о депортации заявителя будет иметь место нарушение статьи 8 Конвенции в отношении обоих заявителей (Лю и его жены Лю).

В данном деле ЕСПЧ фактически применил принцип «должной правовой процедуры» или «надлежащей правовой процедуры», который хотя и чаще всего упоминается как принцип стран общего права, однако вполне соответствует принципам справедливого правосудия стран континентальной правовой системы. Конституционный суд РФ в целом ряде своих постановлений также упоминает термин «надлежащая правовая процедура», «надлежащая судебная процедура» (Постановление Конституционного суда РФ от 24.02.2004 № 3-П, Постановление Конституционного суда РФ от 03.07.2001 № 10-П, Постановление Конституционного суда РФ от 27 февраля 2009 г. № 4-П, Постановление Конституционного суда РФ от 21 декабря 2011 г. № 30-П и др.).

Как отмечает российский исследователь Смольянов М.С., концепция «надлежащей правовой процедуры» имеет усеченное подобие в отечественной литературе в виде категории «процессуальная форма».² Он отмечает, что «надлежащая правовая процедура выступает достоянием многовековой англосаксонской правовой традиции (Великобритании и США) и включает следующий набор процедурных (процессуальных) гарантий прав человека: 1) право на судебную защиту; 2) право на эффективное расследование; 3) право на скорый суд; 4) право на публичный суд; 5) право на беспристрастный суд («никто не может быть судьей в своем деле»); 6) право на суд беспристрастных присяжных; 7) право на состязательный процесс; 8) право считаться невиновным, пока виновность

1 Позволим себе предположить, что если бы наши судьи обращали внимание на труды наших ученых, анализирующих практику ЕСПЧ, то меньше было бы ошибок и проигрышей в ЕСПЧ. Дело «Лю и Лю против РФ» могло бы идти по другому пути, если бы суд был знаком со статьей Максимова И.В. «Административное выдворение за пределы Российской Федерации иностранного гражданина или лица без гражданства как вид административного наказания» // Современное право. – 2004. – № 6.

2 «Процессуальная форма» традиционно рассматривалась как гарантия обеспечения прав и свобод личности // Юридическая процессуальная форма. Теория и практика / Под. ред. П.Е. Недбайло и В.М. Горшенева. – М., 1976. – С. 13.

не будет доказана в рамках судебного разбирательства и установлена вступившим в силу решением суда (презумпция невиновности); 9) право не свидетельствовать против себя; 10) право на очную ставку в суде со свидетелем обвинения; 11) право на помощь адвоката во время судебного разбирательства; 12) право быть выслушанным («пусть будет выслушана другая сторона»); 13) право не подвергаться дважды наказанию за одно и то же преступление («нельзя наказывать дважды за одно и то же»); 14) право на непосредственный процесс (принцип непосредственности); 15) право на непрерывный судебный процесс (принцип концентрированности (непрерывности) судебного заседания); 16) право на обжалование (право на вторую инстанцию).³

Требования надлежащей правовой процедуры в настоящее время могут быть вполне обоснованно названы общепризнанными принципами международного права в области справедливого правосудия. В то же время «надлежащая правовая процедура» подразумевает не только процессуальные гарантии, но и материальные. Принцип должной или надлежащей правовой процедуры имеет прямую связь с принципом верховенства права и законности. Требование надлежащей правовой процедуры означает, что все действия властей должны соотноситься с требованиями закона. Этот принцип является наиболее важной защитой против произвола и самоуправства властей. В Постановлении Европейского суда по правам человека от 6 декабря 2007 г. по делу «Лю и Лю (Liu and Liu) против Российской Федерации» (жалоба № 42086/05) был применен принцип надлежащей процедуры в материальном ее значении, сочтя, что неопределенность закона фактически означает отсутствие надлежащей правовой процедуры и является основанием для признания всего процесса несостоятельным. Такой подход корреспондирует известной доктрине – «ничтожность вследствие неопределенности» (void for vagueness). «Суть этой доктрины в том, что если суд... установит, что какой-то нормативный акт (статут) изложен нечетким, недостаточно понятным языком, он может лишиться его судебного-правовой защиты, т.е. признать не имеющим юридической силы. Вынося такое решение, суд ссылается на несоблюдение требования о «надлежащей правовой процедуре» (due process clause).⁴ К сожалению, у дела «Лю и Лю против России» было продолжение, в котором Россия продемонстрировала уже нарушение

процессуальной составляющей принципа «надлежащей правовой процедуры». После того, как ЕСПЧ провозгласил свое Постановление, в России состоялось новое рассмотрение дела. В нем суды не стали проверять суждение правоохранительных органов о том, что пребывание Лю представляло угрозу национальной безопасности, а лишь констатировали, что у компетентных органов было право на такое утверждение в силу их компетенции. Само же такое утверждение осталось вне судебной проверки, и в судебных решениях не было никаких ссылок на фактические обстоятельства. Фактически была лишь имитация судебного процесса, поскольку причины утверждения органа государственной власти и доказательства остались стороне неизвестными и судом не исследовались. Неудивительно, что дело вновь дошло до ЕСПЧ.

26 июля 2011 г. ЕСПЧ провозгласил Постановление по делу «Лю против РФ (№ 2)». ⁵ В Постановлении ЕСПЧ, прежде всего, указал, что «даже если идет речь о государственной безопасности, понятия законности и верховенства права в демократическом обществе требуют, чтобы меры, влияющие на фундаментальные права человека, принимались в рамках некоей состязательной процедуры в независимом органе государственной власти, компетентном оценивать причины принятия решения и соответствующие доказательства, при необходимости с соответствующими процессуальными ограничениями при использовании секретной информации. Частное лицо должно иметь возможность обжаловать утверждение представителя исполнительной власти о том, что идет речь о государственной безопасности». ЕСПЧ напомнил, что в Постановлении от 20 июня 2002 по делу Аль-Нашиф против Болгарии⁶ уже было дано толкование, что в отсутствие вышеуказанных гарантий полиция и иные органы государственной власти будут иметь возможность произвольно посягать на права, защищаемые Конвенцией.

В этом Постановлении ЕСПЧ также отметил, что некоторые процессуальные недостатки, указанные в Постановлении ЕСПЧ от 6 декабря 2007 года, были устранены в ходе нового рассмотрения дела, но при устранении этих недостатков был избран формальный подход.⁷ Так, в частности, суды посчитали, что они не вправе проверять фактическую основу для выводов материалов ФСБ о том,

³ Перевод данного Постановления на русский язык // Бюллетень Европейского суда по правам человека. – 2012. – № 8. – С. 77–96.

⁴ Бюллетень Европейского суда по правам человека (русское издание). – 2002. – № 6.

⁵ О процессуальном формализме см. Султанов А.Р. Формализм гражданского процесса и стандарты справедливого правосудия // Вестник гражданского процесса. – № 3. – С. 73–93.

³ Смольянов М.С. Юридическая процедура как гарантия прав человека: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Москва, 2011. – С. 8.

⁴ Козочкин И.Д. Принцип законности в современном американском уголовном праве // Правоведение. – 2005. – № 6. – С. 48–61.

что первый заявитель представлял угрозу национальной безопасности. Очевидно, что ввиду общего характера предположений заявителя не имели возможности эффективно их оспорить. На основе этого ЕСПЧ сделал вывод, что хотя в ходе нового рассмотрения дела заявителя имели определенные гарантии против произвола, эти гарантии были неадекватными и недостаточными, чтобы удовлетворять требованиям ст. 8 Конвенции.

Помимо этого ЕСПЧ также обратил внимание на то, что «с публичным интересом защиты национальной безопасности и предотвращения беспорядков и преступлений должно быть уравновешено право заявителей на уважение их семейной жизни»⁸. Поскольку разбирательство в национальных судах не включало в себя вопрос о пропорциональности и соразмерности мер,⁹ принятых к заявителю преследуемым законным целям, ЕСПЧ установил, что в отсутствие возможности рассмотрения судом вопроса о пропорциональности меры заявитель был лишен надлежащих процессуальных гарантий. На этих основаниях ЕСПЧ установил нарушение ст. 8 Конвенции. Полагаем, что Российские власти должны воспринимать Постановления ЕСПЧ не в штыки,¹⁰ а как помощь в выполнении функции по защите прав и свобод человека, когда внутренние российские процедуры дали сбой... (когда наши ученые не были услышаны практиками), а также как вектор в совершенствовании нормативной базы и правоприменительной практики.¹¹ Тем более что порой нарушение Конвенции является одновременно и нарушением норм Конституции РФ, поскольку, как справедливо указывает судья ЕСПЧ от России профессор А.И. Ковлер, «глава 2 Конституции, посвященная правам и свободам человека и гражданина, во многом была сформулирована на основе положений международных пактов 1966 г.

8 Об этом до вынесения Постановления ЕСПЧ можно было прочитать в статье Шерстобоева О.Н. «Право граждан на семейное благополучие как основание, смягчающее административную ответственность при нарушении иммиграционных правил» // Российская юстиция. – 2007. – № 11. – С. 7–8; Ивашин А.Б. Международно-правовые и конституционно-правовые основы совершенствования административного выдворения иностранных граждан и лиц без гражданства // Миграционное право. – 2009. – № 2.

9 Шерстобоев О.Н. Принцип пропорциональности как необходимое условие высылки иностранных граждан за пределы государства их пребывания: пределы правоограничения // Российский юридический журнал. – 2011. – № 6. – С. 51–59.

10 Султанов А.Р. Об исполнении постановлений Европейского суда по правам человека как средстве реализации конституционных ценностей // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 4. – С. 15–18.

11 Воронцова И.В. Судебная практика и международные договоры как источники гражданского процессуального права. – Йошкар-Ола, 2011. – С. 76–120; Соловьева Т.В. Постановления Верховного суда РФ, Конституционного суда РФ и Европейского суда по правам человека в сфере гражданского судопроизводства и порядок реализации. – М., 2011. – С. 165–194.

и Европейской конвенции».¹² Учет толкований, даваемых ЕСПЧ, таким образом будет являться надлежащим исполнением Постановлений ЕСПЧ, но и поможет в полной мере реализовывать конституционные права и свободы, делая их из декларируемых в реально действующие. Конституционные права и свободы, на наш взгляд, также требуют эффективных средств правовой защиты¹³ и «надлежащей правовой процедуры» как в материальном, так и в процессуальных ее значениях.

Пристатейный библиографический список

1. Афанасьев С.Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве. – М., 2009.
2. Воронцова И.В. Судебная практика и международные договоры как источники гражданского процессуального права. – Йошкар-Ола, 2011.
3. Ивашин А.Б. Международно-правовые и конституционно-правовые основы совершенствования административного выдворения иностранных граждан и лиц без гражданства // Миграционное право. – 2009. – № 2.
4. Ковлер А.И. Европейское право прав человека и Конституция России // Журнал российского права. – 2004. – № 1.
5. Козочкин И.Д. Принцип законности в современном американском уголовном праве // Правоведение. – 2005. – № 6.
6. Смольянов М.С. Юридическая процедура как гарантия прав человека: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Москва, 2011.
7. Соловьева Т.В. Постановления Верховного суда РФ, Конституционного суда РФ и Европейского суда по правам человека в сфере гражданского судопроизводства и порядок реализации. – М., 2011.
8. Султанов А.Р. Формализм гражданского процесса и стандарты справедливого правосудия // Вестник гражданского процесса. – 2012. – № 3.
9. Султанов А.Р. Об исполнении постановлений Европейского суда по правам человека как средстве реализации конституционных ценностей // Международное публичное и частное право. – 2008. – № 4.
10. Шерстобоев О.Н. Право граждан на семейное благополучие как основание, смягчающее административную ответственность при нарушении иммиграционных правил // Российская юстиция. – 2007. – № 11.
11. Шерстобоев О.Н. Принцип пропорциональности как необходимое условие высылки иностранных граждан за пределы государства их пребывания: пределы правоограничения // Российский юридический журнал. – 2011. – № 6.
12. Юридическая процессуальная форма. Теория и практика. / Под. ред. П.Е. Недбайло и В.М. Горшенева. М., 1976.

12 Ковлер А.И. Европейское право прав человека и Конституция России // Журнал российского права. – 2004. – № 1.

13 Афанасьев С.Ф. Право на справедливое судебное разбирательство и его реализация в российском гражданском судопроизводстве. – М., 2009.

Рябцева Е.В.

ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОМ НА ПОДАЧУ ЖАЛОБЫ В ЕВРОПЕЙСКИЙ СУД ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА

Европейский суд по правам человека исходит из отсутствия необходимости выделения концепции злоупотребления в отдельных правовых сферах из общей концепции злоупотребления. Европейское право не может лишать государства возможности решать самим, следует ли противодействовать злоупотреблениям, и если да, то каким образом. Соответственно, каждое государство – член Европейского Союза должно сохранить методы борьбы со злоупотреблением, а европейское право должно только устанавливать, совместимы ли они с первичным и вторичным правом Евросоюза. В работе исследуются обстоятельства неприемлемости жалобы в связи со злоупотреблением правом, делается вывод о возможном использовании данных обстоятельств в правоохранительной и судебной практике России.

Ключевые слова: злоупотребление правом, злоупотребление законом, неприемлемость жалобы, дезинформация суда, конфиденциальность мирового соглашения.

Ryabtseva E.V.

ABUSE OF THE RIGHT TO SUBMISSION OF THE COMPLAINT IN THE EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS

The European court on human rights starts with lack of need of allocation of the concept of abuse in separate legal spheres from the general concept of abuse. The European right can't deprive of the state of possibility to solve, whether it is necessary to counteract abuses, and if yes, that how. Respectively, each member state of the European union should keep methods of fight against abuse, and the European right should establish only, whether they are compatible to primary and secondary right of the European Union. In work circumstances of unacceptability of the complaint in connection with abuse of the right are investigated, the conclusion about possible use of these circumstances in law-enforcement and jurisprudence of Russia is drawn.

Keywords: Abuse of the right, abuse of the law, unacceptability of the complaint, court misinformation, confidentiality of the settlement agreement.

Конвенция о защите прав человека и основных свобод предусматривает запрет злоупотребления правами. В соответствии со ст. 17 Конвенции: «Ничто не может толковаться как означающее, что какое-либо государство, какая-либо группа лиц или какое-либо лицо имеет право заниматься какой бы то ни было деятельностью или совершать какие бы то ни было действия, направленные на упразднение прав и свобод, признанных в Конвенции, или на их ограничение в большей мере, чем это предусматривается в Конвенции». Этот текст воспроизводит с небольшим дополнением ст. 30 Всеобщей декларации прав человека. Обе статьи в чем-то перекликаются с известной формулой времен Французской революции – «Нет свободы для врагов свободы».

Статья 17 лишает покровительства Конвенции отдельных лиц и группы лиц в случае таких их действий, которые направлены на подрыв или полное уничтожение демократических принципов и свобод, охраняемых Конвенцией. В первоначальный период деятельности юрисдикционных органов Совета Европы Комиссия по правам человека на основании ст. 17 отклонила, например, жалобу по ст. 10 Конвенции, предметом которой был запрет властями программных документов кандидата на выборах, поскольку они носили откровенно

расистский характер. Комиссия опиралась на ст. 17, когда отклоняла жалобы право- и леворадикальных организаций на их запрет властями ФРГ (ст. 11 Конвенции – свобода объединений).

Это дело касалось жалобы заявителя (активного члена Ирландской республиканской армии) на то, что после взятия под стражу его ограничивали в осуществлении прав, предусмотренных ст. 5 («Право на свободу и личную неприкосновенность») и ст. 6 («Право на справедливое судебное разбирательство») Конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее – Конвенция). Правительство оправдывало такие действия тем, что заявитель злоупотребил своим правом на свободу объединения (ст. 11 Конвенции). Суд, согласившись с правительством, признал в действиях п. Ловлесса наличие злоупотребления ст. 11 Конвенции, однако запретил на основании этого ограничивать его права, предусмотренные другими статьями Конвенции. Уже в этом решении суд истолковал ст. 17 Конвенции («Запрещение злоупотреблений правами»), которая запрещает любому государству, лицу или группе лиц злоупотреблять правами, гарантированными им Конвенцией.

Европейская комиссия по правам человека отметила, что «общей целью ст. 17 Конвенции является предотвращение тоталитарным группам

эксплуатировать в своих интересах принципы, провозглашенные Конвенцией. Однако для того, чтобы достичь этой цели, необязательно лишать лиц, которые осуществляют такую деятельность, всех прав и свобод, гарантированных им Конвенцией. Ст. 17 Конвенции охватывает по существу лишь те права, использование которых облегчит попытки получить возможность осуществлять деятельность, целью которой являются «какие-либо права и свободы, изложенные в Конвенции». Суд посчитал, что поскольку предметом жалобы является нарушение ст. 5 п. 3 Конвенции (неоправданно длительное задержание без доставления к судье), заявитель не может быть лишен гарантий, предоставляемых этой статьей, равно как и судебных гарантий по ст. 6 Конвенции (справедливое судебное разбирательство). Впоследствии суд, рассматривая это дело, согласился с соображениями Комиссии, уточнив лишь, что указанная цель статьи касается систематической деятельности или одноразовых поступков лиц или их групп.

Таким образом, суд вывел из сферы ст. 17 все то, что подпадало под действие ст. 5 и 6 Конвенции. Сложилась правовая позиция, которой последовательно придерживался суд. Ее основной смысл в том, что в правовом государстве никто не может быть лишен тех гарантий, которые предоставляет Конвенция, на стадиях предварительного расследования и судебного разбирательства.

Другим показательным примером позиции Европейского суда по вопросу злоупотребления правом является «петеновское дело». В 1984 г. газета «Монд» опубликовала подготовленный заявителями текст от имени Ассоциации в защиту памяти маршала Петена и Национальной ассоциации Петен – Верден, в котором важное место занимало оправдание и восхваление коллаборационистской деятельности маршала в 1941–1944 гг. Национальная ассоциация бывших участников сопротивления обратилась в суд, требуя наказания авторов текста в газете «Монд» за апологию преступлений, совершенных петеновским режимом в сотрудничестве с немецкими оккупантами, и стремление поставить под сомнение суровый приговор, вынесенный Петену в 1945 г. В результате долгих хождений по разным судебным инстанциям дело завершилось символическим наказанием авторов публикации, которые тем не менее обратились в Страсбург, утверждая, что имело место нарушение свободы слова, т.е. ст. 10 Конвенции. В ходе судебного разбирательства Правительство Франции просило отклонить жалобу на основании ст. 17, поскольку «спорная публикация посягает на дух и смысл Конвенции и основные ценности демократии».

Суд констатировал, что «оправдание пронацистской политики не может пользоваться защитой ст. 10», но одновременно ссылаясь на привходящие обстоятельства (историческая отдаленность событий, наказание, вынесенное в порядке уголовного производства, что в обстоятельствах дела представлялось суду несоразмерным, и т.п.), не только отказался применить ст. 17, но и определил, что имело место нарушение ст. 10.

Европейский суд по правам человека исходит из отсутствия необходимости выделения концепции злоупотребления в отдельных правовых сферах из общей концепции злоупотребления. В решении по делу Kefalas Европейский суд подчеркнул необходимость единообразного толкования и применения европейского права.¹ В этом случае, также как и в решении по делу Halifax, в центре внимания было влияние недобросовестной практики на директивы Европейского суда.² Даже в разных контекстах не может быть оправдана неоднородная концепция злоупотребления, поскольку в данном случае в центре внимания находится положение о том, могут ли национальные правовые нормы обосновать ограничение прав и свобод, предоставленных Европейским судом всем гражданам Европейского суда. Соответственно, автономная характеристика для целей европейского права требует автономной концепции злоупотребления.

Однако следует обратить внимание на следующее обстоятельство. В преамбуле Конвенции говорится, что она защищает лишь «некоторые» из прав и свобод человека. И хотя за словом «некоторые» скрывается достаточно широкий круг прав (тем более что он пополнен дополнительными протоколами и толкованием суда), этот перечень в некотором отношении уже, чем, например, Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, поскольку создатели Конвенции с самого начала исходили из того, что эти права не являются ее предметом.

Во многих государствах – участниках Конвенции, главным образом тех, где действующие конституции приняты сравнительно недавно, круг прав и свобод, гарантированных этими конституциями, шире, чем каталог Европейской конвенции. К их числу относится и Конституция Российской Федерации 1993 г. В ней предусмотрены отсутствующие в Конвенции право на равный доступ граждан к государственной службе (ст. 32 ч. 4), право на участие

1 Uckmar, V., >International Tax Avoidance and Evasion>. – General Report, 1983 IFA Congress, Kluwer, Deventer, 1983; OECD, >International Tax Avoidance and Evasion>. – Paris, 1987.

2 ECJ, 21 февраля 2006 г., объединенные дела C-255/02, 419/02, 223/03, >Halifax plc et aa.

граждан в отпращивании правосудия (ст. 32 ч. 5), право убежища (ст. 63 ч. 1), гарантия права наследования (ст. 35 ч. 4) и др.

Например, с неполнотой перечня прав связано, в частности, наличие в Конвенции ст. 53, согласно которой ничто в ней не может быть истолковано как ограничение или умаление любого из прав человека и основных свобод, которые признаны законами государства-участника или договором, участником которого оно является. Другими словами, нельзя ссылаться на отсутствие в Конвенции какого-либо права для того, чтобы поставить под сомнение действительность такого права в национальном правовом порядке государства-участника или требовать на этом основании ограничительного толкования этого права. Деятельность суда свидетельствует о том, что сам суд никогда, ни на какой момент своей деятельности не рассматривал перечень как полностью закрытый. Принцип иволютивного толкования норм Конвенции позволял ему при неизменности текста Конвенции расширять ее содержание. В целом это положительный процесс, поскольку речь идет о защите прав человека.

Confédération Fiscale Européenne предусматривает, что государства – члены Европейского Союза должны иметь право применять внутренние и договорные меры противодействия злоупотреблениям, в которые не были гармонизированы или приведены в соответствие с европейским правом, с тем условием, что такие меры не создают необоснованных ограничений для осуществления фундаментальных прав и свобод. По этой причине Confédération Fiscale Européenne считает, что европейские институты должны преодолеть лингвистические и концептуальные неясности, которые в настоящее время связаны с концепцией злоупотребления.³

Европейское право не может лишать государства возможности решать самим, следует ли противодействовать злоупотреблениям, и если да, то каким образом. Соответственно, каждое государство – член Европейского союза должно сохранить методы борьбы со злоупотреблением, а европейское право должно только устанавливать, совместимы ли они с первичным и вторичным правом Евросоюза.

Эксперты Европейского суда по правам человека выделяют около 10 условий приемлемости жалобы, направляемой в Европейский суд. Несоблюдение хотя бы одного из них ведет к отказу Европейским судом по правам человека в принятии жалобы.

1. Условия, основанные на положениях Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод:

- обстоятельства времени;
- обстоятельства места;
- обстоятельства по существу;
- обстоятельства лица.

2. Исчерпание внутренних средств правовой защиты.

3. 6-месячный срок обращения.

4. Обоснованность жалобы.

5. Недопустимость анонимности жалобы.

6. Недопустимость злоупотребления правом на обращение.

7. Повторность жалобы.

Обратимся более подробно к анализу приемлемости жалобы с точки зрения недопустимости злоупотребления правом. Институты Конвенции не определили, что именно представляет собой злоупотребление правом на подачу жалобы. Этот вопрос решается отдельно по каждой жалобе. По данному основанию признаются неприемлемыми в основном повторные жалобы сутяжных заявителей, поданные по одним и тем же основаниям, если ранее уже выносилось решение о неприемлемости. Также суд признает злоупотреблением правом те жалобы, которые содержат оскорбительные утверждения в адрес государства-ответчика или суда. Необходимо также отметить, что любая попытка ввести суд в заблуждение при рассмотрении жалобы, например, путем подделки документов или сокрытия фактов будет расценена как злоупотребление правом на подачу жалобы.⁴

Статья 35 § 3 а) закрепляет условия приемлемости жалобы.

«3. Суд объявляет неприемлемой любую индивидуальную жалобу, поданную в соответствии с положениями статьи 34, если он сочтет, что:

а) эта жалоба является несовместимой с положениями настоящей Конвенции или протоколов к ней, явно необоснованной или является злоупотреблением правом подачи индивидуальной жалобы; (...).»

Таким образом, речь идет о ситуации, когда управомоченное лицо при реализации своего права грубо выходит за рамки дозволенного. Отсюда злоупотребление есть любое поведение заявителя, явно не соответствующее назначению гарантированного Конвенцией права на обращение, нарушающее установленный порядок работы суда или затрудняющее надлежащее протекание

3 URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6D00F830-1AC1-4AE7-975A-7B2280F37225/0/RUS_Guide_pratique.pdf.

4 URL: http://www.echr.ru/documents/manuals/Norma01/Norma_01.pdf.

разбирательств в суде (Miroļubovs и другие против Латвии, §§ 62 и 65).

При этом суд обращает внимание на то, что отклонение жалобы по причине злоупотребления правом на ее подачу является мерой исключительной (Miroļubovs и другие против Латвии, § 62).⁵

В целом можно выделить следующие обстоятельства неприемлемости жалобы в связи со злоупотреблением правом.

Во-первых, заявитель, обратившись в Европейский суд по правам человека, принимает на себя обязательство поддерживать свое обращение на протяжении всего рассмотрения дела. Если он (или его представитель) не отвечает в разумный срок на запросы секретариата, не предоставляет новую информацию о движении своего дела во внутренних процедурах либо предоставляет ложную информацию, то это означает, что он злоупотребляет правом на обращение в Европейский суд по правам человека.

Во-вторых, заявитель должен быть корректным в своем обращении и не допускать оскорбительных высказываний в адрес государства в целом, а также в адрес отдельных должностных лиц, юридических лиц, граждан. Несоблюдение этого правила является злоупотреблением правом на обращение и может привести к тому, что жалоба будет признана неприемлемой. Заявитель злоупотребляет правом подачи жалобы, если использует в переписке с судом оскорбительные, неуважительные, провокационные выражения или угрозы, будь то в отношении государства-ответчика, его представителя и органов власти, самого суда, его канцелярии или ее сотрудников (Rehák против Чехии (реш.); Düringer и Grunge против Франции (реш.), и Stamoulakatos против Соединенного Королевства).

Для констатации злоупотребления язык заявителя должен выходить за «рамки нормальной цивилизованной и правомерной критики», недостаточно, чтобы он был просто резким, полемическим или саркастичным (Di Salvo против Италии (реш.)). Если в ходе разбирательства заявитель, получив от суда особое предупреждение, перестает использовать неуместные выражения, забирает свои слова обратно или, что еще лучше, приносит свои извинения, отклонение на основании злоупотребления больше жалобе не грозит (Tchernitsine против России, §§ 25–28).⁶

В-третьих, намеренное искажение фактов и представление поддельных доказательств, политическая пропаганда идей, чуждых предназначению

Конвенции, руководство желанием добиться известности.

По общему правилу, цель обращения в Европейский суд, как правило, не рассматривается в качестве злоупотребления правом по смыслу п. 3 ст. 35 Конвенции. Власти государств-ответчиков часто истолковывают мотивы (цель) обращения заявителя в Европейский суд как злоупотребление правом по смыслу п. 3 ст. 35 Конвенции. Однако Европейский суд придерживается того мнения, что злоупотреблением правом на подачу жалобы является намеренное искажение фактов и представление поддельных доказательств. В остальных случаях требуются исключительные обстоятельства, чтобы жалоба была отклонена ввиду злоупотребления правом по смыслу п. 3 ст. 35 Конвенции. Например, в деле Shamayev and 12 others v. Georgia and Russia власти государств-ответчиков утверждали, что цель обращения заявителей в Европейский суд состояла не в защите своих гарантируемых Конвенцией прав, а в уклонении от правосудия, что представляет собой злоупотребление правом. Европейский суд отклонил эти возражения и напомнил, что жалоба может быть отклонена ввиду злоупотребления правом лишь тогда, когда она явно основана на вымышленных фактах. В жалобах же описаны реальные события, и власти не доказали вымышленность фактов по делу.

По делу Frizen v. Russia заявительница жаловалась в Европейский суд на конфискацию у нее автомобиля в связи с уголовным делом, возбужденным против ее мужа. Власти пояснили, что подача заявительницей жалобы в Европейский суд является злоупотреблением правом, поскольку представляет собой попытку вернуть имущество, конфискованное на основании приговора суда по уголовному делу против мужа заявительницы. Однако Европейский суд не согласился с этим утверждением властей и счел необходимым рассмотреть жалобу по существу.

В деле Zhigalev v. Russia власти государства-ответчика приобщили к делу интервью заявителя газете, в котором были следующие слова: «Когда я только составлял заявление, «добрые люди» советовали: мол, где ты видел, чтобы кому-нибудь удавалось обмануть государство?». На основании сказанного власти обвинили заявителя в том, что целью его обращения в Европейский суд был обман государства. Тем самым, по мнению властей, заявитель злоупотребил правом на подачу жалобы. Однако Европейский суд не стал рассматривать по существу это возражение как необоснованное.

Политические цели при обращении в Европейский суд, в частности политическая пропаганда, не

5 URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6D00F830-1AC1-4AE7-975A-7B2280F37225/0/RUS_Guide_pratique.pdf.

6 URL: <http://www.srji.org/resources/case/torture/207>.

рассматриваются в качестве злоупотребления правом на подачу жалобы. Только в исключительных случаях, когда основной целью обращения является политическая пропаганда идей, чуждых предназначению Конвенции, жалоба может быть отклонена со ссылкой на злоупотребление правом. Тем не менее, даже при обращении участников террористических организаций Европейский суд не отклонял их жалобы по причине злоупотребления правом по смыслу п. 3 ст. 35 Конвенции.

Например, в одном из самых первых дел в практике Европейского суда – *Lawless v. Ireland* – заявителем выступал участник Ирландской республиканской армии (ИРА). Власти государства-ответчика ссылались на то, что заявитель, подав свою жалобу, стремился к политической пропаганде идей ИРА. Однако возражения властей Ирландии были отклонены Европейским судом по причине того, что политические мотивы при подаче жалобы, в частности стремление добиться поддержки общественного мнения, и политическая пропаганда сами по себе не наделяют жалобу качествами, свидетельствующими о злоупотреблении правом по смыслу п. 3 ст. 35 Конвенции. Суд указал, что о злоупотреблении правом на обращение с жалобой речь может идти, только если главной целью подачи жалобы являются политическое давление и политическая пропаганда идей, чуждых смыслу и предназначению Конвенции. Европейский суд подчеркнул, что политические цели, преследуемые заявителем при подаче данной жалобы, сами по себе не препятствуют ее рассмотрению по существу.

Примечательным в отношении пропаганды политических идей при обращении в Европейский суд является дело *Akdivar and others v. Turkey*. Власти Турции полагали, что целью обращения заявителей в Европейский суд являются очернение властей Турции и пропаганда идей Курдской рабочей партии (КРП). Они утверждали, что неисчерпание заявителями национальных средств судебной защиты является одним из проявлений общей политики КРП, направленной на то, чтобы скомпрометировать Турцию и ее судебные органы и тем самым представить в легитимном свете террористические акты КРП. По мнению властей государства-ответчика, в этом деле КРП стремилась доказать, что турецкая судебная система неэффективна в целом. Они утверждали, что заявители при обращении в Европейский суд преследовали явно политические цели, поэтому их жалоба должна быть отклонена по мотиву злоупотребления правом по смыслу п. 3 ст. 35 Конвенции. Европейский суд посчитал иначе, указав, что речь о злоупотреблении

правом могла бы идти, если бы жалоба была основана на вымышленных фактах, однако этого не было установлено.⁷ Основа судебной концепции злоупотребления была заложена Заключением Генерального адвоката Тезауро в деле *Kefalasi* и Генеральным адвокатом Мадуро в деле *Halifax* (НДС).

В деле *Kefalas* (греческий) национальный суд поставил вопрос о том, может ли внутреннее право препятствовать лицу в осуществлении права, предоставленного ему европейским законодательством, если такое право осуществляется способом, очевидно выходящим за рамки добросовестности и морали, а также экономического или социального смысла такого права.⁸

В деле *Halifax* (британский) национальный суд выдвинул вопрос о том, может ли быть ограничено право вычета предварительно уплаченного НДС в ситуации, когда хозяйствующий субъект ведет недобросовестную практику, на основании доктрины злоупотребления правами или злоупотребления законом.⁹

Соответственно, злоупотребление возникает, когда несмотря на формальное соблюдение условий, предписанных налоговым правом, налогоплательщик по существу пользуется льготой, конфликтующей с целью налогового положения. Европейский суд добавил, что такая ситуация может рассматриваться с точки зрения объективных элементов, которые доказывают, что основной целью сделки было получение такой налоговой льготы: этого не происходит, когда осуществленная экономическая деятельность может иметь какое-то иное объяснение, помимо получения налоговых льгот.

Доктрину злоупотребления следует анализировать в свете ее цели, даже если ни один из двух судов этого не сделал. Соответственно, следует проводить более четкую границу между злоупотреблением правом и злоупотреблением законом, то есть законодательным актом. Хотя эти две концепции имеют много общего, в первом случае лицо осуществляет право с целью нанести ущерб другому лицу, так что имеет место антиобщественное поведение (например, такое лицо коптит рыбу возле только что постиранного белья соседа), а во втором случае лицо использует законодательный акт вразрез с его целью и назначением. Эти категории испытывают значительное влияние традиций внутреннего права, так что нередки существенные

7 URL: <http://europeancourt.ru/>.

8 Генеральный адвокат Тезауро // Заключение, представленное 4 февраля 1998 г., дело C-367/96, >Kefalas>.

9 Генеральный адвокат Мадуро // Заключение, представленное 7 апреля 2005 г., объединенные дела C-255/02, 419/02, 223/03, >Halifax plc et aa>.

противоречия между национальными системами государств – членов Европейского Союза. В некоторых странах злоупотребление законом также известно как злоупотребление правовой формой (или, по крайней мере, включает в себя такие случаи).

В то же время злоупотребление законом может иметь место, когда налогоплательщик пытается обойти сферу действия налоговой нормы или получить ненадлежащую выгоду из положения о предоставлении налоговых льгот.¹⁰

Две последние ситуации представляют две основные разновидности ухода от налогообложения, лишаящие смысла цель и назначение налоговой нормы без открытого конфликта с ее формулировкой. В таких случаях налогоплательщик пытается обойти налогооблагаемое событие (или ненадлежащим образом требует его реализации).

В-четвертых, недопустимость повторной подачи жалобы.

Европейский суд по правам человека не будет рассматривать жалобу, которая уже была предметом его рассмотрения, а также была предметом рассмотрения иной международно-правовой инстанции, в частности, Комитета по правам человека Организации Объединенных Наций. Повторность жалобы означает, что жалоба подана тем же лицом, против того же государства, по тем же обстоятельствам, которые уже были предметом рассмотрения как по вопросу приемлемости, так и по существу.

В-пятых, дезинформация суда. Если при подаче жалобы сознательно искажаются факты с целью ввести суд в заблуждение, налицо злоупотребление правом подачи жалобы (Varbanov против Болгарии, § 36). Примерами самых серьезных и вопиющих злоупотреблений служат, во-первых, подача жалобы от чужого имени (Drijfhout против Нидерландов (реш.), §§ 27–29), а, во-вторых, подделка документов, направляемых в суд (Jian против Румынии (реш.); Bagheri и Maliki против Нидерландов (реш.) и Roznanski и другие против Германии (реш.)). Злоупотребления такого вида могут быть совершены и путем бездействия или умолчания, когда, например, заявитель изначально не сообщает суду ключевую информацию по своему делу (Al-Nashif против Болгарии § 89, и Kéréthachvili против Грузии (реш.)). Жалоба также может быть отклонена в связи со злоупотреблением, если в процессе разбирательства в деле происходят важные изменения, а заявитель не информирует о них суд (будучи прямо уведомленным о такой обязанности, установленной в Регламенте), что лишает суд

возможности вынести решение по жалобе с учетом совокупности всех обстоятельств дела (Hadrabová и другие против Чехии (реш.), и Predescu против Румынии, §§ 25–27).¹¹

Умысел заявителя на введение суда в заблуждение должен быть установлен с достаточной степенью определенности (Melnik против Украины, §§ 58–60; Nold против Германии, § 87; и Miszczyński против Польши (реш.)).¹²

В-шестых, нарушение обязанности хранить конфиденциальность по вопросу мирового соглашения.

Прежде всего, следует обратить внимание, что отказ заявителя от начала или продолжения переговоров об условиях мирового соглашения (ст. 39 Конвенции), а также отказ заявителя от заключения мирового соглашения или от подписания согласованного мирового соглашения не рассматривается Европейским судом как злоупотребление правом. При этом не имеет значения, отказывается ли заявитель от заключения мирового соглашения с органами государства-ответчика на национальном уровне или с властями государства-ответчика на уровне рассмотрения жалобы в Европейском суде.

Например, в деле Chebotarev v. Russia власти государства-ответчика настаивали на том, что заявитель злоупотребил своим правом на обращение с жалобой, поскольку отказался на национальном уровне от предложения муниципальных властей заключить с ними мировое соглашение. Европейский суд отметил, что отказ от подписания мирового соглашения не может быть приравнен к злоупотреблению правом на подачу жалобы, и напомнил, что согласно его прецедентной практике отказ заявителя от начала или продолжения переговоров с органами государства-ответчика об условиях заключения мирового соглашения не может толковаться в качестве злоупотребления правом. Как подчеркнул Европейский суд, сам заявитель должен решать, что больше отвечает его интересам – продолжить разбирательство в Европейском суде или принять предложение органов власти государства-ответчика, заключив с ними мировое соглашение.

Схожие возражения властей государства-ответчика были выдвинуты и по многим другим делам. Вместе с тем Европейский суд неоднократно подтверждал свою позицию, согласно которой если стороны не договорились об условиях мирового соглашения, то отказ от его заключения одной из

11 Практическое руководство по критериям приемлемости жалобы в Европейский суд по правам человека. – Страсбург, 2011.

12 URL: srji.org/resources/case/torture/207.

10 URL: eurasialegal.info/index.php?option=

сторон сам по себе не является основанием для отклонения жалобы.

Европейский суд обычно отклоняет требования властей об исключении жалобы из списка рассматриваемых дел на основании п. 1 ст. 37 Конвенции в связи с тем, что заявитель отказался от заключения мирового соглашения на условиях, предложенных властями или органами государства-ответчика.

В силу п. 2 ст. 38 Конвенции и п. 2 ст. 62 Регламента Европейского суда какие-либо предложения, суждения и аргументы сторон, выдвинутые в ходе переговоров о заключении мирового соглашения, являются конфиденциальными и никоим образом не препятствуют сторонам в судебном разбирательстве использовать аргументы, противоположные тем, которые были заявлены в процессе дружественного урегулирования. В случае неподписания мирового соглашения ни одна сторона вне переговоров о мировом соглашении не может разглашать какие-либо предложения другой стороны, ее суждения или аргументы, выдвинутые в ходе переговоров о заключении мирового соглашения, и ссылаться на них.

Европейский суд неоднократно подчеркивал, что следует различать, с одной стороны, заявления (предложения), прозвучавшие в ходе конфиденциальной процедуры заключения мирового соглашения в соответствии с п. 2 ст. 38 Конвенции и п. 2 ст. 62 Регламента Европейского суда, и, с другой стороны, односторонние заявления, сделанные властями государства-ответчика в ходе открытого и состязательного разбирательства в Европейском суде. В первом случае любые заявления и предложения имеют сугубо конфиденциальный характер, во втором – не возникает обязанности соблюдать конфиденциальность.

Нарушение обязанности, закрепленной в п. 2 ст. 38 Конвенции и п. 2 ст. 62 Регламента Европейского суда, соблюдать конфиденциальность переговоров в отношении мирового соглашения рассматривается Европейским судом в качестве злоупотребления правом на обращение с жалобой.

Например, в деле *Hadrabova and others v. the Czech Republic* власти государства-ответчика указали на то, что в своем требовании к чешским органам о выплате компенсации заявители прямо сослались на предложение, сделанное им секретариатом Европейского суда в целях заключения мирового соглашения. Европейский суд отметил, что в силу п. 2 ст. 38 Конвенции переговоры о мировом соглашении являются конфиденциальными. При этом согласно п. 2 ст. 62 Регламента Европейского суда никакие письменные или устные сообщения, а также предложения или уступки, сделанные в

целях достижения мирового соглашения, не могут быть использованы в качестве ссылок или обоснований при разбирательстве дела. Европейский суд подчеркнул важность принципа конфиденциальности переговоров о мировом соглашении. Он также подтвердил невозможность ссылок на любые сообщения, сделанные во время переговоров о мировом соглашении. Поскольку из представленных властями документов следовало, что заявители в своем требовании к чешским органам прямо сослались на предложение, сделанное им секретариатом Европейского суда в рамках переговоров о мировом соглашении, Европейский суд счел эти действия нарушением конфиденциальности переговоров о мировом соглашении. Европейский суд указал, что пренебрежение этим правилом является злоупотреблением правом в значении п. 3 ст. 35 Конвенции.

Умышленное нарушение заявителем обязанности хранить конфиденциальность содержания переговоров по мировому соглашению, налагаемой на стороны в соответствии со статьей 39 § 2 Конвенции и правилом 62 § 2 Регламента, может быть расценено как злоупотребление правом подачи жалобы и привести к ее отклонению (*Mirošubovs* и другие против Латвии, § 66; *Hadrabová* и другие против Чехии (реш.), и *Rorov* против Молдовы, § 48).

Чтобы узнать, нарушил ли заявитель свою обязанность хранить конфиденциальность, необходимо сначала определить границы этой обязанности. Ее действительно нужно толковать в свете стоящей за ней общей задачи облегчить процедуру заключения мирового соглашения путем защиты сторон и суда от какого бы то ни было давления. Хотя передача третьим лицам содержания документов, относящихся к мировому соглашению, и может являться злоупотреблением с точки зрения статьи 35 § 3 а) Конвенции, отсюда нельзя сделать вывод о том, что демонстрация этих документов третьему лицу или их обсуждение с ним находятся под полным и безусловным запретом. Столь широкое и строгое толкование может ущемить правомерные интересы заявителя, если, например, в отдельном деле он имеет разрешение представлять себя в суде самостоятельно, но у него возникает необходимость всего один раз обратиться за квалифицированным советом. Кроме того, проконтролировать соблюдение такого запрета суду было бы слишком сложно, практически невозможно. Статья 39 § 2 Конвенции и правило 62 § 2 Регламента запрещают сторонам именно разглашение указанной информации, будь то через СМИ, в переписке, которую читает большое количество людей или любым

другим способом (Miroļubovs и другие против Латвии, § 68). Злоупотребление выражается именно в таких обладающих определенной серьезностью действиях.

Для констатации злоупотребления разглашение конфиденциальной информации должно быть умышленным. Прямое участие заявителя в этом разглашении должно быть установлено с достаточной степенью надежности. Простого подозрения на этот счет недостаточно (*ibidem*, § 66 *in fine*). Вот конкретные примеры применения этого принципа: дело *Nadrabová* и другие против Чехии (реш.), в котором заявители сознательно процитировали предложение о мировом соглашении, сформулированное секретариатом суда, в переписке с министерством юстиции своей страны; дело закончилось отклонением жалобы в связи со злоупотреблением правом подачи. Другой пример – дело *Miroļubovs* против Латвии, в котором не было установлено с определенностью, что разглашение конфиденциальной информации явилось делом рук всех троих заявителей. В итоге суд отклонил предварительное возражение государства-ответчика.¹³

В-седьмых, необоснованность жалобы.

Является злоупотреблением со стороны заявителя неоднократная подача сутяжнических и явно необоснованных жалоб, зачастую повторяющих содержание тех его жалоб, что уже были признаны судом неприемлемыми (*M.* против Соединенного Королевства (реш.), и *Philis* против Греции (реш.)).

Суд также может отклонить в связи со злоупотреблением любую жалобу, которая явно лишена какой-либо серьезной подоплеки и/или затрагивает спор о ничтожной денежной сумме. В деле *Wock* против Германии (реш.) заявитель жаловался на

длительность рассмотрения гражданского дела, которое он инициировал с целью возмещения затрат на пищевую добавку, прописанную врачом, стоимостью 7,99 евро. Суд подчеркнул, что он перегружен большим количеством жалоб, затрагивающих серьезные вопросы защиты прав человека, и что присутствует несоразмерность между тривиальными фактами этого дела и обращением заявителя к механизму Конвенции в связи, с одной стороны, со спором о ничтожной сумме (учитывая к тому же размеры доходов заявителя), а с другой стороны, в связи с тем, что спор касался даже не медицинского препарата, а пищевой добавки. Суд также отметил, что разбирательства подобные этому загружают внутренние суды и являются одной из причин чрезмерной длительности рассмотрения дел в судах. Жалоба была отклонена в связи со злоупотреблением правом на ее подачу. После вступления в силу Протокола № 14 (1 июня 2010 года) подобные жалобы попадают скорее под действие статьи 35 § 3 b) Конвенции (отсутствие значительного ущерба).¹⁴

Резюмируя все сказанное, следует отметить, что в практике Европейского суда институту злоупотребления правом на подачу жалобы уделяется значительное внимание. Подходы к данной проблеме, описанные в настоящей статье, безусловно, могут найти воплощение в нормах отечественного процессуального права и в правоприменении.

Пристатейный библиографический список

1. Практическое руководство по критериям приемлемости жалобы в Европейский суд по правам человека. – Страсбург, 2011.

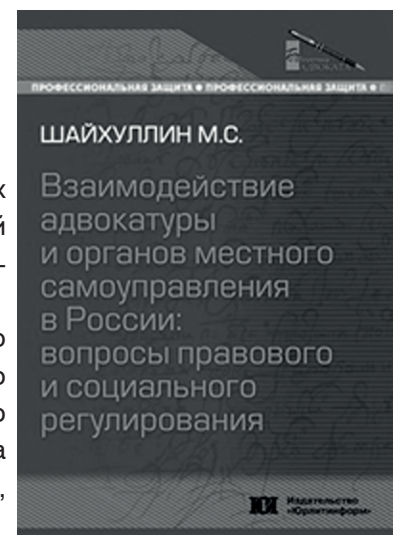
13 URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6D00F830-1AC1-4AE7-975A-7B2280F37225/0/RUS_Guide_pratique.pdf.

14 Практическое руководство по критериям приемлемости жалобы в Европейский суд по правам человека. – Страсбург, 2011. – URL: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/6D00F830-1AC1-4AE7-975A-7B2280F37225/0/RUS_Guide_pratique.pdf.

Шайхуллин М.С. Взаимодействие адвокатуры и органов местного самоуправления в России: вопросы правового и социального регулирования. – М.: Юрлитинформ, 2011.

В работе комплексно исследованы вопросы взаимодействия адвокатских образований, адвокатов и органов местного самоуправления в Российской Федерации. Показаны исторический опыт, принципы, роль, механизм социально-правового взаимодействия адвокатуры и органов местного самоуправления.

Целью монографии является изучение и разрешение вопросов теоретического и практического характера, возникающих в процессе социально-правового механизма взаимодействия российской адвокатуры и органов местного самоуправления, а также выявление их нормативного содержания. Предназначена для государственных и муниципальных служащих, практикующих юристов, преподавателей юридических вузов и научных работников.



Правосудие и правоохранительная деятельность в евразийском пространстве

Харченко В.Б.

УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ ОХРАНА ПРАВ НА РЕЗУЛЬТАТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ: ПРОБЛЕМЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО ОПРЕДЕЛЕНИЯ И ПРАВОПРИМЕНИТЕЛЬНОЙ ПРАКТИКИ

В статье на основе анализа законодательства Российской Федерации и Украины рассмотрены вопросы правовой регламентации уголовно-правовой охраны прав на результаты творческой деятельности (объекты права интеллектуальной собственности); аргументируется недопустимость существующей в настоящий момент правоприменительной практики использования соответствующих норм уголовных законов по аналогии.

Ключевые слова: уголовно-правовая охрана, результаты творческой деятельности, применение закона по аналогии.

Kharchenko V.B.

CRIMINAL LAW TO PROTECT THE RIGHTS OF INTELLECTUAL PROPERTY: ISSUES OF LEGISLATIVE DEFINITION AND LAW ENFORCEMENT PRACTICE

On the basis of analysis of the Russian and Ukrainian legislations the issues of criminal law protection of rights to the results of creative activity (intellectual property rights) are studied; the inadmissibility of the currently existing enforcement practice of the relevant rules of criminal law by analogy is argued.

Keywords: criminal law protection; results of creative activity; application of the law by analogy.

Во время проведения в Минске под эгидой Научно-технической ассоциации «Инфопарк» регионального саммита «Перспективы развития индустрии экспортно-ориентированного программирования и IT-услуг в Центральной и Восточной Европе» Эндрю Паркер, вице-президент исследований независимой исследовательской компании FORRESTER (Голландия), подчеркнул, что у Беларуси, России и Украины есть отличные шансы увеличить свое присутствие на европейском рынке программного обеспечения. По его мнению, в ближайшие пять лет размещение заказов на программирование в странах Восточной Европы увеличится в 2–5 раз. Такая позиция была полностью поддержана профессором по международному менеджменту и маркетингу в сфере IT-аутсорсинга Региной Мокзадло из Германии, которая на опыте развития сектора оффшорного программирования в Индии подчеркнула, что на сегодня он формирует более 2 % ВВП этой страны. Одновременно с этим управляющий директор немецкой компании 1STEP2EUROPA Александер Погл акцентировал внимание на желании всех больших и средних европейских компаний в ближайшее время перенести производство программных продуктов в страны Восточной Европы.¹ Однако для достижения прогресса в этой сфере указанным странам, и прежде всего России, Украине и Беларуси, необходима развитая инфраструктура, людской потенциал,

современные технологии, благоприятные экономические условия, а также надлежащий уровень правовой охраны результатов интеллектуальной, творческой деятельности.

В Украине уже отмечаются определенные шаги по направлению создания благоприятных условий, которые позволят развиваться IT-индустрии и превратить страну в региональный центр разработки программного обеспечения. Верховной Радой Украины 10 октября 2012 года был принят Закон «О государственной поддержке развития индустрии программной продукции».² Этот Закон, который вступил в силу с 6 ноября текущего года, направлен на формирование благоприятных условий развития индустрии программной продукции Украины для создания высокопродуктивных рабочих мест, привлечения инвестиций, увеличения объемов выпуска высокотехнологичной продукции, стимулирования наукоемкого экспорта и импортозамещения, реализацию научно-технического потенциала Украины. Сам факт принятия закона производит позитивный эффект, так как вопрос стимулирования IT-отрасли был поставлен на государственном уровне. Одновременно украинские компании, которые занимаются высокими технологиями и разработкой программного обеспечения, настаивают на продолжении аргументированного диалога с властью, прежде всего, относительно создания работающих механизмов правовой охраны результатов творческой деятельности, в том числе

1 У Беларусі Росії та Україні є шанси [Електронний ресурс] // Науково-практичний журнал «Інтелектуальна власність»: веб-сайт. – URL: <http://www.intelvlas.com.ua/2011-05-20-15-22-05/11279-u-belarusi-rosiji-ta-ukrajini-je-shansi.html> (дата обращения: 23.11.2012).

2 Про державну підтримку розвитку індустрії програмної продукції: Закон України від 16 жовт. 2012 р. № 5450-VI // Офіційний вісник України. – 2012. – № 85.

и посредством задействования соответствующих уголовно-правовых механизмов. При этом заслуживает внимания то, что сегодня IT-индустрия уже приносит стабильные валютные поступления в размере 1,5 млрд. долларов США в год в украинскую экономику (торговый дефицит которой за последние 8 месяцев вырос до 8,1 млрд. долларов США) и поэтому требует весомой помощи и поддержки со стороны государства.³

Однако для выработки обоснованной стратегии уголовно-правовой охраны прав на объекты интеллектуальной собственности как в Российской Федерации, так и в Украине, необходимо прежде всего обратиться к общим для двух стран истокам вопроса о защите прав на результаты интеллектуальной, творческой деятельности в уголовном законодательстве советского времени.

В соответствии с Конституцией СССР, установление основ уголовного законодательства было отнесено к ведению Союза ССР. Общесоюзное уголовное законодательство состояло из Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик (далее – Основы), законов об уголовной ответственности за государственные преступления, за воинские преступления и некоторых других общесоюзных законов. Такие же подходы существовали и применительно к науке уголовного права как единого советского уголовного права, которое «...есть волей всего советского народа, выраженной в юридических нормах».⁴ Данное обстоятельство, безусловно, являлось позитивным по своей сути, поскольку объединяло направленные на развитие и совершенствование общего уголовного законодательства усилия ученых-криминалистов и правоприменительной практики не только бывших УССР и РСФСР, но и всех других союзных республик.

Уже достаточно длительное время уголовное законодательство Российской Федерации и Украины развивается параллельно, но достаточно самостоятельно одно от другого. Следует признать опережение по большинству вопросов развития науки уголовного права РФ, что обусловлено целым рядом объективных и субъективных факторов, рассмотрение которых не является целью данной работы. Однако такое опережение прослеживается не по всем направлениям, и первое монографическое исследование вопросов уголовно-правовой охраны авторского права и смежных прав в Украине

было проведено еще в 1996 году,⁵ в то время как аналогичная тематика нашла свое освещение несколько позже в уголовном праве РФ⁶ и государствами – участниками Содружества Независимых Государств (далее – СНГ).⁷ Однако, с другой стороны, опережение развития науки уголовного права и законодательства РФ позволяет отслеживать деструктивные или ошибочные направления с целью избежать их в законодательстве и доктрине уголовного права Украины. Так, безудержный процесс «улучшения» и «дополнения» действующего уголовного закона со стороны законодателей Российской Федерации в настоящее время уже привел к нивелированию предыдущего правового опыта, нарушению концептуальных положений закона, различному регулированию целого ряда вопросов правовыми нормами, судебной практикой и доктриной уголовного права. В Украине указанный процесс только «набирает обороты», но уже обусловил дискуссии в научных кругах о необходимости изменения порядка или процедуры внесения изменений и дополнений в действующий закон об уголовной ответственности.

Ситуация в сфере сотрудничества ученых-криминалистов указанных дружественных стран усугубляется отсутствием реального взаимодействия между государствами – участниками СНГ в вопросах охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности, которое в настоящее время охватывает лишь отдельные аспекты такой охраны в рамках двусторонних соглашений Украины и РФ,⁸ а также Украины и Республики Беларусь.⁹ Проблема охраны объектов права интеллектуальной собственности является актуальной и в связи с тем, что в настоящий момент РФ и Украина заявили об инновационном пути развития, который невозможен без создания эффективного механизма охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности как посредством совершенствования внутреннего

5 Харченко В.Б. Уголовно-правовая охрана авторского права и смежных прав: дис. канд. юрид. наук. – Х., 1996. – С. 216.

6 Коваленко А.А. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав: дис. канд. юрид. наук. – М., 2001. – 202 с.

7 Кошегулов Б.Б. Уголовно-правовая характеристика нарушения авторских и смежных прав: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Караганада, 2009. – С. 30.

8 Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Російської Федерації про взаємну охорону прав на результати інтелектуальної діяльності, що використовуються та отримані в ході двостороннього військово-технічного співробітництва: затверджена постановою Кабінету Міністрів України № 519 від 04.06.2008 р. // Офіційний вісник України. – 2008. – № 41. – Ст. 1358.

9 Угода між Кабінетом Міністрів України та Урядом Республіки Білорусь про взаємну охорону прав на результати інтелектуальної діяльності, що створені та надані в ході двостороннього військово-технічного співробітництва: затверджена постановою Кабінету Міністрів України № 159 від 07.02.2007 р. // Офіційний вісник України. – 2007. – № 34. – Ст. 1379.

3 IT-отрасль заслуживает налоговых стимулов [Электронный ресурс] // журнал «Chip»: веб-сайт. – URL: <http://www.chip.ua/novosti/sobytiya/2012/11/it-otrasl-zasluzhivaet-nalogovyh-stimulov> (дата обращения: 20.11.2012).

4 Загородников Н.И. Советское уголовное право. Общая и Особенная части / Н.И. Загородников. – М.: Юрид. лит., 1975. – С. 3.

национального законодательства, так и развития международного сотрудничества, в том числе и в рамках СНГ.

В связи с этим целью данной статьи, а именно рассмотрения вопросов существующего уровня и состояния уголовно-правовой охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности в правоприменительной практике и доктрине уголовного права РФ и Украины является освещение проблемных вопросов такой охраны как на законодательном уровне, так и в правоприменительной практике наших стран, которые в целом схожи. Актуальность данной тематики подчеркивает и тот факт, что до настоящего времени указанные вопросы рассматривались исключительно в рамках национального законодательства, без учета того обстоятельства, что проблемы уголовно-правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности являются подобными для законодательства РФ и Украины, а правоприменительная практика сталкивается с одними и теми же спорными вопросами привлечения к уголовной ответственности лиц, виновных в нарушении прав на результаты интеллектуальной (творческой) деятельности.

В частности, стратегия Украины на адаптацию национального законодательства к правовой системе Европейского Союза (*acquis communautaire*)¹⁰ определила динамику развития уголовно-правовой охраны права интеллектуальной собственности,¹¹ хотя и носила в ряде случаев поспешный характер. В то же время уголовно-правовая сфера Европейского Союза оставляет за государствами-членами право на применение национального уголовного законодательства на условиях, которые в каком-либо случае делают наказание эффективным, пропорциональным и действенным.¹² Статья 61 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение TRIPS) лишь определяет, что государства-члены предусматривают уголовные процедуры и штрафы, которые применяются, по крайней мере, в случаях намеренной подделки товарных знаков или нарушения авторского права, совершенных в коммерческих

масштабах.¹³ Таким образом, именно в рамках национального уголовного законодательства должны быть решены вопросы уголовно-правовой охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности. Интенсивное совершенствование соответствующих норм уголовного законодательства Украины по охране результатов интеллектуальной деятельности (в указанные нормы уже нового УК Украины были внесены девять изменений и дополнений) не могло не повлечь за собой определенного несовершенства права, отсутствия в нем того, что должно быть необходимым его компонентом.¹⁴ В первую очередь это относится к определению родового (видового, группового) объекта преступлений в сфере интеллектуальной деятельности. Общепринятым является восприятие данного вопроса, соотношения понятий «объект уголовно-правовой охраны», «объект преступления», «объект преступного посягательства (воздействия)» как исключительно научных категорий, предметов научных споров, которые не имеют практического применения и находятся в теоретической плоскости науки уголовного права.

Безусловно, вопросы объекта преступления были и остаются одними из наиболее спорных. По мнению автора, разнообразие подходов к определению объекта преступления обусловлено, в первую очередь, необходимостью его установления исходя из традиционных подходов к уголовно-правовой характеристике состава конкретного преступления или группы преступлений исходя из анализа их элементов: объекта, объективной стороны, субъекта и субъективной стороны. Дискуссионность данного вопроса также обусловлена и той системно-определяющей функцией, которая возложена на объект преступления как критерий систематизации Особенной части уголовного закона РФ, а также закона об уголовной ответственности Украины. Именно поэтому собственную позицию по данному вопросу имеет почти каждый ученый в области уголовного права. В свою очередь, многообразие и многоплановость общественных отношений, благ, социальных ценностей, прав, свобод,¹⁵ а также исторических и современных концепций объекта преступления в теории уголовного права дают практически неограниченную возможность выбора определенной позиции в отношении объекта того или иного конкретного преступления

10 Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського союзу: Закон України від 18.03.2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. – 2004. – № 29. – Ст. 367.

11 Автор разделяет мнение ведущих украинских ученых-цивилистов, что название раздела VII части 4 Гражданского кодекса Российской Федерации «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» является намного удачнее, чем книги 4 Гражданского кодекса Украины «Право интеллектуальной собственности», так как применение термина «собственность» в отношении результатов интеллектуальной деятельности достаточно часто обуславливает ошибочное толкование содержания данного института.

12 Жданов Ю.Н. Европейское уголовное право: перспективы развития / Ю.Н. Жданов, Е.С. Лаговская. – М.: Междунар. отношения, 2001. – С. 21.

13 Основы интеллектуальной собственности: сборник / Всемир. орг. интеллектуальной собственности. – К.: Ін Юре, 1999. – С. 443–456.

14 Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве / Ф.Р. Уранский // Вестник Моск. ун-та. – 2005. – № 5. – С. 113.

15 Не дискутируя по вопросу определения понятия объекта преступления в пределах настоящей статьи, автор перечисляет данные категории в произвольном порядке.

или группы преступлений. В то же время при осуществлении досудебного производства и отправлении правосудия вопросам установления объекта, как правило, должного внимания не уделяется. Объект преступления воспринимается как что-то само собой разумеющееся, раз и навсегда данное и всегда имеющее место при совершении общественно опасного деяния, предусмотренного уголовным законом. Именно поэтому доказыванию поддается, как правило, лишь предмет преступления (если он характеризует данную конкретную норму). Объект же в большинстве случаев самостоятельному установлению и исследованию не подвергается.

Изложенное в полной мере относится к преступлениям, предусмотренным статьями 146 «Нарушение авторских и смежных прав»¹⁶ и 147 «Нарушение изобретательских и патентных прав» Уголовного кодекса Российской Федерации¹⁷ (далее – УК РФ), 176 «Нарушение авторского права и смежных прав» и 177 «Нарушение прав на изобретение, полезную модель, промышленный образец, топографию интегральной микросхемы, сорт растений, рационализаторское предложение» Уголовного кодекса Украины¹⁸ (далее – УК Украины). Установление факта незаконного использования объектов авторского права или смежных прав, права промышленной собственности, крупного размера ущерба (в УК Украины – ущерба в значительном размере), наличия умысла виновного и его соответствие признакам субъекта указанных преступлений рассматриваются как необходимое и достаточное условие квалификации содеянного по указанным нормам уголовных кодексов.

При этом наука уголовного права и судебная практика полностью игнорируют место данных составов в системе Особенной части УК РФ и Украины. По действующему законодательству указанные статьи отнесены к главе 19 «Преступления против конституционных прав и свобод человека и гражданина» раздела VII «Преступление против личности» УК РФ и к разделу V «Преступления против избирательных, трудовых и других личных прав и свобод человека и гражданина» Особенной части

УК Украины. Именно исходя из этого А.В. Наумов относит рассматриваемые нарушения к группе преступлений против социальных прав и свобод человека и гражданина, а также указывает, что конституционные права и свободы именно человека и гражданина являются непосредственным объектом данных посягательств.¹⁹

Указанное местонахождение рассматриваемых составов преступлений было определено еще в Основах уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик. Следуя Основам, уголовные кодексы УССР и РСФСР 60-х годов прошлого столетия отнесли нарушение авторских и изобретательских прав к главам IV Особенных частей уголовных законов РСФСР и УССР, которые имели тождественное название – «Преступления против политических и трудовых прав граждан». Такой подход был продиктован содержанием соответствующих положений советского гражданского права, которое рассматривало авторскую и изобретательскую деятельность трудящихся только как часть прав советских граждан на труд. Институт прав интеллектуальной собственности (прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации) в современном его понимании в то время не существовал и не мог существовать. Государство закрепляло за собою право использования данных результатов творческой деятельности советских граждан фактически по своему усмотрению, оставляя авторам и изобретателям лишь личные неимущественные права и право на вознаграждение.

Ответственность за нарушение права авторства на научное, литературное, музыкальное или художественное произведение была предусмотрена ст. 136 УК УССР, а за нарушение прав авторства на изобретение или рационализаторское предложение – ст. 137 УК УССР. В уголовном законодательстве РСФСР ответственность за данные преступления предусматривалась разными частями ст. 141 УК РСФСР. Хотя и утверждалось, что при совершении этих преступлений «...не только нарушаются авторские права граждан, но и затрагиваются имущественные интересы личности»,²⁰ фактически данные «интересы» предусматривали лишь право на вознаграждение автора со стороны государства за использование его произведения, изобретения или рационального предложения.

В настоящее время институт права на результаты интеллектуальной деятельности претерпел

16 В международных соглашениях и нормативно-правовых актах, модельном законе «Об авторском праве и смежных правах», а также в национальном гражданском законодательстве РФ и Украины термин «авторское право» всегда употребляется в единственном числе. УК РФ, а также многие ученые-криминалисты до настоящего времени в отношении авторского права употребляют множественную форму – «авторских прав», что является нарушением принципа единства терминологий в различных отраслях национального законодательства.

17 Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ // Законы РФ: веб-сайт. – URL: <http://femida.info/61/ukrf001.htm> (дата обращения: 26.11.2012).

18 Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III // Офіційний вісник України. – 2001. – № 21. – Ст. 920.

19 Словарь по уголовному праву / Г.Н. Борзенков, А.Э. Жалинский, Б.В. Здравомыслов, А.С. Михлин [и др.]; Отв. ред.: А.В. Наумов. – М.: БЕК, 1997. – С. 434–436.

20 Загородников Н.И. Указ. соч. – С. 387.

кардинальные изменения и приобрел одно из важнейших значений не только для национального гражданского законодательства государств – участников СНГ, но и для построения цивилизованных рыночных отношений, обеспечения социальной ориентации экономики, инновационного социально-экономического развития, межгосударственного сотрудничества в рамках СНГ, ЕС, ВТО, Таможенного союза в рамках Евразийского экономического сообщества, а также признания международных конвенций, соглашений и договоров, ратифицированных высшими законодательными органами РФ и Украины, частью национального законодательства. За время самостоятельного государственного строительства РФ и Украина создали эффективную государственную систему правовой охраны интеллектуальной собственности, которая обеспечивает государственную политику в данной сфере, сформировали нормативно-правовую базу, которая в целом соответствует международным нормам и стандартам, создали соответствующую инфраструктуру и внедрили механизмы реализации правовых норм. В наших странах существенно повысился уровень защиты прав интеллектуальной собственности, улучшается система координации действий правоохранительных и контролирующих органов по противодействию нарушениям в сфере интеллектуальной собственности.

Каждая из указанных стран за этот период ратифицировала основные международные документы в сфере авторского права, смежных прав и прав промышленной собственности. Конституции РФ и Украины гарантировали каждому гражданину свободу литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, охрану интеллектуальной собственности. Гражданскими кодексами предусмотрены самостоятельные разделы (книги) о правах на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а в Украине и специальные законы об авторском праве и смежных правах, об охране прав на изобретение и полезные модели, промышленные образцы, сорта растений, топографии интегральных микросхем, другие результаты творческой деятельности. Кроме того, постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ была принята новая редакция модельного закона «Об авторском праве и смежных правах»²¹ (далее – Модельный закон).

21 О новой редакции модельного закона «Об авторском праве и смежных правах» [Электронный ресурс]: постановление Межпарламентской Ассамблеи государств – участников СНГ от 18.11.2005 г. № 26-13 // АНО «Институт проблем информационного права»: веб-сайт. – URL: <http://www.medialaw.ru/exussrlaw/l/sng/07.htm> (дата обращения: 13.07.2010).

Вместе с тем, указанная совокупность изменений в сфере правового регулирования и охраны объектов права интеллектуальной собственности (фактически создание нового самостоятельного института гражданского права) в уголовных законодательствах РФ и Украины повлекла за собой лишь увеличение перечня предметов данных преступлений, изменения круга деяний, их образующих, а также основания уголовной ответственности исключительно в случае причинения крупного (значительного) ущерба.

Одновременно, как подчеркивалось ранее, требует уточнения круг лиц, которые по законодательству РФ и Украины могут обладать исключительными имущественными правами на результаты интеллектуальной деятельности. В соответствии со ст. 1228 Гражданского кодекса Российской Федерации²² (далее – ГК РФ), ст. 421 Гражданского кодекса Украины²³ (далее – ГК Украины), а также ст. 15 Модельного закона, право авторства, право на имя и иные личные неимущественные права могут принадлежать только гражданину (автору, исполнителю, изобретателю и т.п.), творческим трудом которого создан такой результат. Они неотчуждаемы и непередаваемы, отказ от этих прав ничтожен. Исключительное же имущественное право может принадлежать как гражданину, так и юридическому лицу (правообладателю), которые вправе использовать такой результат по своему усмотрению любым не противоречащим закону способом (ст. 1229 ГК РФ, ст. 424 ГК Украины, ст. 16 Модельного закона). Эти положения указывают на две самостоятельные группы правообладателей: 1) граждане (физические лица) и 2) юридические лица.

В российской юридической литературе²⁴ и специальной литературе на Украине²⁵ подчеркивается, что указанные преступления посягают на провозглашенную в основных законах охрану интеллектуальной собственности (ст. 44 Конституции РФ и ст. 54 Конституции Украины). Действительно, ч. 1 ст. 44 Конституции РФ гласит: «Каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. Интеллектуальная собственность

22 Гражданский кодекс Российской Федерации от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ // Собрание законодательства Российской Федерации. – 2006. – № 52. – Ст. 5496.

23 Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.

24 Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х. М. Ахметшин, А. Е. Беляев, Г. Н. Борзенков, Б. В. Волженкин [и др.]; отв. ред.: В. И. Радченко; науч. ред.: А. С. Михлин. – М.: Спарк, 2001. – С. 315–316.

25 Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: за станом законодавства і постанов Пленуму Верховного суду України на 1 груд. 2001 р. / Ю. В. Александров, П. П. Андрушко, В. І. Антипов [та ін.]; Відп. ред. С. С. Яценко. – К.: А. С. – К., 2002. – С. 352–353.

охраняется законом». Конституция Украины также содержит идентичную дефиницию. Однако следует акцентировать внимание на том, что данные нормы предусмотрены в соответствующих главах конституций, которые гарантируют права и свободы человека и гражданина, а термин «каждому» предполагает такое его содержание – «каждому человеку и гражданину гарантируется...». На это указывает и общепризнанная трактовка понятий «человек» и «гражданин» в истории русского языка.²⁶

О таком понимании конституционных прав и свобод свидетельствует и систематизация объектов преступлений, предусмотренных разделом V Особенной части УК, в науке уголовного права Украины. Практически все авторы определяют родовым объектом данной группы преступлений конституционные права и свободы именно человека²⁷ и гражданина.²⁸ Некоторые авторы даже выделяют обязательный признак данных преступлений – потерпевшего. По их мнению, при нарушении авторского права, смежных прав и прав промышленной собственности потерпевшим может быть только физическое лицо (автор, исполнитель произведения, изготовители фонограмм или видеogramм, автор изобретения и т.п.), а также их наследники и физические лица, которым на законных основаниях были переданы права на эти объекты.²⁹ Исключением является позиция С.Я. Лыховой, которая обоснованно делает вывод, что составы деяний, посягающих на результаты интеллектуальной деятельности, находятся за пределами родовых объектов преступлений против избирательных, трудовых и других личных прав и свобод человека и гражданина (раздела V Особенной части УК Украины).³⁰ М.И. Хавронюк также не считает данные составы преступлений посягательствами на личные права и свободы человека и гражданина.³¹

Неоспоримо то, что преступления, предусмотренные статьями 146 и 147 УК РФ, а также аналогичные нормы УК Украины имеют место только

в случае нарушения права на результаты интеллектуальной деятельности физического лица. По данным МВД РФ, с января по декабрь 2011 года сотрудники органов внутренних дел выявили 5033 преступлений, связанных с нарушением авторских и смежных прав. За указанный период было расследовано 4022 преступления, 3058 уголовных дел направлены в суд.³² Одновременно из 167 нарушений авторского права и смежных прав, в отношении которых были вынесены обвинительные приговоры в течение прошлого года на Украине, значительное большинство (более 98 %) были совершены в отношении правообладателей – юридических лиц (корпорации по разработке программного обеспечения, звукозаписывающие организации, организации вещания и т.п.). Правоприменительная практика Российской Федерации свидетельствует об аналогичных результатах.

Согласно исследованию Business Software Alliance (BSA) и IDC, использование пиратского программного обеспечения в РФ за пять лет снизилось на 24 % (с 87 % в 2004 г. до 63 % в 2011 г.). В то же время финансовые потери производителей программного обеспечения в России от использования пиратской продукции составили 3,227 млрд. долларов США.³³ Уровень пиратского программного обеспечения на персональных компьютерах в Украине наоборот уже который год увеличивается на 1 процентный пункт ежегодно и составил 86 % в 2011 году. Согласно данным IDC, на каждые 100 долларов США официального программного обеспечения, проданного в 2009 году, приходится 75 долларов США нелегальных продаж.³⁴ Эта проблема затрагивает не только IT-индустрию, но и экономику в целом, так как снижение уровня пиратства может принести значительные экономические выгоды. Так результаты исследования влияния уровня пиратства на экономику, проведенного BSA/IDC, показали, что снижение уровня пиратства может создать сотни тысяч рабочих мест, а также иметь эффект для экономического развития, измеряемый в миллиардах долларов и сопровождаемый

26 Даль В.И. Толковый словарь русского языка: современ. версия / В.И. Даль – М.: ЭКСМО-Пресс, 2000. – С. 190, 707.

27 Коржанский М.И. Кваліфікація злочинів / М.И. Коржанский. – К.: Юрінком Інтер, 1998. – С. 209.

28 Кримінальне право України. Особлива частина: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / Г.М. Анісімов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов [та ін.]; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – 4-те вид., перероб. і допов. – Х.: Право, 2010. – С. 103.

29 Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Гришук [та ін.]; За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка – 6-те вид., перероб. та доп. – К.: Юрид. думка, 2009. – С. 391, 392.

30 Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина: (розділ V Особливої частини КК України) / С.Я. Лихова; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2006. – С. 160–162.

31 Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М.І. Хавронюк. – К.: Істина, 2004. – С. 180.

32 BSA объявила о результатах правоприменительной деятельности в 2011 году [Электронный ресурс] // Business Software Alliance: [веб-сайт]. – URL: <http://ww2.bsa.org/country/News%20and%20Events/News%20Archives/ru/2012/ru-04052012-wrapup.aspx> (дата обращения: 27.11.2012).

33 В 2011 году российские пираты установили нелегального программного обеспечения на сумму более 3 миллиардов долларов [Электронный ресурс] // Business Software Alliance: [веб-сайт]. – URL: <http://ww2.bsa.org/country/News%20and%20Events/News%20Archives/global/05152012-idc-globalpiracystudy.aspx> (дата обращения: 27.11.2012).

34 Уровень компьютерного пиратства в Украине продолжает расти – результаты исследования BSA и IDC [Электронный ресурс] // Business Software Alliance: [веб-сайт]. – URL: <http://ww2.bsa.org/country/News%20and%20Events/News%20Archives/global/05112010-globalpiracystudy.aspx> (дата обращения: 27.11.2012).

ростом налоговых поступлений, которые могут быть направлены на финансирование бюджетных программ и служб на местном уровне. Эксперты IDC подсчитали, что на каждый доллар официального программного обеспечения, продаваемого в Украине, приходится 3–4 доллара США дохода локальным сервисам компаниям-дистрибьюторам. Вместе с тем, снижение глобального уровня компьютерного пиратства в мире лишь на один процентный пункт в год обеспечит прирост программной отрасли на 20 млрд. долларов США.³⁵

Учитывая изложенное, можно утверждать, что по уровню и по распространенности нарушения исключительных имущественных прав интеллектуальной собственности обладателей – юридических лиц являются более общественно опасными (как правило, причиняют значительный или крупный ущерб) и преобладают в правоприменительной практике наших государств. В соответствии с этим судам предписано исходить из того, что ответственность за нарушение авторского права и (или) смежных прав наступает при наличии определенных, установленных законом условий: факта противоправного поведения лица; вреда, причиненного субъекту авторского права и (или) смежных прав; причинно-следственной связи между вредом и противоправным поведением лица; виной лица, которое причинило вред.³⁶ В связи с отсутствием соответствующих норм о нарушении прав на результаты интеллектуальной деятельности правообладателей – юридических лиц в уголовном законодательстве как РФ и Украины, так и большинства государств – участников СНГ, в отношении данных посягательств применяются уголовно-правовые нормы, предусмотренные главами и разделами против конституционных прав и свобод именно человека и гражданина.

Это позволяет утверждать, что в РФ и Украине, в случае нарушения прав интеллектуальной собственности юридических лиц, составы преступлений, посягающие на результаты интеллектуальной деятельности правообладателей – физических лиц (статьи 146, 147 УК РФ и 176, 177 УК Украины), в настоящее время применяются по аналогии, а именно: по признаку сходства общественно опасных

деяний по родовому (видовому) объекту.³⁷ Действительно, ст. 16 УК РСФСР 1926 года определяла: «Если то или иное общественно опасное деяние прямо не предусмотрено настоящим Кодексом, то основание и пределы ответственности за него определяются применительно к тем статьям Кодекса, которые предусматривают наиболее сходные по роду преступления...».³⁸ Однако следует напомнить, что в настоящее время в уголовном праве РФ и Украины действует принцип *nullum crimen sine lege* (нет преступления без указания на него в законе), а ч. 2 ст. 3 УК РФ и ч. 4 ст. 3 УК Украины содержат идентичные положения: «Применение уголовного закона по аналогии не допускается». Кроме того, объект преступления является обязательным, общим, основным, необходимым признаком любого состава преступления. Его отсутствие в любом случае исключает состав преступления.³⁹

Вместе с тем, в абз. 2 п. 1 постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации № 14 от 26 апреля 2007 года указывается, что судам следует учитывать, что помимо автора произведения (физического лица, творческим трудом которого создано произведение) или обладателей смежных прав (исполнителей, производителей фонограмм, организаций эфирного и кабельного вещания) потерпевшими по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьей 146 УК РФ, могут являться иные лица (как физические, так и юридические), которым авторское право или смежные права принадлежат на основании закона, переходят по наследству либо по договору. По нашему убеждению, данное положение прямо противоречит ч. 2 ст. 3 УК РФ и является применением уголовного закона по аналогии.

Следует отметить, что в последнее время в Украине дискутируется тема принятия отдельного кодифицированного законодательного акта – Кодекса интеллектуальной собственности – и включения в него норм об уголовной ответственности за нарушение прав на все объекты данного института. При этом игнорируется то обстоятельство, что какое-либо совершенствование уголовного законодательства должно происходить с использованием имеющегося правового опыта⁴⁰ и преемственности

35 Progress Through the Economic Storm: year in review [Электронный ресурс] // Business Software Alliance: [веб-сайт]. – URL: <http://www.bsa.org/country/BSA%20and%20Members.aspx> (дата обращения: 10.07.2010).

36 Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав [Электронный ресурс]: постановка Пленуму Верховного суду України від 04.06.2010 р. № 5 // Інформаційний сервер Верховного Суду України [веб-сайт]. – Режим доступа : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf&Count=500&> (дата обращения: 27.11.2012).

37 Сборник действующих постановлений Пленума Верховного суда СССР, 1924–1951 гг. / Под ред. А.А. Волин. – М.: Госюриздат, 1952. – С. 29–30.

38 Советское уголовное право. Общая и Особенная части: учебник / В.Ю. Кириченко, М.И. Якубович; Под ред. В.Д. Меньшагина. – М.: Госюриздат, 1958. – С. 48–50.

39 Тацкий В.Я. Объект и предмет преступления по советскому уголовному праву: учеб. пособие. / В.Я. Тацкий. – Х.: Юрид. ин-т, 1982. – С. 12.

40 Бажанов М.И. К вопросу о преемственности в уголовном праве // Проблемы законности. Республ. межведомств. научн. сборник. – Вып. 30. – Х., 1995. – С. 115.

старого и нового уголовного закона.⁴¹ В некоторых странах (Франция, Германия, Филиппины) существует практика включения в отдельные гражданско-правовые акты норм об уголовной ответственности. Однако ч. 2 ст. 3 УК Украины предусматривает, что законы Украины об уголовной ответственности, принятые после вступления в силу УК, включаются в него после вступления их в силу. Часть 1 ст. 2 УК Украины также указывает, что основанием уголовной ответственности является совершение лицом общественно опасного деяния, содержащего все признаки состава преступления, предусмотренного УК. Аналогично эти вопросы решаются наукой уголовного права и уголовным законодательством РФ.⁴²

Обоснованное и правомерное разрешение данного вопроса было предложено проектом Закона Украины от 10 июля 2007 года № 4006.⁴³ Имея большое количество замечаний к тексту и отдельным положениям данного законопроекта, следует отметить, что основная его новелла о дополнении Особенной части УК Украины новым самостоятельным разделом «Преступления против интеллектуальной собственности» и включении в него всех составов преступлений, посягающих на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, вне зависимости от вида обладателей прав на данные объекты интеллектуальной собственности и вне зависимости от вида объектов этих прав, по нашему мнению, является единственно правильной и научно обоснованной. К сожалению, данный законопроект не нашел поддержки и был отозван автором в ноябре того же года.

Таким образом, считаем необходимым констатировать следующее:

Во-первых, в настоящий момент в уголовном праве РФ и Украины грубо нарушается один из основополагающих принципов – принцип законности, без соблюдения которого невозможно построение всей отрасли, отдельных ее институтов, правотворческая и правоприменительная деятельность.

Во-вторых, постановление Пленума Верховного суда РФ от 26 апреля 2007 года № 14 «О практике

рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака», в части определения круга потерпевших по преступлениям, предусмотренным статьями 146 и 147 УК РФ, противоречит положениям Конституции и УК РФ, общепризнанным принципам и нормам международного права и, как следствие, не может применяться в судебной практике и подлежит пересмотру или отмене.

В-третьих, уголовное законодательство РФ и Украины в настоящее время не содержат соответствующих норм-запретов, предусматривающих ответственность за нарушение прав на результаты интеллектуальной деятельности, правообладателями которых являются юридические лица, то есть имеется существенный пробел права.

В-четвертых, привлечение к уголовной ответственности и применение наказаний за совершение преступлений, предусмотренных статьями 146 и 147 УК РФ, 176 и 177 УК Украины, в случае посяательства на результаты интеллектуальной деятельности, правообладателями которых являются юридические лица, в Российской Федерации и Украине является незаконным, поскольку в этом случае уголовный закон применяется по аналогии.

В-пятых, предложения о включении норм об уголовной ответственности за посяательства на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации в отдельный кодифицированный законодательный акт являются необоснованными, деструктивными и противоречащими доктрине уголовного права и основополагающим положениям уголовного закона РФ и Украины.

В-шестых, не обеспечив национальными уголовными законодательствами соответствующей охраны прав на результаты интеллектуальной деятельности, которая согласуется с общепризнанными на международном уровне подходами и принципами, Российская Федерация и Украина не могут претендовать на статус государств с развитой правовой системой, а также их принятие во всемирные и региональные межгосударственные организации и союзы.

В-седьмых, законодателям Российской Федерации и Украины, а также ученым-криминалистам государств – участников СНГ следует наконец-то воспринять тезис, обоснованный в конце прошлого века⁴⁴ и опробованный правоприменительной

41 Навроцкий В.О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.). – К.: Атіка, 2001. – С. 27.

42 Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / А.Л. Агафонов, Б.Х. Балкаров, Ю.А. Гладышев, Ю.В. Головлев [и др.]; Под ред. П.Н. Панченко. – Нижний Новгород: Номос, 1996. – Т. 1. – С. 16.

43 Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кодексу України про адміністративні правопорушення щодо впорядкування відповідальності за злочини проти інтелектуальної власності [Електронний ресурс]: проект Закону України від 10.07.2007 р. № 4006 // Верховна Рада України [офіц. сайт]. – URL: http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc4_1?id=&pf3511=30520 (дата обращения: 15.12.2009).

44 Харченко В.Б. Захист прав інтелектуальної власності у новому Кримінальному кодексі України / В.Б. Харченко // Право України. – 1995. – № 2 – С. 33.

практикой Эстонской республики,⁴⁵ Испании,⁴⁶ Германии⁴⁷ и других европейских государств, что преступления в сфере интеллектуальной собственности образуют свою обособленную самостоятельную группу преступных посягательств, объединенных единым родовым объектом, имеющих право на свое обособленное, самостоятельное место в системе Особенной части уголовного закона. По нашему мнению, наиболее приемлемо включение данной группы преступлений новой самостоятельной главой 22-1 «Преступления в сфере интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации» УК РФ, внеся при этом изменения в название соответствующего раздела. В УК Украины было бы логично и правильно включить самостоятельный раздел VII-1 «Преступления в сфере интеллектуальной собственности». Термин «в сфере» более желателен, так как отдельные посягательства могут быть совершены непосредственно правообладателями таких прав.

И, в-осьмых, исторический опыт развития государств со схожей правовой системой и схожими общими принципами построения системы национального законодательства свидетельствует о необходимости возобновления более тесного сотрудничества Российской Федерации и Украины как на законодательном и научном уровнях, так и на уровне юристов-правоприменителей наших государств, в том числе и в вопросах противодействия посягательствам на результаты интеллектуальной деятельности.

Пристатейный библиографический список

1. Бажанов М.И. К вопросу о преемственности в уголовном праве // Проблемы законности. Республиканский межведомственный научный сборник. – Х., 1995. – Вып. 30.
2. Даль В.И. Толковый словарь русского языка: современ. версия / В.И. Даль – М.: ЭКСМО-Пресс, 2000.
3. Жданов Ю.Н. Европейское уголовное право: перспективы развития / Ю.Н. Жданов, Е.С. Лаговская. – М.: Междунар. отношения, 2001.
4. Загородников Н.И. Советское уголовное право. Общая и Особенная части: учебник / Н.И. Загородников. – М.: Юрид. лит., 1975.

45 Уголовный кодекс Эстонской Республики: с изменениями и дополнениями на 1 августа 2001 г. / Науч. ред. В.В. Запелов (пер.); вступ. ст.: Н.И. Мацнев. – С.-Пб.: Юрид. центр Пресс, 2001. – С. 251–255.

46 Уголовный кодекс Испании / Под ред. и с предисл.: Н.Ф. Кузнецовой, Ф.М. Решетникова; Пер.: В.П. Зыряновой, Л.Г. Шнайдер. – М.: Зерцало, 1998. – С. 87–92.

47 Уголовный кодекс ФРГ: [...по состоянию на 17 авг. 1999 г.: Перевод] / Моск. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. каф. уголов. права и криминологии; Пер. и предисл. А.В. Серебренникова. – М.: Зерцало, 2000. – С. 166, 167.

5. Коваленко А.А. Уголовно-правовая охрана авторских и смежных прав: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2001.
6. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Х.М. Ахметшин, А.Е. Беляев, Г.Н. Борзенков, Б.В. Волженкин [и др.]; Отв. ред. В.И. Радченко; Науч. ред. А.С. Михлин. – М.: Спарк, 2001.
7. Коржанський М.Й. Кваліфікація злочинів / М.Й. Коржанський. – К.: Юрінком Інтер, 1998.
8. Кошечулов Б.Б. Уголовно-правовая характеристика нарушения авторских и смежных прав: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – Караганда, 2009.
9. Кримінальне право України. Особлива частина: підруч. для студ. вищ. навч. закл. / Г.М. Анісімов, Ю.В. Баулін, В.І. Борисов [та ін.]; За ред. В.В. Сташиса, В.Я. Тація; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – 4-те вид., перероб. і допов. – Х.: Право, 2010.
10. Лихова С.Я. Злочини у сфері реалізації громадянських, політичних та соціальних прав і свобод людини і громадянина: (розділ V Особливої частини КК України) / С.Я. Лихова; Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. – К., 2006.
11. Навроцький В.О. Наступність кримінального законодавства України (порівняльний аналіз КК України 1960 р. та 2001 р.). – К.: Атіка, 2001.
12. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України: за станом законодавства і постанов Пленуму Верховного суду України на 1 груд. 2001 р. / Ю.В. Александров, П.П. Андрушко, В.І. Антипов [та ін.]; Відп. ред. С.С. Яценко. – К.: А.С.К., 2002.
13. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / А.М. Бойко, Л.П. Брич, В.К. Грищук [та ін.]; За ред. М.І. Мельника, М.І. Хавронюка – 6-те вид., перероб. та доп. – К.: Юрид. думка, 2009.
14. Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. / А.Л. Агафонов, Б.Х. Балкаров, Ю.А. Гладышев, Ю.В. Головлев [и др.]; Под ред.: П.Н. Панченко. – Нижний Новгород: Номос, 1996. – Т. 1.
15. Словарь по уголовному праву / Г.Н. Борзенков, А.Э. Жалинский, Б.В. Здравомыслов, А.С. Михлин [и др.]; Отв. ред.: А.В. Наумов. – М.: БЕК, 1997.
16. Советское уголовное право. Общая и Особенная части: учебник / В.Ю. Кириченко, М.И. Якубович; Под ред.: В. Д. Меньшагина. – М.: Госюриздат, 1958.
17. Тацій В.Я. Объект и предмет преступления по советскому уголовному праву: учеб. пособие. / В.Я. Тацій. – Х.: Юрид. ин-т, 1982. 20.
18. Уголовный кодекс Испании / Под ред. и с предисл.: Н.Ф. Кузнецовой, Ф.М. Решетникова; Пер.: В.П. Зыряновой, Л.Г. Шнайдер. – М.: Зерцало, 1998.
19. Уранский Ф.Р. К вопросу о понятии и видах пробелов в праве // Вестник Московского ун-та. – М.: Моск. ун-т, 2005. – № 5.
20. Хавронюк М.І. Довідник з Особливої частини Кримінального кодексу України / М.І. Хавронюк. – К.: Істина, 2004.
21. Харченко В.Б. Захист прав інтелектуальної власності у новому Кримінальному кодексі України / В.Б. Харченко // Право України. – 1995. – № 2.
22. Харченко В.Б. Уголовно-правовая охрана авторского права и смежных прав: дис. ... канд. юрид. наук. – Х., 1996.

Конин В.В.

РЕВИЗИЯ УПК РФ НА ПРИМЕРЕ ВОЗРОЖДЕНИЯ ИНСТИТУТА ВОЗВРАЩЕНИЯ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ ДЛЯ ДОПОЛНИТЕЛЬНОГО РАССЛЕДОВАНИЯ

Изменения в УПК РФ 2001 года, принятые в последние несколько лет, позволяют сделать вывод о том, что институт возвращения уголовных дел для дополнительного расследования, не нашедший своего места в УПК РФ в момент его принятия, фактически возрожден. В настоящее время в УПК РФ отсутствуют какие-либо препятствия к производству полноценного дополнительного расследования по возвращенному судом уголовному делу с любой стадии судебного разбирательства.

Ключевые слова: УПК РФ, дополнительное расследование, возвращение уголовного дела прокурору, правовая позиция Конституционного суда РФ.

Konin V.V.

AUDIT OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION ON THE EXAMPLE OF REVIVAL OF INSTITUTE OF RETURN OF CRIMINAL CASES FOR ADDITIONAL INVESTIGATION

Changes in the criminal procedure code of the Russian Federation, 2001, adopted in the last few years, allow to conclude that the Institute of returning criminal cases for further investigation, not found their place in the criminal procedure code of the Russian Federation at the moment of its adoption, in fact revived. At the present time in the criminal procedure code of the Russian Federation there are no barriers to the production of a full-fledged additional investigation on returned by the court the criminal case with any stage of the trial.

Keywords: RF code of criminal procedure, the additional investigation, the return of the criminal case to the Prosecutor, the legal position of the constitutional Court of the Russian Federation.

После вступления в действие УПК РФ 2001 г., фактически ликвидировавшего институт дополнительного расследования, вопросы возвращения уголовного дела для производства дополнительного расследования относятся к числу достаточно дискуссионных. Разброс мнений по данной проблеме достаточно широк. Ряд ученых выступает за возрождение этого института. Однако не все поддерживают это мнение.

Учитывая ограниченный объем статьи, мы кратко, в виде тезисов, постараемся рассмотреть существовавший ранее и вновь возрожденный институт возвращения уголовных дел для производства дополнительного расследования.

Институт возвращения уголовного дела для производства дополнительного был известен еще дореволюционному уголовному судопроизводству. Так, например, согласно ст. 534 Устава уголовного судопроизводства «Признав следствие достаточно полным и произведенным без нарушения существенных форм и обрядов судопроизводства, Палата постановляет окончательное определение о предании суду или о прекращении дела, а в противном случае обращает его к доследованию или законному направлению». В случае выявления нового преступления в процессе судебного разбирательства, по которому обвинение не предъявлялось, суд в соответствии со ст. 753 Устава возвращал дело «... к предварительному следствию, если это окажется нужным, и к составлению обвинительного акта по всем преступным действиям подсудимого»,

поскольку Устав запрещал ставить перед присяжными заседателями вопросы о виновности в совершении преступлений, по которым не проводилось предварительное расследование, и это преступление не отражалось в обвинительном акте.¹

Устав уголовного судопроизводства прекратил свое действие на территории бывшей Российской империи после издания Декрета Совета Народных Комиссаров № 1 «О суде» от 24 ноября 1917 года после известных событий, в результате которых власть в стране перешла в руки большевиков. Как нам представляется, столь быстрая ликвидация суда преследовала только одну цель – лишить суд возможности признать незаконным захват власти.

Вновь создаваемое уголовно-процессуальное законодательство во многом отталкивалось от Устава уголовного судопроизводства, в то же время приспособившись под существующие реалии политической жизни страны. Так, институт возвращения уголовных дел для дополнительного расследования нашел себе место в Декрете «О суде» № 2 от 7 марта 1918 г. Статья 22 Декрета устанавливала следующее: «По уголовным делам обвинительный акт заменяется постановлением следственной комиссии о предании суду. Если таковое постановление окружным судом будет признано недостаточно обоснованным, то от него зависит возвратить дело

¹ Устав уголовного судопроизводства. – Издание шестое, исправленное и дополненное. – Санкт-Петербург // Издание юридического книжного магазина Н.К. Маргынова, 1913. / При цитировании автором применялась современная орфография.

в следственную комиссию для доследования или поручить таковое одному из членов суда».²

Декрет ВЦИК от 30 ноября 1918 г. «О народном суде» развил эту норму следующим образом: «Постановление следственной комиссии о предании суду или прекращении следствия должно быть мотивировано; если это постановление будет признано народным судом недостаточно обоснованным, народный суд направляет дело к доследованию в следственную комиссию».³

Как отмечает А.С. Бахта, «Вместе с тем решение вопроса о том, возвратить ли дело в следственную комиссию на доследование или поручить таковое члену суда, не зависело от усмотрения окружного суда: дело направлялось к доследованию императивно. Этим подчеркивалась существенность такого нарушения, как недостаточная обоснованность обвинения, которое не может быть восполнено судом, и устранить его возможно только путем дополнительного расследования. Следовательно, практика к этому времени уже знала такое основание направления дела к доследованию как односторонность и необъективность следствия».⁴

Первым уголовно-процессуальным законом революционной России стал УПК РСФСР 1922 года. Необходимо отметить, что этот УПК устанавливал, что правом возвращения уголовного дела для производства предварительного расследования обладал лишь прокурор и суд. Так, право прокурора на возвращение уголовного дела предусматривалось частью 1 статьи 226 и статьей 231 УПК РСФСР. Полагаем, что необходимо процитировать вышеприведенные статьи. Так, часть 1 статьи 226 УПК РСФСР определяла порядок действий прокурора при поступлении уголовного дела, расследованного в ускоренном порядке – т.е. дознания: «Прокурор, получив в порядке статьи 107 Проз. кодекса материал дознания, рассматривает, является ли дело достаточно выясненным, и либо направляет дело для производства дополнительного дознания или для производства предварительного следствия, либо прекращает дело производством при наличии оснований, указанных в ст.ст. 4 и 106 Проз. кодекса, либо постановляет о предании обвиняемого суду».⁵

Тем самым можно сделать вывод, что прокурор вправе был передать материал, расследованный в

порядке дознания, следователю для производства предварительного следствия.

Статья 231 УПК РСФСР определяла действия прокурора при поступлении уголовного дела, расследованного в ходе предварительного следствия: «Получив от следователя в порядке ст. 215 Проз. кодекса дело с обвинительным заключением, прокурор, признав следствие неполным, возвращает дело следователю с указанием на те обстоятельства, которые необходимо расследовать, каковое указание является для следователя обязательным».⁶

Право суда на возвращение уголовного дела для дополнительного расследования устанавливалось статьями 237, 241, 242, 251 УПК РСФСР 1922 года.

УПК РСФСР 1922 года действовал непродолжительное время, менее одного года. 15 февраля 1923 г. Постановлением ВЦИК был введен в действие новый УПК РСФСР, который действовал до 1961 года. По этому УПК, как и по ранее действовавшему, право направлять уголовные дела для производства дополнительного расследования предоставлялось прокурору и суду.

Часть 1 статьи 222 УПК устанавливала следующее: «Прокурор, получив в порядке статьи 105 УПК материал дознания, рассматривает, является ли дело достаточно выясненным, и либо направляет дело для производства дополнительного дознания или для производства предварительного следствия, либо прекращает дело производством при наличии оснований, указанных в ст.ст. 4 и 202 УПК, либо постановляет о предании обвиняемого суду».⁷

Статья 227 УПК гласила, что «Получив от следователя в порядке ст. 211 УПК дело с обвинительным заключением, прокурор, признав следствие неполным, возвращает дело следователю с указанием на те обстоятельства, которые необходимо расследовать, каковое указание является для следователя обязательным».

Право суда возвращать уголовные дела для производства дополнительного расследования устанавливалось статьями 233, 237, 238 УПК РСФСР.

Сменивший УПК РСФСР 1923 г. УПК РСФСР 1960 г. сохранил институт возвращения уголовных дел для производства дополнительного расследования. Этим правом по-прежнему обладали в соответствии с п. 8 ст. 211 УПК РСФСР – прокурор и суд, в соответствии с полномочиями, предоставленными им пунктом 2 статьи 221 и статьей 232 УПК РСФСР.⁸ Тем самым, по мнению А.П. Кругликова, обеспечивалась двойная проверка законности и

2 Декрет ВЦИК «О суде» от 7 марта 1918 г. № 2 // СПС «Консультант Плюс».

3 Декрет ВЦИК «О народном суде» от 30 ноября 1918 г. // СПС «Консультант Плюс».

4 Бахта А.С. Эффективность правового института возвращения уголовного дела прокурору: проверка практикой и временем // История государства и права. – 2010. – № 14. / Цит. по СПС «Консультант Плюс».

5 УПК РСФСР 1922 г. // СПС «Консультант Плюс».

6 УПК РСФСР 1922 г. // СПС «Консультант Плюс».

7 УПК РСФСР 1923 г. // СПС «Консультант Плюс».

8 УПК РСФСР 1960 г. // СПС «Консультант Плюс».

обоснованности действий и решений следователя по делу, по которому расследование закончено.⁹

Согласно части первой статьи 232 УПК РСФСР 1960 г., суд в стадии назначения судебного заседания возвращает дело для дополнительного расследования в случаях: 1) неполноты произведенного дознания или предварительного следствия; 2) существенного нарушения уголовно-процессуального закона органами дознания или предварительного следствия; 3) наличия оснований для предъявления обвиняемому другого обвинения либо для изменения обвинения на более тяжкое или существенно отличающееся по фактическим обстоятельствам от обвинения, содержащегося в обвинительном заключении; 4) наличия оснований для привлечения к уголовной ответственности по данному делу других лиц; 5) неправильного соединения или разъединения дела. В решении о направлении дела для дополнительного расследования указываются его основания, обстоятельства, которые дополнительно должны быть выяснены, а также определяется мера пресечения в отношении обвиняемого (части вторая и третья статьи 232 УПК РСФСР).

Такое же решение суд выносит, если указанные в статье 232 УПК РСФСР обстоятельства будут им установлены во время судебного разбирательства уголовного дела (часть первая статьи 258 УПК РСФСР). Уголовное дело возвращалось прокурору, который устанавливал срок расследования по уголовному делу.

УПК РФ 2001 г. не предусматривал института дополнительного расследования и фактически лишил суд права возвращать уголовные дела для производства дополнительного расследования, установив достаточно узкий перечень оснований для возвращения уголовных дел прокурору.

Законодатель тем самым попытался реализовать правовую позицию Конституционного суда Российской Федерации, изложенную в Постановлении от 20.04.1999 г. № 7-П, где говорилось следующее: «Положения статей 232 и 258 УПК РСФСР, предусматривающие направление судом находящегося в его производстве уголовного дела для дополнительного расследования ввиду его неполноты, противоречат также статьям 46 (часть 1) и 52 Конституции Российской Федерации, поскольку создают возможность отказа гражданину в эффективном восстановлении его прав судом, не обеспечивая ни обвиняемым в совершении преступлений, ни потерпевшим от преступных действий

доступ к правосудию в разумный срок. Более того, рассмотрение дела судом вообще может не состояться, поскольку действующее уголовно-процессуальное регулирование допускает прекращение уголовных дел в ходе дополнительного расследования... Таким образом, пункты 1 и 3 части первой статьи 232 и часть первая статьи 258 УПК РСФСР не исключают произвольного применения, связанного как с отказом от вынесения оправдательного приговора, т.е. от публичной реабилитации незаконно привлеченных к уголовной ответственности, так и с непредоставлением своевременной защиты потерпевшим, поскольку возвращение дела органам расследования может безосновательно отдалять для потерпевших перспективу судебного определения их прав.

Кроме того, если в ходе дополнительного расследования дело прекращается, то невиновное лицо, в отношении которого велось уголовное преследование, а также потерпевший вообще лишаются возможности получить защиту в суде от незаконных действий органов расследования, поскольку такие действия подлежат проверке судом, как правило, лишь в процессе судебного разбирательства по делу после окончания расследования».¹⁰

Как справедливо заметил А.А. Козьявин, «... опираясь на теоретические рассуждения, разработчики УПК РФ в 2002 г. упразднили институт возвращения уголовных дел на дополнительное расследование, разрешив таким образом противоречие между научным взглядом на то, как должен поступить суд при недостаточности доказательств виновности подсудимого (его следует оправдать), и правоприменительной практикой, когда суд не брал на себя смелость выносить оправдательный приговор, а предоставлял «второй шанс» стороне обвинения, часто, кстати, бесполезный шанс».¹¹

Таким образом, правовая позиция Конституционного суда Российской Федерации заключалась в том, что подтверждала правомочие суда по ходатайству стороны или по собственной инициативе вернуть дело прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом в случаях существенных нарушений уголовно-процессуального закона, не устранимых в судебном производстве, если возвращение дела прокурору не связано

¹⁰ Постановление Конституционного суда РФ от 20 апреля 1999 г. № 7-П «По делу о проверке конституционности положений пунктов 1 и 3 части первой статьи 232, части четвертой статьи 248 и части первой статьи 258 Уголовно-процессуального кодекса РСФСР в связи с запросами Иркутского районного суда Иркутской области и Советского районного суда города Нижний Новгород» // СПС «Консультант Плюс».

¹¹ Козьявин А.А. Теория и практика отправления правосудия по уголовным делам и их аксиологическое противоречие // «Мировой судья». – 2011. – № 9. / Цит. по СПС «Консультант Плюс».

⁹ Кругликов А.П. Возвращение уголовного дела для дополнительного расследования руководителем следственного органа или прокурором // Российская юстиция. – 2009. – № 2. / Цит. по СПС «Консультант Плюс».

с восполнением неполноты произведенного дознания или предварительного следствия.

Не все ученые, а также практики были согласны с позицией Конституционного суда РФ. Но, как справедливо отметила А.А. Тришева, «Исходя из этого решение вопроса о том, следует ли восстановить дополнительное расследование либо отказаться от него, зависит исключительно от того, по какому пути в дальнейшем пойдет российский уголовный процесс. При выборе в качестве способа организации уголовно-процессуальной деятельности розыскного судопроизводства дополнительное расследование должно быть сохранено, при построении процесса по состязательному типу – нет».¹²

На наш взгляд, запрет на возвращение уголовного дела для производства дополнительного расследования был вызван попыткой заставить предварительное следствие более качественно расследовать уголовные дела.¹³ Но что вышло из этой попытки?

Как показало время, «... судебная практика, соответствующим образом истолковав норму ст. 237 УПК РФ, по-прежнему отправляла прокурору уголовные дела с явным намеком на дополнительное расследование. Возникло новое противоречие, к решению которого впоследствии неоднократно привлекался и Конституционный суд России, и законодатель».¹⁴

Прокурор, поскольку не имеет возможности самостоятельно проводить следственные действия по устранению нарушений, допущенных предварительным следствием и препятствующих рассмотрению уголовного дела в суде, в свою очередь, возвращает уголовное дело руководителю следственного органа для производства дополнительного расследования с указаниями, в которых перечисляется, какие следственные действия необходимо произвести. Руководитель следственного отдела передает уголовное дело следователю для производства предварительного следствия со своими указаниями, в дополнение к указаниям прокурора и устанавливает срок предварительного следствия. В дальнейшем срок следствия может быть продлен руководителем следственного органа на общих основаниях.

Как это согласуется с высказанной правовой позицией Конституционного суда Российской Федерации, согласно которой, «...суд общей юрисдикции при осуществлении производства по уголовному делу может по ходатайству стороны или по собственной инициативе вернуть дело прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом в случаях, когда в досудебном производстве допущены существенные нарушения уголовно-процессуального закона, не устранимые в судебном производстве, если возвращение дела прокурору не связано с восполнением неполноты произведенного дознания или предварительного следствия; при этом устранение допущенных нарушений предполагает осуществление необходимых для этого следственных и иных процессуальных действий. В противном случае участники уголовного судопроизводства, чьи права и законные интересы были нарушены в ходе досудебного производства, по существу, были бы лишены судебной защиты».¹⁵

Понятно, что при производстве следственных и иных процессуальных действий для устранения допущенных существенных нарушений проводились следственные действия, устраняющие неполноту проведенного расследования, производился сбор дополнительных доказательств, подтверждающих виновность обвиняемого, уточнялось предъявленное ранее обвинение. Все это противоречило правовым позициям Конституционного суда, но суды закрывали на это глаза.

Со временем изменилась и позиция Конституционного суда РФ. Так, в Постановлении от 16.05.2007 г. № 6-П Конституционный суд изложил свою позицию по вопросу возвращения уголовных дел для дополнительного расследования следующим образом: «Пересмотр вступившего в законную силу судебного решения в порядке надзора как средство исправления судебных ошибок имеет место в тех случаях, когда выявляются допущенные в ходе досудебного производства или при рассмотрении уголовного дела судом нарушения закона, которые повлияли или могли повлиять на всесторонность и полноту исследования обстоятельств дела, правильность уголовно-правовой оценки содеянного, обеспечение прав участников уголовного судопроизводства. В таких случаях отмена приговора или иного завершающего производство по уголовному делу решения в надзорном порядке и возвращение дела для нового его рассмотрения позволяют органам уголовного преследования и суду устранить свои собственные нарушения – как намеренные, так и явившиеся результатом

12 Тришева А.А. Институт следственных судей – необходимое условие состязательного судопроизводства // Законность. – 2009. – № 7. / Цит. по СПС «Консультант Плюс».

13 Рагулин А.В. Некоторые аспекты применения ст. 237 УПК РФ и феномен латентного оправдательного приговора в российской судебной практике // Право и государство: современное состояние и пути совершенствования: сборник научных трудов. – Липецк: ЛГПУ, 2009 – С. 99–103.

14 Козьявин А.А. Указ. соч.

15 Постановление Конституционного суда РФ № 18-П от 08.12.2003 г. // СПС «Консультант Плюс».

заблуждения, хотя подобные нарушения могли и должны были бы быть предотвращены или исправлены еще до вступления соответствующего решения по уголовному делу в законную силу... Исходя из данной правовой позиции, сформулированной в Постановлении Конституционного суда Российской Федерации от 5 февраля 2007 года № 2-П, именно на этих стадиях уголовного судопроизводства, где в наибольшей мере получают свое воплощение принципы процессуальной деятельности, в первую очередь должны в максимальной степени обеспечиваться условия для вынесения законных, обоснованных и справедливых решений, что, в частности, предполагает принятие судом первой инстанции по заявлению сторон о наличии новых или вновь открывшихся обстоятельств, могущих иметь существенное значение для разрешения дела, надлежащих мер к тому, чтобы они получили свое отражение в итоговом решении. Если же это невозможно в силу недопустимости выхода суда за рамки обвинения, сформулированного в обвинительном заключении (обвинительном акте), то должны быть задействованы процессуальные механизмы, которые позволяли бы осуществлять расследование новых обстоятельств и их учет в соответствующем документе, направляемом в суд органами уголовного преследования».¹⁶

Указанная правовая позиция затем была неоднократно повторена, в частности, в Определении Конституционного суда РФ от 22.03.2012 г. № 590-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Попова Игоря Владимировича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации».¹⁷ Тем самым Конституционный суд РФ, пересмотрев свои взгляды, открыл дорогу для полного возрождения института дополнительного расследования в том виде, в каком он содержался в УПК РСФСР 1960 г.

Мы в полной мере согласны с мнением А.В. Смирнова, который отметил следующее: «Вряд ли можно считать разумным с точки зрения основ правосудия, когда сторона, виновная в нарушении своих процессуальных обязанностей и не доказавшая обвинения в установленной законом форме, вместо наказания за это получает от суда

шанс повторить неудавшуюся попытку еще и еще раз. Напомним, что именно сторона обвинения в силу закона несет бремя доказывания виновности, т.е. тяжесть неблагоприятных последствий ее недоказанности! Где же эти неблагоприятные последствия, если нерадивому обвинителю суд будет назначать «переэкзаменовку» до тех пор, пока он наконец не преуспеет в уголовном преследовании хотя бы на «удовлетворительно»? Следует указать и на то, что подавляющее большинство демократических государств обходится без инквизиционного института дополнительного расследования».¹⁸

Представляется, что правовые позиции Конституционного суда РФ по вопросам уголовного судопроизводства, изложенные в ранее изданных Постановлениях и Определениях, были нацелены на идеальное толкование УПК РФ, в то время как сложившаяся практика – как следственная, так и судебная – оказались не готовы к применению идеального толкования. И, по всей видимости, Конституционный суд РФ начал с этим считаться.

Постановление Конституционного суда РФ от 5 февраля 2007 года № 2-П не осталось без внимания ученых. Одним из первых подверг это постановление критике А.С. Александров, указав, что «Конституционный суд руководствовался вроде бы благими пожеланиями – защита прав потерпевшего. Но благими пожеланиями вымощена дорога в ад. Встав на путь пересмотра запрета на поворот к худшему, суд возглавил процесс ползучей реакции на демократические завоевания судебной реформы. Общий смысловой фон УПК, как следствие, сильно изменился».¹⁹

В настоящее время, в связи с изменениями, внесенными в УПК РФ, институт дополнительного расследования фактически возрожден в полном объеме. Мы согласны с мнением К.А. Савельева, который полагает, что особенностью последних изменений порядка пересмотра приговоров является установление возможности возвращения дела прокурору со стадии апелляционного, кассационного и надзорного производства (подп. 7 ч. 1 ст. 389.20; ч. 2 ст. 389.22; подп. 3 ч. 1 ст. 401.14; подп. 6 ч. 1 ст. 412.11). В итоге, как указывает К.А. Савельев, обвиняемому может быть предъявлено новое, более тяжелое обвинение. Таким образом, итогом отмены приговора с возвращением дела прокурору

16 Постановление Конституционного суда РФ от 16.05.2007 № 6-П «По делу о проверке конституционности положений статей 237, 413 и 418 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом президиума Курганского областного суда» // СПС «Консультант Плюс».

17 Определение Конституционного суда РФ от 22.03.2012 № 590-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Попова Игоря Владимировича на нарушение его конституционных прав частью первой статьи 237 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс».

18 Смирнов А.В. Состязательные и инквизиционные элементы в современном уголовном процессе постсоветских государств Среднеазиатского региона (Казахстан, Киргизия, Таджикистан, Туркменистан) // Уголовное судопроизводство. – 2012. – № 1. / Цит. по СПС «Консультант Плюс».

19 Александров А.С. Интерпретация и право // Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса. Сборник материалов международной научной конференции. – СПб., 2010. – С. 14.

может быть не только ухудшение положения осужденного в пределах предъявленного ему обвинения, но и неограниченное изменение обвинения в худшую сторону.²⁰

Подводя итог, мы можем сказать, что возрождение института возвращения уголовных дел для производства дополнительного расследования может достаточно негативно повлиять на повышение качества предварительного расследования, поскольку предоставляет стороне обвинения еще одну попытку улучшить свою позицию, дополнить количество собранных по делу обвинительных доказательств, опровергающих доказательства стороны обвинения, и тем самым ставит сторону защиты изначально в проигрышное положение, вопреки установленному принципу равноправия сторон в уголовном судопроизводстве.

Пристатейный библиографический список:

1. Александров А.С. Интерпретация и право // Конституционно-правовые проблемы уголовного права и процесса. Сборник материалов международной научной конференции. – СПб., 2010.

20 Савельев К.А. Реформа процессуального порядка пересмотра приговоров ограничивает права участников уголовного судопроизводства // «Уголовное судопроизводство». – 2011. – № 3. / Цит. по СПС «Консультант Плюс».

2. Бахта А.С. Эффективность правового института возвращения уголовного дела прокурору: проверка практикой и временем // «История государства и права». – 2010. – № 14.

3. Козьявин А.А. Теория и практика отправления правосудия по уголовным делам и их аксиологическое противоречие // «Мировой судья». – 2011. – № 9.

4. Кругликов А.П. Возвращение уголовного дела для дополнительного расследования руководителем следственного органа или прокурором // «Российская юстиция». – 2009. – № 2.

5. Рагулин А.В. Некоторые аспекты применения ст. 237 УПК РФ и феномен латентного оправдательного приговора в российской судебной практике // Право и государство: современное состояние и пути совершенствования: сборник научных трудов. – Липецк: ЛГПУ, 2009.

6. Савельев К.А. Реформа процессуального порядка пересмотра приговоров ограничивает права участников уголовного судопроизводства // «Уголовное судопроизводство». – 2011. – № 3.

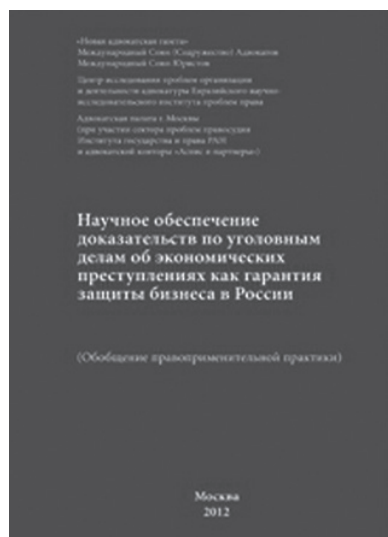
7. Смирнов А.В. Состязательные и инквизиционные элементы в современном уголовном процессе постсоветских государств Среднеазиатского региона (Казахстан, Киргизия, Таджикистан, Туркменистан) // «Уголовное судопроизводство». – 2012. – № 1.

8. Тришева А.А. Институт следственных судей – необходимое условие состязательного судопроизводства // «Законность». – 2009. – № 7.

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 обобщен 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

Винников А.В.

О МИРОВЫХ ЗАКОНОМЕРНОСТЯХ ПОЛИЦЕЙСКОГО И СУДЕБНОГО ПЕРЕВОДА

В статье приведен анализ институтов судебных и полицейских переводчиков в США, Канаде, Австралии, Великобритании, Франции, Испании и Германии, охарактеризована криминальная лингвосфера и определены ее закономерности.

Ключевые слова: судебный перевод, полицейский перевод, криминальная лингвосфера.

Vinnikov A.V.

ABOUT WORLD REGULARITIES OF POLICE AND JUDICIAL TRANSFER

In article the analysis of institutes of judicial and police translators is provided in the USA, Canada, Australia, Great Britain, France, Spain and Germany, is characterized criminal lingvosphere and its regularities are defined.

Keywords: judicial transfer, police transfer, criminal lingvosphere.

Перевод с одного языка на другой в системе правосудия и защиты правопорядка берет начало от двух исторических событий – Вавилонского столпотворения и зарождения феномена права. Он воплощен в принципе национального языка судопроизводства и тем более институционализирован, чем большее внимание в законодательстве страны уделяется соблюдению прав человека.

В СССР право на предоставление переводчика гражданам в суде было ограничено. Только сравнительно недавно в Российской Федерации УПК РФ 2001 г. предоставил право пользоваться родным языком и услугами переводчика всем участникам уголовного судопроизводства, не владеющим или недостаточно владеющим языком судопроизводства. Ч. 3 ст. 14 Федерального Закона «О полиции» от 07.02.2011 г. №3-ФЗ предусмотрено разъяснение задержанному, в частности, его права на услуги переводчика. Аналогичные нормы существуют в странах СНГ. Естественно, что введение такого права как безусловного вызвало многочисленные организационные и финансовые трудности в процессе правоприменения, тем более что интенсивность миграционных процессов в России нарастает. Предоставленная в данном отношении самой себе судебно-полицейская власть на территории бывшего СССР обращается к услугам местных национальных диаспор, случайных независимых непрофессиональных переводчиков и любых частных агентств переводов, даже таких, в штате которых реально состоит один человек, а также проводит тендеры переводческих организаций, запрещенные законодателем в случае уголовного производства.¹

О том, что такое судебный и официальный перевод, как его организовывать, какие требования к нему предъявлять и кто такие судебные и полицейские переводчики, у российских специалистов нет единства мнений. Преобладают предложения

прибегнуть к копированию зарубежного опыта, т.к. там судебный и полицейский перевод прошел несравненно более длинный путь развития. Часто требуют учреждения особого института присяжных переводчиков – как правило, дипломированных специалистов, которые аттестуются и лицензируются уполномоченными государственными органами, или в обязательном порядке состоят в профессиональных саморегулируемых организациях (СРО). Некоторые считают целесообразным ввести специальные учебные курсы подготовки судебных переводчиков в ВУЗах – наверное, по типу военных переводчиков, многие – создавать штатные подразделения переводчиков при МВД, судах и т.п. Под все эти мнения неизменно подводится благовидная идеологическая база защиты государственных интересов и прав человека, повышения качества перевода и экономии средств федерального бюджета. Проведенное нами исследование зарубежных источников однозначно указывает, что упомянутые посылки – не более, чем плоды мифотворчества, и что будь они реализованы, например, на территории РФ, нам пришлось бы «наступить на те же грабли», которые уже ударили по лбу наших европейских коллег.

Сегодня, в эпоху глобализации, объективные условия проявления тех или иных социальных и экономических феноменов и сами их явления имеют много общего. Например, кризисные явления в Западной Европе сближают уровень жизни европейцев и граждан стран СНГ. Тенденции к полному обеспечению прав человека сближают уголовно-процессуальные законы различных стран по духу и букве. Поэтому обращение к зарубежному опыту и теории, несомненно, имеет резон. Однако вызывает сомнение корректность отечественных исследований этой сферы, если они вообще имели место.

Приведенные ниже результаты анализа современного опыта и теории судебно-полицейского

¹ Винников А.В. Судебный перевод и судебно-переводческие организации. – Российский юридический журнал. – 2012. – № 2 – С. – 167–174.

перевода в странах традиционной демократии Европы, США, Канаде и Австралии показывают, с одной стороны, неожиданные и поучительные для нас тенденции развития этого особого института судопроизводства, а с другой – совершенно удивительные попытки реализации корыстных интересов связанных с ним профессиональных групп.

1. Лингвистическая структура судебного перевода. Присяжные переводчики и носители языка

Мировая среда существования языков – лингвосфера (термин предложен британским лингвистом Дэвидом Долби) отличается неоднородностью и динамикой, отражающей миграционные процессы. В свою очередь, лингвистическая морфология судебного перевода дополнительно зависит от этнокриминологической географии и происходящих в ней процессов. В качестве примера локальной лингвоморфологической характеристики можно привести данные учетов частот обращений по языкам в Бюро переводов при районном суде Южного района Нью-Йорка за период с 1 июня 2001 г. по 20 апреля 2011 г. Всего зарегистрированы 61566 обращений за 65 языками и диалектами.

Таблица 1.

Язык	Число обращений	Язык	Число обращений
Испанский	49052	Персидский	94
Фучао диалект китайского	2365	Тви	94
Китайский	2036	Фулани	78
Русский	1383	Польский	75
Арабский	1191	Румынский	75
Кантонский диалект китайского	1136	Идиш	70
Корейский	595	Язык жестов (глухонемых)	63
Французский	454	Хауса	11
Урду	363	Микстеко	9
Пенджаби	355	Болгарский	8
Иврит	214	Эве	8
Пушту	202	Патуа	8
Албанский	157	Украинский	8
Сомалийский	142	Индонезийский	7
Бенгальский	123	Шведский	5
Португальский	118	Ашанти	4
Турецкий	113	Патуа Ямайка	4
Немецкий	101	Словацкий	4
Итальянский	98	Камбоджийский	3
Греческий	61	Шанхайский диалект	3
Мандинго	46	Сингальский	2
Гуджаратский	44	Темне	2
Филиппинский	35	Чешский	1
Датский	34	Венгерский	1
Суахили	33	Ибо	1
Сонгхэ	26	Литовский	1
Грузинский	56	Тайваньский диалект	1
Армянский	55	Тайский	1
Японский	55		
Креольский гаитянский	54		
Сонинке	50		
Хинди	49		
Вьетнамский	49		

В среднем нью-йоркская организация оказывает услуги устного и письменного судебного перевода 470 раз в месяц на 18 языках.²

Группа канадских специалистов³ отмечает, что на потребности в языках перевода отражаются судебная практика, межэтническая напряженность, различные события и пр. Поэтому спрос является волнообразным. Например, 4 года назад пользовался большим спросом тамильский язык. Воевали между собой две большие устойчивые этнические криминальные группировки. В 2000 г. преобладал спрос на пенджабский язык и урду, а также вьетнамский и румынский. Некоторые языки почти не требуются в определенный период, а затем спрос резко возрастает. В прошедшем году так было с немецким и венгерским, армянским и албанским.

Несколько лет назад в Канаде часто требовались переводчики арабского, испанского и итальянского языков. Сегодня они также нужны, но значительно меньше.⁴ (Это замечание является исключительно важным. Фактически непредсказуемая динамика лингвистической морфологии судебного перевода обуславливает неизбежность обращения судов и полиции к их рыночным источникам – коммерческим агентствам или бюро переводов – прим. А.В.).

Структурную неустойчивость спроса на языки перевода подтверждает опыт автора 2003–2011 гг., полученный в результате руководства крупной судебной экспертно-переводческой организацией по обслуживанию 90 % всей потребности в судебных переводах правоохранительных и судебных органов Ростовской области и уголовных процессов из некоторых других регионов РФ. Лица, ходатайствующие о предоставлении им переводчика (фигуранты по уголовному делу) – по преимуществу граждане России не титульной национальности или граждане стран СНГ и ближнего зарубежья. Структура наименований и частота применения языков судебного перевода отражает национальный состав страны и протекающие в ней миграционные процессы, а в криминологическом смысле – этническую сторону преступности, делинквентность отдельных национальных групп, иммиграционную политику государства. Сравнение мировой практики судебного перевода с эмпирическими данными о судебном переводе в России доказывает единство криминальной лингвосферы и глобальную общность протекающих в ней процессов.

2 United States District Court, Southern District of New York. – URL: http://sdnyinterpreters.org/faq.php#faq_28.

3 Christine Viens, Georges L.Bastin, Solange Duhamel et Roselyne Moreau. L'accréditation des interprètes judiciaires au Palais de justice de Montréal. – URL: <http://www.erudit.org/revue/meta/2002/v47/n2/008016ar.pdf>.

4 Там же.

В недавнем прошлом при письменном переводе таможенной документации по делам о так называемой товарной контрабанде (часть первая статьи 188 УК РФ – «Контрабанда») часто требовались: английский, немецкий, испанский, французский, латышский, литовский, эстонский, польский, корейский, китайский, сербский и финский языки. В настоящее время спрос на них упал в связи с декриминализацией соответствующих дел.

Большинство языков перевода для судебной и правоохранительной систем являются языками народов России. А языки СНГ стали формально иностранными в России сравнительно недавно. Классические иностранные языки, для которых в РФ существуют дипломированные переводчики – английский, немецкий и французский – встречаются редко. Поэтому в общем случае невозможно привлечь в процесс дипломированных переводчиков иностранных языков и приходится пользоваться услугами так называемых носителей языка – лиц, владеющих иным языком как своим родным, и русским языком.

Часть языковой структуры перевода для правоохранительных органов находится в динамике, отражающей изменчивость миграционных процессов и миграционной политики в Российской Федерации. Это видно на примере разнонаправленности изменения во времени частотности обращений к специализированной организации за китайским и киргизским, и узбекским, и таджикским переводом. Так, уменьшение частот обращений за языками персидским (фарси) и дари отражает не этнокриминологическую динамику, а обусловленное внешнеполитическими обстоятельствами простое снижение количества обращений граждан Афганистана в органы ФМС по вопросу предоставления им статуса беженцев.

Такая неустойчивость не позволяет прогнозировать потребность в судебных переводчиках языков стран СНГ и, следовательно, готовить их централизованно. Однако существует и постоянная часть языковой структуры. В нашем случае это языки армянский, азербайджанский, грузинский, цыганский, ингушский, чеченский и дагестанские – аварский и даргинский. Как нам представляется, относительное постоянство потребности в этих языках отражает тот факт, что персональный состав этнических преступников – не недавние мигранты типа гастарбайтеров, а давно натурализовавшиеся мигранты – российские граждане или даже коренные жители России соответствующих национальностей. При этом структура запросов на судебный перевод отражает специализацию криминально-девиантного поведения соответствующей

этнической группы. Спрос на судебный перевод грузинского языка остается на высоком уровне, несмотря на то, что в последние годы произошел качественный сдвиг в характере преступлений, совершаемых грузинами: от общеуголовных преступлений к различного рода нарушениям государственной границы РФ, паспортно-визового режима и т.п. Это легко объяснить известным политическим конфликтом между Россией и Грузией, сопровождавшимся этнической чисткой грузин в России и разгромом грузинской диаспоры, разрывом дипломатических отношений между странами и крайним ужесточением визового режима России в отношении граждан Грузии.

Следует обратить особое внимание на постоянную характеристику спроса на язык весьма устойчиво делинквентной этнической группы – цыган (см. более подробно в статье⁵).

Представляет интерес тот факт, что, по нашим данным, морфология спроса на перевод с автохтонных языков народов России не совсем соответствует этнической структуре населения Ростовской области. Например, нет татарского языка, хотя численность проживающих в области татар не меньше численности чеченцев. Причина в том, что требующие переводчика фигуранты уголовных процессов – субъекты внутренней миграции из национальных республик Северного Кавказа часто более склонны к девиантному поведению.

Частота обращений за чеченским переводом в нашей практике упала за счет того, что с отменой режима контртеррористической операции возобновилось судопроизводство на территории самой Чеченской республики. Зато пользуются постоянным спросом языки Дагестана – аварский, даргинский и др., а также ингушский язык. Лица этих национальностей совершают общеуголовные преступления. Изредка встречаются случаи торговли наркотическими средствами.

Пестрота и изменчивость структуры криминальной лингвосферы обуславливают необходимость оперативного приспособления к ней института судебных переводчиков.

Одно из первых упоминаний о видах судебных переводчиков содержит Уголовно-процессуальный закон Королевства Испания 1882 г.: «Переводчики выбираются из числа жителей населенного пункта, имеющих это звание. А если таковых нет, то из учителей языка. При отсутствии последних переводчиками назначаются любые лица, понимающие язык». Там же: «Переводчик не обязательно

5 Винников А.В. Языки этнических криминальных групп (цыганские, кавказские и пр.) в уголовной практике ФСКН России. Проблема компетентности переводчиков // Вестник Сибирского юридического института ФСКН России. – 2012. – № 1 (10). – С. 187–197.

должен официально иметь такую профессию». Такое же по смыслу положение содержит современный УПК Испании: «Переводчиком может быть любое лицо, знающее язык, предварительно принявшее на себя обязательство об ответственности за заведомо неправильный перевод».

Испанский присяжный судебный переводчик Фернандо Гаскón (псевдоним «Присяжный гасконец») отмечает неизменность отношения законодателя к переводчику, несмотря на происшедшие в Испании глубокие политико-демографические изменения: страна из эмигрантской превратилась в иммигрантскую.⁶ В стране существуют саморегулируемая организация «ASETRAD» – Испанская ассоциация письменных переводчиков, корректоров и устных переводчиков и комиссия при Министерстве иностранных дел, присваивающие желающим звание присяжных переводчиков. Однако спроса на таких переводчиков почти нет.

Анна Арривас Абеledo, исследуя судебный и полицейский перевод в Барселоне, не обнаружила среди переводчиков около 110 ежедневно проходящих с их участием судебных заседаний во Дворце Юстиции Каталонии ни одного лица испанской национальности. Наибольшим спросом в этом Дворце Юстиции пользуются языки: румынский, урду и арабский. Европейские языки требуются редко, кроме диалектов французского и английского, на которых часто говорят коренные жители бывших африканских колоний. Нередки урду, грузинский, русский, армянский, литовский, сербо-хорватский, боснийский и нидерландский языки. Встречаются редкие и экзотические языки: волоф, мандинго, суахили, пенджаби, берберский и т.д. Любой переводчик приносит перед началом судебного заседания присягу о верности перевода.⁷

В США, самой развитой и пока не испытывающей больших финансовых трудностей стране, судебные переводчики законодательно делятся на категории:

а) сертифицированные – переводчики испанского языка, языка навахо (местных индейцев) и креольского гаитянского языков, прошедшие сертификационный экзамен в Административном офисе Федерального суда США по утвержденным государственным программам сертификации письменного и устного перевода;

б) профессионально квалифицированные – переводчики иных языков, имеющие опыт работы на конференциях и сдавшие экзамен устного перевода или состоящие в специализированной организации переводчиков типа СРО, прошедшие 50-часовой курс юридической подготовки и представившие рекомендации трех переводчиков того же языка;

в) владеющие языком лица – ими признают лиц, продемонстрировавших суду способность успешно переводить с/на иной язык.

В случае необходимости привлечения в процесс переводчика редкого языка, Руководство по судебной политике США, том 5, § 420.40, разрешает судам обращаться к услугам переводческих агентств. Перед началом судебных заседаний переводчик дает обязательство под присягой о правильном переводе.⁸

Таким образом, существование присяжных переводчиков применительно к правоохранительной системе не имеет смысла, т.к. каждый вновь вводимый в процесс переводчик обязательно приносит присягу (дает подписку и т.п.) о сохранении тайны, предупреждении об ответственности за заведомо неправильный перевод и т.п.

Собственно термин «присяжный переводчик» происходит из Германии. Здесь, несмотря на богатую историю судебного перевода – свыше 60 лет – до сих пор нет единого закона о нем на федеральном уровне. Разрозненные нормативные акты существуют только в некоторых федеральных землях ФРГ. Судебные и полицейские переводчики в разных федеральных землях называются присяжными, общественными, уполномоченными и т.д. Они принимают на себя обязательство сохранения конфиденциальности и должны соответствовать установленным квалификационным требованиям.

В Баварии принят Закон о переводчиках, предусматривающий их публичное привлечение в процесс и поголовное приведение к присяге. Переводчики для судебных и официальных нужд сдают экзамен – государственный или приравненный к нему, присягают и дают обязательство о неразглашении ставшей известной им конфиденциальной информации.⁹

§ 1 (1) Саксонского закона о переводчиках от 16 июня 1994 г. гласит: в земле Саксония судебные переводчики – устные и письменные – приносят присягу. Предпосылки приведения к присяге – личная надежность и профессиональная пригодность,

6 Fernando A. Gascón. Unabreueradiografía de la interpretación judicial en España. La linternadeltraductor. número 6. – Diciembre del 2011. – URL: <http://www.lalinternadeltraductor.org/n6/interpretacion-judicial.html>.

7 Ana Arribas Abeledo. La interpretación judicial: El interprete de la Ciutat de la justícia. Trabajoacademico de cuartocurso. Universidad Pompeu Fabra. Facultad de traducción e interpretación. Dirijido por Julie Boerie. Junio 2011. – 48 P. – URL: <http://www.recercat.net/bitstream/handle/2072/179272/ArribasAbeledoAnaTA.pdf?sequence=1>.

8 Federal Court Interpreters. – URL: <http://www.uscourts.gov>.

9 Bender Jennifer. Gerichtsdolmetscher und Urkundenuübersetzer. – URL: <http://www.leginda.de/leginda-blog-komplettansicht/items/gerichtsdolmetscher-und-urkundenuübersetzer.html>.

полученная в результате профессиональной подготовки и подтвержденная дипломом или государственным экзаменом. Судебный переводчик – это поверенный лингвист, знающий процессуальный и уголовный закон, владеющий искусством перевода, лично надежный и независимый. Имеет собственную круглую печать.

В то же время отмечается, что профессия устного и письменного переводчика в ФРГ не лицензируется. Поэтому дилетанты, владеющие иностранными языками, также могут привлекаться судами и полицией к работе в качестве переводчиков.¹⁰

Перевод при полицейских допросах понимается как составная часть институционализированной коммуникации. А присяжный судебный переводчик в Германии не только выступает в суде, но и выполняет функцию письменного перевода правовых документов согласно международному частному праву. В последнем случае он частично заменяет нотариуса, одновременно удостоверяя подлинность оригинала документа и верность его письменного перевода.¹¹

Здесь присяжный переводчик выполняет заказ не государства, а физических и юридических корпоративных лиц, и его роль уникальна как гаранта правильности перевода. Безответственные лица могут фальсифицировать документы. Автору известен случай, когда в Ростове-на-Дону органами внутренних дел был задержан лже-переводчик, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя, который, не зная грузинского языка, за грошовое вознаграждение выполнил неправильный перевод с грузинского языка на русский язык свидетельства о рождении под диктовку клиента.

Председатель Объединения присяжных переводчиков г. Лейпциг (ФРГ) Ирина Истомина печально констатирует, что еще в 1999 г. в Германии из 2 263 140 правонарушений 26,6 % (601221) были совершены не немцами. Она указывает на три варианта выбора переводчика, доступные полиции Германии: 1) лично заинтересованным сотрудником полиции из списка в центральном компьютере присяжных переводчиков, допущенных к работе в соответствующем земельном суде; 2) обезлично через централизованную диспетчерскую службу; 3) децентрализованно на местах, часто через бюро переводов. Последняя модель широко распространена и принята, в частности, в Лейпциге. Полицейские переводчики могут оказаться

не присяжными, хотя каждый и без того дает подписку об ответственности за заведомо неправильный перевод. Рассматривая новизну положения, возникшего в результате сотрудничества процессуальных лиц с агентствами переводов, И. Истомина делает важный вывод о том, что «уже не может быть речи о «привлечении» переводчика в смысле процессуального закона, т.к. сама процессуальная задача привлечения специалиста-переводчика делегируется в область коммерческих отношений».¹²

Такая же оценка современным взаимоотношениям судебно-переводческих организаций и органов управления правоохранительной системой России дана, например, в работе автора.¹³

Законодательство Французской Республики закрепляет процессуальный статус судебных переводчиков как судебных экспертов. Все они официально числятся в Национальном реестре судебных экспертов, к которому рекомендуется обращаться судам. Однако эксперты-переводчики оказываются недоступны гражданам в простых правовых ситуациях. В одном из циркуляров МВД Франции пояснено, что при задержании гражданина ознакомить его с его правами и обязанностями можно на языке, который он понимает, не обязательно на его родном языке, особенно если речь идет о редком языке. Например, албанец должен понимать итальянский, а турок – немецкий языки. Отказ задержанных подписать протоколы об их ознакомлении с их правами юридически ничтожен, если установлено, что они понимают иной язык. Таким образом, требования УПК к переводу не распространяются на первичный протокол задержания. Привлеченный полицией переводчик не должен давать никаких подписок. Могут использоваться бланки протоколов, выпущенные Минюстом Франции на многих языках. Допускается пользоваться переводом в режиме видеоконференции или по телефону. Процессуальный закон Франции не требует обязательного обращения к эксперту-переводчику из Национального реестра, допускная привлечение в качестве переводчика любого компетентного лица.¹⁴ Поощряют использование иностранных языков самими полицейскими. Более 150 французских полицейских владеют 43 иностранными языками без специального образования. Каждый из них носит бейдж с названием

12 Irina Istomina. WennLaiendolmetschen. – Zeitschrift «Deutsche Polizei». – Heft, 12/2000.

13 Винников А.В. Практические аспекты участия переводчика в уголовном процессе. Уголовный процесс. – 2012. – № 1. – С. 60–66.

14 Bulletin officiel du Ministère de la justice n° 85 (1er janvier – 31 mars 2002). – URL: <http://www.justice.gouv.fr/bulletin-officiel/dage85d.htm>.

10 Infoblattüber die Heranziehung von DolmetscherndurchPolizeibehörden.

11 Bender Jennifer. Gerichtsdolmetscher und Urkundenübersetzer.

иностранный язык, на котором он может объясниться.¹⁵

В Великобритании существуют несколько реестров добровольных объединений переводчиков. Переводчики для судов и полиции часто выбираются из Национального регистра переводчиков для общественных нужд (NRPSI). В его составе свыше 2350 переводчиков 101 языка, имеющих минимальный стандарт подготовки и уровень профессиональной подготовки. Членство платное: взнос вступительный безотзывный с одного лица за 1 язык £ 198 (в т.ч. НДС). За каждый последующий язык – £ 34. Большинство членов Ассоциации полицейских и судебных переводчиков одновременно состоят в NRPSI, приведены к присяге, проверены официальными инстанциями. Есть и иные публичные переводчики. Многие состоят в Институте лингвистов или Институте устных и письменных переводчиков.¹⁶

Британская пограничная служба имеет собственные базы данных независимых переводчиков, для которых обязательно членство в NRPSI или аттестация полицией и некоторыми другими государственными органами.¹⁷

Министерство юстиции Канады в 1999 г. выпустило руководство по судебному переводу, содержащее юридическую, деонтологическую, методическую и лингвистическую части. В руководстве содержатся вопросы для экзамена кандидатов в судебные переводчики. С тех пор Минюст проводит экзамены переводчиков и сурово их отсеивает. В результате на Большой Торонто, где проживают 1,4 миллиона человек, которые не говорят ни по-английски, ни по-французски, имеются всего 73 аккредитованных и 112 условно аккредитованных судебных переводчиков. Из них только 2 переводчика португальского языка, один – итальянского и один – мандаринского наречия китайского языка. Ни одного – корейского, турецкого, филиппинского, кхмерского, тамильского, пенджабского, африканского языков. В 2000–2001 гг. при Минюсте работали более 200 переводчиков письменных и устных, аккредитованных и неаккредитованных (которые вполне допускаются к судебным заседаниям и предварительному следствию канадским УПК!). Служба переводчиков Минюста Канады предоставляет переводчиков более 60 языков

и диалектов. Тем не менее, судьи буквально дерутся за переводчиков.¹⁸

Студент факультета права Монреальского университета Ванг Гуоцэн¹⁹ с мудрой непосредственностью выразил свое удивление канадской системой судебного перевода: «В Канаде и Квебеке система юстиции фактически не может проверить компетентность переводчика в процессе. Это заставляет делать судей, что невозможно по определению». О том же пишут Кристин Вьенс и др.²⁰ Они уточняют, что не судья должен убедиться в компетентности переводчика и его соответствии требованиям незаинтересованности и т.д. На самом деле это задача канадского Минюста, который поставляет переводчиков в суды. В данном случае Минюст выступает в роли того, что по нашему определению является судебно-переводческой организацией (СПО).

На такую же российскую проблему проверки компетентности переводчика на предварительном следствии и в судебном заседании и необходимость передать ее в компетенцию СПО автор указал в статье.²¹

Австралийские юристы К. Ластер и В. Тэйлор²² хоть и утверждают, что австралийцы не склонны к теоретизированию, дают вполне научнообразное определение судебного перевода как орудия мультикультуризма, а институт судебных переводчиков (legalinterpreters) считают яркой иллюстрацией «прикладного мультикультуризма». Определение имеет четкий прагматико-политический контекст и до последнего времени было характерно для большинства стран Европы, в которых мультикультуризм отождествлялся с позитивной идеологией государства. Хорошо известно, что институт судебного перевода намного старше теории мультикультуризма. Эта теория показала свою полную несостоятельность (по А. Меркель), а судебный и полицейский перевод благополучно существует, обеспечивая принцип равного доступа граждан к закону. К. Ластер и В. Тэйлор рекомендуют органам правосудия прибегать к услугам аттестованных

18 Christine Viens, Georges L.Bastin, Solange Duhamel etRoselyne Moreau. L'accréditation des interprètesjudiciaires; Peter Small. Court interpreter shortage nears crisis. Published On Fri, 28 Jan 2011. – URL: <http://www.thestar.com/news/crime/article/930002-court-interpreter-shortage-nears-crisis>.

19 Wang Guozheng. Traductionjuridique.Unelacuneétonnante: aucuneco nnaissancejuridiquen'estrequisedesinterprètesjudiciaires. – URL: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=37+R.J.T.+487&srctype=smi&srcid=3B15&key=eb3de3c03f62945893c2d522353db579>.

20 Christine Viens, Georges L.Bastin, Solange Duhamel etRoselyne Moreau. L'accréditationdesinterprètesjudiciaires.

21 Винников А.В. О привлечении переводчиков в судебный процесс // Судья. – 2012. – № 6.

22 Kathy Laster and Veronica L.Taylor Interpreters& the legal system. Published in Sydney, The Federation Press Pty Ltd 1994, 287p.p. ISBN 1 86287 130 2.

15 Les relations police – population: Les policiersinterprètes. – URL: <http://www.prefecturedepolice.interieur.gouv.fr/Prevention/Relations-police-population/Les-relations-police-population-Les-policiers-interpretes>.

16 Национальный реестр переводчиков для общественных нужд. – URL: <http://www.nrpsi.co.uk/index.php>.

17 The Crown Prosecution Service. Interpreters. – URL: http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/interpreters/.

переводчиков. Использование двуязычных граждан как переводчиков они считают не всегда оправданным, т.к. в неродном языке у них разный уровень подготовки, а узкие этнические группировки могут предпочитать скрытность своих внутренних дел.

Аналогичная проблема существует в России. В работах автора²³ указано на ряд языков малых автохтонных народов России (цыганский, дагестанские языки, абхазский и др.), представители которых с большим трудом соглашаются оказать услуги переводчиков правоохранительным органам.

Аккредитованными считаются лица, числящиеся в реестрах следующих организаций:

1. Национальный государственный офис по аккредитации письменных и устных переводчиков (NAATI). (Присваивает степени компетенции: полупрофессиональный переводчик письменный, полупрофессиональный переводчик устный, полупрофессиональный переводчик письменный и устный, переводчик письменный, переводчик устный, продвинутый переводчик письменный, переводчик конференций устный, продвинутый переводчик письменный и переводчик конференций устный (старший). Письменные переводчики квалифицируются как переводящие в одном и обоих направлениях).

2. Австралийский институт письменных и устных переводчиков (AUSIT) (национальное профессиональное объединение переводчиков).²⁴

При отсутствии аккредитованных переводчиков Инструкция Федерального Магистратного суда Австралии по политике в области судебного перевода допускает привлечение в уголовный процесс по контракту неаккредитованных переводчиков. Суд заказывает переводчика из любого источника, который целесообразен по затратам и по времени переводчика в пути. Предварительно сотрудники суда должны убедиться, что переводчик правильно понимает свою роль, что нет конфликта интересов, и что он будет сохранять тайну. Не допускается отказывать гражданам в переводчике по причине отсутствия финансирования.²⁵

Австрия считается образцовой страной в отношении правильного обеспечения реализации в судах и полиции принципа национального языка судопроизводства. В стране судебные переводчики

являются членами Австрийского объединения присяжных и сертифицированных судебных переводчиков (Österreichischer Verband der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Dolmetscher). Для внесения в профессиональный реестр переводчику необходимо доказать: профессиональные знания, полную дееспособность (упоминание об этом совсем не тривиально. В практике автора настоящей статьи был случай, когда один из независимых судебных переводчиков армянского языка в Ростове-на-Дону потерял дееспособность в результате удаления опухоли головного мозга, что стало проявляться в его поведении. Тем не менее, его еще долгое время привлекали к участию в судебных заседаниях и предварительном следствии по уголовным делам – прим. А.В.), честность, знание правил поведения в суде; опыт работы для выпускников по специальности перевод/переводчик – 2 года, если нет диплома – 5 лет. Сертификационный экзамен принимает комиссия в составе трех человек: юриста-председателя, представителя объединения судебных переводчиков, эксперта-лингвиста. Размер взноса за сдачу экзамена – 345,92 €, если членов комиссии более трех, за каждого последующего 86,48 €. Аттестация в первый раз дается на 5 лет, затем – на 10 лет. Переводчику выдают удостоверение на электронной карте, круглую печать переводчик заказывает сам. Вместе с тем в австрийский уголовный процесс могут привлекаться внештатные специалисты и переводчики.²⁶

Последний случай – не исключение, а правило. Национальный процессуальный закон не прописывает подробно роль переводчика и не ограничивает его права. Существующий в Австрии закон об экспертах и переводчиках не определяет разрешительного принципа их деятельности; прописываются только присяга переводчика и порядок его привлечения.

Всего в Австрии насчитываются более 1400 присяжных и судебных сертифицированных переводчиков по 49 языкам. Однако по некоторым языкам аккредитованных судебных переводчиков не хватает или вовсе нет. Например, есть только один официальный переводчик грузинского языка на всю Австрию. Нет многих африканских и азиатских языков. Нет переводчиков в системе исполнения наказаний, т.к. на это не предусмотрено бюджетного финансирования.²⁷

23 Винников А.В. Проблематика и практика судебного перевода цыганского языка по уголовным делам о незаконном обороте наркотиков // Наркоконтроль. – 2012. – № 1. – С. 31–33; Винников А.В. О привлечении переводчиков в судебный процесс // Судья. – 2012. – № 6.

24 Scheherazade Rogers. T&I Labour Market in Australia. – URL: http://www.ling.mq.edu.au/translation/lmtip_australia.htm.

25 Federal Magistrates Court Interpreter and Translator Policy. – URL: <http://www.fmc.gov.au/services/html/interpreters.html>.

26 Dolmetschenim Asylverfahren. Handbuch. Bundesministerium für Inneres der Republik Österreich. Druckerei Berger, Wiener Straße 80, 3580 Horn. 1. – Auflage, 2006.

27 Mangelanqualifizierten Dolmetschern. Polizei und Justiz. – 04.10.2006. – URL: <http://oesv1.orf.at/stories/141284>; Irene Kornauth und Oliver Scheiber. Bericht von der Enquete Gerichtsdolmetschen. 02.10.2006. – URL: <http://www.richtervereinigung.at/content/view/164/58/>.

Выводы

1. Во всех восьми обследованных странах существует институт присяжных, судебных, сертифицированных, аккредитованных и т.п. переводчиков. Но многочисленность и неустойчивость номенклатуры потребных языков перевода в национальной уголовной практике обуславливает невозможность обращения системы правосудия только к ним.

2. Уголовно-процессуальные законы всех стран допускают привлечение в уголовный процесс в качестве переводчиков любых лиц, владеющих одновременно иным языком, которым владеет и подозреваемый (обвиняемый или подсудимый), и национальным языком судопроизводства соответствующего государства.

2. Конфликт интересов

Расходы государств на оплату услуг судебных и полицейских переводчиков достигают гигантских размеров.

В отношении США доступны данные о заработной плате переводчиков. Большинство судебных переводчиков США – фрилансеры и работают по индивидуальным контрактам. При большой загрузке суды создают при себе штатные единицы переводчиков – почти всегда только испанского языка. Зарплаты штатных переводчиков \$ 30 000 – 80 000 в год. Устные и письменные судебные переводчики могут получить более \$ 100 000 в год, но обычно при условии переработки времени.²⁸

Административный офис Федеральных судов (аналог российского Управления судебного департамента) определяет порядок использования переводчиков, их квалификацию, тарифы и т.д., поддерживает Национальную базу данных судебных переводчиков – National Court Interpreter Database (NCID).

Гонорары контрактных сертифицированных и профессионально квалифицированных/не сертифицированных судебных переводчиков США в 2010 г. были следующими:²⁹ за полный день работы – \$ 388/187, за первые полдня – \$ 210/103, за вторые полдня – \$ 176/103; сверхурочные (сверх 8 часов в день) – \$ 55/32 за полный или неполный час сверхурочных. Сверхурочные не относятся ко времени в пути. Их отсчет начинается после 17.30.

Служба письменного и устного судебного перевода Департамента юстиции штата Коннектикут объявляет о следующих тарифных ставках своего штатного персонала:³⁰ при сдельной оплате труда

переводчиков – от \$ 15,93/час, минимум 4 часа. Дорога оплачивается частично (расход топлива). Медицинская страховка предоставляется после 6 месяцев работы, в зависимости от потребности в конкретном языке перевода и от количества отработанных переводчиком часов; при повременной системе оплаты труда: на основании коллективного договора – от \$ 22,29/час плюс социальный пакет для несертифицированных переводчиков; от \$ 24,57/час – для сертифицированных. Медицинская страховка через 2 месяца. Дорога оплачивается частично (расход топлива).

Оплата труда переводчиков в США считается высокой. Им завидуют судебные переводчики Канады. Тем не менее, только в 2000–2001 гг. затраты государства на гонорары, командировочные расходы и пр. более двухсот переводчиков письменных и устных более 60 языков и диалектов, аккредитованных и неаккредитованных, работавших в этот период при Минюсте Канады, составили почти 1 млн. долларов. Более всего работы для них было в Монреале, который все больше становится многонациональным. Переводчики в провинции Онтарио получают \$ 25/час, причем минимум за 3 часа.³¹

Британская пограничная служба также не обижает своих переводчиков. За устный перевод в период с понедельника по пятницу применяются тарифные ставки оплаты труда: в 1-й час – £ 48, затем: с 8.00 до 18.00 – £ 16/час; с 18.00 до 8.00 – 20/час. В субботу: в 1-й час – £ 72, затем – £ 26 /час. В воскресенье и праздники: в 1-й час – £ 72, затем – £ 32 /час. Минимальный период оплаты – за 3 часа (например, с понедельника по пятницу 8.00 – 18.00 £ 48 + (2 x £ 16). Цена перевода по телефону – £ 10 за каждые 30 минут.

Оплата проезда переводчика на легковом автомобиле, если путь более 50 миль в одну сторону, – £ 23,8 за каждую милю сверх 50 миль. Оплата стоянки автомобиля – до £ 13 на краткосрочной стоянке. Полная компенсация проезда в общественном транспорте по предъявленным билетам. Возможна оплата такси. Оплата питания: суточные – £ 26. Время в пути: первые 3 часа (при поездке в каждом направлении) не оплачиваются. Любые последующие часы оплачиваются по соответствующей тарифной ставке перевода.³²

Австралийские власти платят за устную работу в судах переводчикам профессиональным/полупрофессиональным: за полдня (10–13 час.) – \$ 135/90–\$ 125; за полный день (10–16 час.) –

28 United States District Court, Southern District of New York.

29 Там же.

30 Court Interpreter and Translator Services.State of Connecticut Judicial Branch. – URL: <http://www.jud.ct.gov/external/news/jobs/interpreter.htm>.

31 Christine Viens, Georges L.Bastin, Solange Duhamel etRoselyne Moreau. L'accréditation des interprètesjudiciaires.

32 UK Border Agency. Interpreters. – URL: <http://www.ukba.homeoffice.gov.uk/aboutus/workingforus/centralinterpretersunit/>.

\$ 178/150–\$ 165; за письменный перевод юридических текстов – \$ 36,3 за первые 100 слов и \$ 22,8 за последующие блоки по 100 слов. В некоторых штатах Австралии есть государственные службы судебных переводчиков. Проблемы государственных переводчиков – низкий социальный статус, недостаточная оплата труда и отсутствие карьерного роста.³³

Значительность издержек на судебных и полицейских переводчиков вынуждает власти зарубежных стран искать пути экономии. В этой связи австралийская исследовательница Ш. Роджерс³⁴ видит в спорах о том, какая модель судебно-переводческих организаций лучше – государственная или частная – не более чем слабо скрытое стремление к экономии государственных средств. По ее мнению, на это способна только частная форма собственности судебно-переводческих организаций.

Этот вывод полностью совпадает с мнением автора. Любые государственные и негосударственные «разрешительные» инстанции быстро оказываются в России центрами коррупции.

Европейские страны, близкие к состоянию экономической депрессии, ищут способы экономии государственных расходов. Состояние судебного перевода в них оставляет желать лучшего еще и по организационным показателям. Государственная правоохранительная система явно перестает без посторонней помощи справляться с растущей энтропией морфологии судебно-криминальной лингвостраны, с одной стороны, и с неуправляемым множеством присяжных, аккредитованных или неаккредитованных, дипломированных и недипломированных независимых переводчиков – с другой стороны. Еще менее управляемы массы «переводчиков» – носителей языков – представителей различных этносов, которых все в большем количестве приходится привлекать к участию в уголовных процессах вместо квалифицированных специалистов.

Особенно часто соображениями экономии средств руководствуется полиция. В Баварии каждый полицейский-президиум ведет свой список переводчиков. В нем главный критерий – не квалификация, а цена услуг переводчика. В полицейском-президиуме Мюнхена ставка оплаты одного часа работы переводчика в среднем € 20–€ 25. Тем, кто претендует на меньшее, полицейские дают нагрузку больше. Это неквалифицированные дилетанты – студенты или домохозяйки, нуждающиеся в карманных деньгах. Им возмещаются затраты за 1 час

времени проезда к месту работы. В полицейском-президиуме Верхней Баварии переводчик в среднем получает гонорар € 25/час и никакой компенсации проезда. Если всего поездка переводчика займет 2 часа, а работа 1 час, то часовая оплата переводчика составит € 8,33. Оплачивается 1 час времени в пути. У этой организации большие трудности с привлечением хоть каких-то переводчиков. Для сравнения: по закону о возмещении издержек юстиции ФРГ, судебным переводчикам положено платить € 55/час; то же за все время проезда.³⁵

В РФ ставка оплаты труда устного переводчика в судебно-переводческой организации обычно 200–300 р.

«Полиция неразборчива», – говорит председатель Австрийского союза судебных переводчиков Кристина Шпрингер. Полиция и юстиция часто пользуются услугами неквалифицированных переводчиков. Это не всегда гарантирует соблюдения прав граждан. Максимум в каждом 4-м случае полиция привлекает официально зарегистрированных переводчиков. Часто переводчиками при допросах служат друзья и родственники подозреваемых. Знакомить осужденных с приговорами приходится сокамерникам или охранникам. Они же переводят по иным вопросам для содержащихся в тюрьмах Австрии иностранцев, численность которых доходит до 44 % всех заключенных.³⁶ Особый дефицит наблюдается по африканским и азиатским языкам. В качестве выхода власти Австрии предлагают организовать обучение носителей редких языков начальному курсу судебного перевода, в т.ч. этике, культуре, юриспруденции, технике перевода; создать список переводчиков редких языков единый по ЕС.

Прокуратура Франции обратила внимание на сигналы о том, что в результате чрезмерного усердия полиции относительно экономии оплаты труда переводчиков здесь далеко не все в порядке. Это может привести к отказу переводчиков от сотрудничества с юстицией.³⁷ Очевидцы свидетельствуют о том, что французская полиция называет «переводчиками» тех, над которыми она имеет власть: студентов, у которых кончается учебная виза, лиц, имеющих разрешение на временное проживание на 1 год, бедных беженцев. Такие «переводчики» переводят все в три слова. Один из них говорит: «Моя задача – понять смысл речи и воспроизвести ее без перевода». (!) В г. Булонь-сюр-Мер совсем нет

33 La PAF embauche des etrangers contre les droits des refugies. – URL: http://passworld.over-blog.net/pages/La_PAF_embauche_des_etrangers_contre_les_droits_des_refugies-2381999.html.

34 Scheherazade Rogers. T&I Labour Market.

35 Infoblattüber die Heranziehung von DolmetscherndurchPolizeibehörden.

36 MangelanqualifiziertenDolmetschern, Irene Kornauth und Oliver Scheiber.Bericht von der EnqueteGerichtsdolmetschen.

37 Bulletin officiel du Ministère de la justice n° 85.

переводчиков, приписанных к судам. А те, которые работают постоянно с полицией, не беспристрастны.³⁸

Правительства Испании и Великобритании приняли радикальное решение: заключить договоры с крупнейшими национальными коммерческими переводческими агентствами для обслуживания учреждений юстиции. Цена вопроса оказалась весьма значительной. В Великобритании контракт фирмы «Applied Language Solutions» (APL) с Минюстом заключен в 2011 г. на 5 лет и предусматривает экономию £ 18 млн. в год из годового бюджета £ 60 млн. Контракт был заключен Минюстом Великобритании в связи с тем, что ранее переводчикам сильно переплачивали, предыдущая система была слаба, непрозрачна и расточительна. Его целью было высвобождение собственных административных ресурсов полиции и судов, обеспечение наличия переводчиков, обеспечение экономии бюджета при контроле качества перевода. Сотрудничество с агентствами переводов (аутсорсинг) систематически сокращает сферу деятельности независимых судебных переводчиков (фрилансеров) в Великобритании. В Южном Уэльсе полиция ранее применяла 61 % переводчиков с официальной квалификацией. По контрактам аутсорсинга с агентством переводов Cintra полиция получила 51–71 % незарегистрированных переводчиков. Там, где контракты заключены с другими агентствами, удельный вес зарегистрированных переводчиков для полиции оказывается в пределах 12–49 %. Например, в графстве Чешпир в 2007 г. в полиции использовали 29 % квалифицированных переводчиков, а в 2008 г. – 38 %. Это обстоятельство не в последнюю очередь работает в пользу снижения государственных издержек на судебный перевод.³⁹ По свидетельству корреспондентов газеты «Гардиан»,⁴⁰ большой контракт с APL вызвал гигантскую волну саботажа со стороны «присяжных», «аккредитованных» и прочих обремененных регалиями и привыкших к большим заработкам независимых судебных переводчиков Великобритании. Более 1000 переводчиков решили бойкотировать компанию APL. Прежде всего, раздаются жалобы на падение тарифных ставок: устные переводчики раньше зарабатывали £ 30/час при минимальной длительности заказа 3 часа. Теперь им предлагают £ 16–£ 22/час, первый час в пути не оплачивается, плату

за автомобильное топливо – 20 центов за милю. С позиций политэкономии концентрацию переводческих услуг правосудию можно считать нормальной рационализацией общественного труда в ходе научно-технического прогресса. Любые протесты против такого объективно оправданного процесса будут не более чем выражением узких корыстных интересов отдельных социальных групп.

Провокационный бойкот переводчиками агентства APL привел к тому, что оно лишилось возможности обслуживать полицию и суды языками: вьетнамским, словацким, турецким, тайским, польским, китайским и французским. Прессу заполнили «ужасные» истории о сорванных судебных заседаниях, том, как APL, в нарушение прав человека, организовала по конференц-связи перевод одному подозреваемому-поляку, который был под стражей, другим подозреваемым поляком из другой тюрьмы, появились призывы к прокуратуре возбудить в отношении APL уголовное дело по статье о неуважении к суду... Несколько судебных заседаний и в самом деле оказались сорванными в связи с внезапным отказом от работы переводчиков некоторых редких языков, т.е. совсем не по вине агентства переводов. Английские полицейские власти отвечают на нападки однозначно: уголовно-процессуальный закон страны не требует привлечения каких-то особых судебных переводчиков. В связи со сложившимся положением Минюст временно разрешил органам правосудия обращаться к иным переводчикам вне рамок государственного контракта с APL. Борьба интересов частных и государства продолжается...

Три крупных испанских агентства переводов связаны контрактами с правоохранительной системой страны. Наиболее известным из них является фирма – поставщик общественных услуг «SEPROTEC MULTILIBGUAL SOLUTIONS SL.». По свидетельству Анны Абеледо,⁴¹ это крупное предприятие, имеющее 145 штатных и 1200 внештатных сотрудников. В штате фирмы нет специальных судебных переводчиков. Всем переводчикам читают краткий юридический курс и предоставляют материалы для самоподготовки. Любой из них может командироваться в распоряжение судов и полиции. По контракту, который заключается на два года, SEPROTEC обслуживает, в частности, Департамент юстиции и МВД Каталонии. От содержания собственного штата переводчиков эти структуры отказались. Фирма SEPROTEC оказывает также услуги муниципалитету Мадрида. Он устал от сотрудничества с фрилансерами, огромные счета которых многие месяцы не оплачивались, и

41 Ana ArribasAbeledo. La interpretacion judicial.

38 La PAF embauche des etrangerscontre les droits des refugies.

39 Owen Bowcott and Tom Midlane. Interpreters stay away from courts in protest at privatised contract. guardian.co.uk, Friday 2 March 2012. 7.00 GMT.

40 Owen Bowcott. Private court interpretation company 'should face contempt proceedings.' – URL: <http://www.guardian.co.uk/law/2012/mar/19/private-court-interpretation-contractor-contempt>.

предпочел уважаемую фирму, которая будет держать своих сотрудников в узде.⁴²

Точно так же, как в Великобритании, профсоюзы, организации переводчиков и независимые переводчики-кустари Испании немедленно поднялись в поход на защиту «прав подсудимых и задержанных, за высокое качество юридических переводов», а в сущности – за сохранение своих сверхдоходов и давно устаревшей полузаконной монополии на профессию.

Кстати недавно таксисты в Греции сходным образом бастовали в знак протеста против отмены правительством лицензии на профессию шофера такси. А терять им есть что. Общественная организация ASETRAD – Испанская ассоциация письменных переводчиков, корректоров и устных переводчиков – сетует на «недостаточную для гарантии качества перевода» оплату труда судебных переводчиков: в случае платы им как частным лицам тариф Минюста Испании составлял € 60/час без НДС, оплата времени ожидания – 50 % базового тарифа; тариф муниципалитета Мадрида для местных отделений центральных органов управления для тех же услуг – € 28/час без НДС, возмещение времени ожидания – через 90 минут.⁴³ Работа через фирму SEPROTEC значительно снижает оплату труда исполнителей. Первокласный аттестованный переводчик Хорхе Касальдуэро жалуется: «Мой опыт переводчика в суде: час езды туда и час обратно, 20 минут работы. Всего € 16 на руки плюс € 5,4 за время в дороге вне Мадрида. Часовой тариф получился € 7,1 – почти половина заработка официанта на летней веранде. В суде у меня никогда не спрашивали подтверждения моей квалификации». При дальнейшей работе через фирму SEPROTEC зарплата этого переводчика никогда не превышала € 6,20/час.⁴⁴

Уже известный нам испанский «Присяжный гасконец»⁴⁵ возмущен «экстернализацией» услуг и исчезновением независимых судебных переводчиков как профессии. «В последние годы, – пишет он, – руководство юстиции склонно поручать коммерческим предприятиям переводческое обслуживание судов. Это привело... к уменьшению платы переводчикам, т.к. часть платы заказчика удерживается посредником. Мы стали получать € 10–15/час без учета времени ожидания или в пути. Многие профессионалы бросают эту работу,

т.к. ее оплата стала недостойной». «Присяжный гасконец» считает, что использование непрофессиональных переводчиков – просто досадный пробел в законодательстве. Этот «случайный» пробел как-то неслучайно обнаруживается в законодательстве всех исследуемых нами стран, которым пользуются жулики-посредники; они обкрадывают профессионалов, преграждая им путь к заказчику, ухудшают качество обслуживания. Наконец, с милой непосредственностью «Присяжный гасконец» проявляет настоящую манию величия: «Заказчики напрасно удивляются, когда слышат, что независимый переводчик в суде может получать от € 90/час. Приведем пример: гражданское дело о спорной сумме в € 50 000. Если переводчик назначил цену € 120/час на плановую длительность процесса, за 2 часа он получит € 240. В то же время, по прежним тарифам, прокурор получил бы около € 11 500 без НДС с каждой из процессуальных сторон в первой и второй инстанции. Гонорар переводчика по сравнению с прокурорским гонораром ничтожно мал!».⁴⁶ Сайт профсоюза предприятия SEPROTEC бьет тревогу, выдавая «секрет», что инициатор снижения доходов переводчиков – не фирма, а государство-заказчик, вынужденное экономить на своих расходах: «Произошло резкое снижение тарифов государством: с € 27 до € 13,33 падает часовая тарифная ставка для работника».⁴⁷

Зарубежные общественные и профессиональные организации переводчиков, назначение которых часто не совсем понятно (аналогично и в России: не так давно появившиеся у нас саморегулируемые организации (СРО) отличаются предложением любых сертификатов, допусков и лицензий за умеренное вознаграждение и без формальностей – прим. А.В.), не могут скрыть зависти к агентствам переводов, которые не нуждаются в их опеке. Упомянутая выше Председатель Объединения присяжных переводчиков г. Лейпциг (ФРГ) И. Истомина в статье «Когда дилетанты переводят»⁴⁸ обрушивается на агентства переводов: «Они как правило, не имеют штатного персонала и как посредники набирают по дешевке «переводчиков» из числа домохозяек, поздних переселенцев, иностранных студентов без разрешения на работу, соискателей политического убежища и т.п. по ничтожной цене. Среди них могут оказаться преступники. К присяжным переводчикам просто не обращаются из-за их дороговизны. Агентства сбивают цены». Не лучшим образом она оценивает и прямые контакты полиции

42 Jorge Casaldueiro. Aventuras y desventuras... aventuras.pdf.

43 La calidad de la interpretacion judicial y policial: Cj comunicado de prensa de ASETRAD (18/02/2010). – URL: <http://www.asetrad.org/index.asp?op=12&detalle=246&pag>.

44 Jorge Casaldueiro. Aventuras y desventuras...

45 Fernando A. Gascón. Unabrevediografía de la interpretación judicial en España.

46 Там же.

47 Ofertas y recortes indirectos. Accionsindical en SEPROTEC. – URL: <http://accionsindicalenseprotec.blogspot.es/>.

48 Irina Istomina. WennLaiendolmetschen.

с переводчиками. Суды подают в полицию списки присяжных переводчиков, составленные саморегулируемыми организациями судебных переводчиков. Из них полиция может использовать едва ли одну треть по следующим причинам: а) переводчики имеют постоянное место работы, не могут явиться в рабочее время, а вечером работать не хотят; б) переводчики на основном месте работы не всегда свободны, ездят в незапланированные командировки; в) возможно наличие у переводчиц маленьких детей или их отпуск по беременности и родам; г) плохая мотивация работы переводчиков с полицией: недостаточная оплата, сверхурочная работа и т.п. д) выбытие переводчиков в связи с переездом на другое место жительства.

Многие полицейские, имеющие дело с иностранцами, ведут свою картотеку переводчиков и сами приглашают их. Но хорошие переводчики часто заняты, и не каждый полицейский имеет картотеку. Для разрешения вопроса, без лишних рассуждений, Истомина предлагает полиции и судам услуги собственного объединения – по сути, в качестве услуг коммерческой судебно-переводческой организации: обращайтесь к нам непосредственно, мы-де снимем с ваших плеч несвойственные вам функции проверки и подбора переводчиков, обеспечим их наличие в нужное время, высокую квалификацию и готовность к работе (!).⁴⁹ Удивительно, что небескорыстные «борцы за права трудящихся и права человека» не понимают, что именно правительство, как инициатор реализации мер по экономии общественного богатства, ответственно за неблагоприятные для них изменения в сфере судебного и полицейского перевода. Вполне в духе патернализма, они призывают власти выполнить ряд мероприятий в свою пользу. Например, в пресс-коммюнике Испанской ассоциации ASETRAD от 18/02/2010 они формулируются следующим образом:

А) обязать компетентные органы нанимать только присяжных и сертифицированных переводчиков-профессионалов;

Б) организовать базовое обучение переводчиков редких языков, по которым нет присяжных переводчиков;

В) поддерживать постоянный контакт с профессиональными объединениями и консультироваться с ними по текущим вопросам, в т.ч. по оплате и заключению контрактов;

Г) учредить строгий административный контроль над отношением зарплаты исполнителей к цене услуги предприятия – юридического лица, а также правовой контроль трудовых договоров между нанимателями и исполнителями заказов;

⁴⁹ Там же.

Д) производить анализ и прогнозирование потребности в редких языках.⁵⁰

Императивный тон перечисленных призывов, обращенных обезличенно к государству, звучит комично. Пункт (Г), несомненно, нарушает сразу несколько статей ГК и АК любой страны. Выполнение пунктов (Б) и (Д) невозможно по причине непредсказуемости потребности в редких языках. Пункты (А) и (В) не находятся в компетенции общественных организаций.

Главным аргументом – ширмой противников рационального развития института судебного перевода, за которой они пытаются скрыть собственные корыстные интересы, остается положение о том, что это некая особая профессия, сродни профессии нотариуса, требующая наличия глубоких знаний и практических навыков в области лингвистики, юриспруденции и культуры; профессионалы судебного перевода должны быть аттестованы непременно компетентной государственной комиссией и соответствовать некоему высокому стандарту требований. Это очередной миф. Переводчик – массовая и универсальная профессия. В отношении судебного перевода, как и любого иного, речь не должна идти о совершенстве. Человек (подозреваемый, подсудимый) просто должен понимать, что происходит, как если бы это было на его родном языке. Необходимо знание переводчиком двух языков и предмета перевода, причем обязательно на уровне специалиста в юриспруденции. Переводчик – это в основном лингвист, а не юрист. Для его специальной подготовки достаточно очень краткого юридического курса.⁵¹ Следует учитывать, что процесс перевода в общем случае не монолог, а многосторонняя конференция; в ней участвуют несколько лиц, которые пользуются, помимо чисто языковой коммуникации, еще и невербальными средствами общения, а также руководствуются логикой, интуицией и здравым смыслом. Это позволяет нейтрализовать возможные (и даже неизбежные) ошибки переводчика. Вспомним Сервантеса: «Перевод – это ковер, вывернутый наизнанку»...

Практика автора настоящей статьи показывает, что по результатам около 1500 судебных процессов в России, в которые возглавляемая им судебно-переводческая экспертная организация направляла переводчиков – далеко не всегда профессионалов – ни один приговор не был отменен по причине низкой квалификации переводчика или дефектов перевода.⁵² Даже в странах, где приоритет

⁵⁰ La calidad de la interpretacion judicial y policial.

⁵¹ WangGuozheng. Traductionjuridique.

⁵² Винников А.В. Судебный перевод и судебно-переводческие организации // Российский юридический журнал. – 2012. – № 2; Винников А.В.

и необходимость «присяжных» переводчиков официально не подвергаются сомнению, их аттестация низведена до уровня формального ритуала. Исследователь судебного перевода в США д-р философии Богумила Михалевиц⁵³ отмечает, что упомянутый нами ранее квалификационный экзамен для переводчиков языков испанского, креольско-гаитянского и навахо сдают только 8–24 % переводчиков. Никакого специального образования от них не требуется. Сдавать можно сколько угодно раз. Некоторые сдают экзамен на восьмой–девятый раз просто потому, что экзаменационная комиссия от них устала. Одновременно на коммерческом рынке США появилось большое количество несерьезных «сертификаций» переводчиков.

Очевидно, таким образом мошенники зарабатывают на стереотипах массового сознания. Б. Михалевиц негодует: «Переводчиков надо сертифицировать, ведь неверный перевод в суде может привести к принятию неправосудных решений, а неверный медицинский перевод – к смерти больного!».⁵⁴ Очень жаль, что она не уточняет, в какой области медицины нужно сертифицировать переводчиков: в гинекологии, общей хирургии или, скажем, в стоматологии? Ведь лексика в этих областях совсем не одинакова, и даже сами врачи в смежных специальностях не разбираются...

Восстание независимых переводчиков против судебно-переводческих организаций напоминает движение английских фабричных рабочих начала 19-го века под лозунгом вывода из строя технологических машин с целью избежать сокращений численности работающих и повышения их заработной платы. А по амбициозности и бессмысленности – давно известную борьбу с ветряными мельницами.

Рядовые переводчики по-прежнему работают. Вот некоторые посты с интернет-форума полицейских переводчиков Испании: – Я переводчик английского и французского языков, работаю для судов и правоохранительных органов через две организации, имеющие подряд от государства. Если комиссариат нуждается в переводчике, оттуда звонит сотрудник на фирму и спрашивает, есть ли соответствующий язык? Фирма смотрит базу данных переводчиков и ищет свободного. Его отправляет немедленно в комиссариат. То же с судами.

Языки этнических криминальных групп (цыганские, кавказские и пр.) в уголовной практике ФСКН России. Проблема компетентности переводчиков. – Вестник Сибирского юридического института ФСКН России. – 2012. – № 1 (10) – С. 187–196.

53 BogumilaMichalewicz Ph.D. (a.b.d.). Preparación académica de intérpretes y traductores: lagunas y mares. Seminario traducción e interpretación especializada (25 feb. 2002). – URL: <http://www.apuntesonline.org/ponenciaBogumila.htm>.

54 Там же.

На месте мы переводим все для всех участников процесса, но говорить с ними не имеем права. Судье мы приносим присягу, что будем переводить правильно и добросовестно. Никаких особых условий нет, чтобы стать судебным переводчиком. Достаточно послать на фирму резюме и подтвердить соблюдение требуемого фирмой уровня квалификации. Зарабатываем неплохо (зависит, конечно, от фирмы). Платит нам государство через фирму, фирма удерживает, конечно, свою долю. Платят с задержками. Но государство, хоть поздно, но платит. Не нужно доказывать свою квалификацию, если фирма работает по контракту с государством. В Валенсии полиция работает только с одной фирмой, не знаю, является ли это контрактом на национальном уровне? Те переводчики, которые ладят с полицией, имеют работу в любом случае, даже если фирма меняется. А другие ждут работы до второго пришествия.⁵⁵ Аналогично продолжают деятельность и иностранные судебно-переводческие организации. По принципу: «собака лает, а караван идет» они просто вменяют в обязанность своим операторам баз данных объяснять переводчикам, что тарифы для них, в конечном счете, устанавливает Министерство юстиции. Добросовестным исполнителям рекомендуется предлагать больше работ, а ленивых и жадных – удалять из базы данных.⁵⁶

Выводы

1. Издержки в уголовном процессе на услуги перевода достигают значительных размеров. Иностранные государства стремятся сократить их путем аутсорсинга – обращения к судебно-переводческим организациям. Эта практика доказала свою эффективность и является преобладающей.

2. Рудиментарные, не существующие в странах СНГ, институты сертифицированных, присяжных, аккредитованных и т.п. переводчиков и остающиеся не у дел общественные организации и профессиональные объединения, в борьбе за собственные корыстные интересы, под разными предлогами тормозят прогресс в сфере судебного и полицейского перевода.

3. В Российской Федерации и странах СНГ не следует, копируя иностранный опыт, учреждать какой-либо разрешительный порядок деятельности физических лиц в качестве судебных переводчиков, придающий этой деятельности черты эксклюзивности, т.к. «лицензированные» судебные переводчики становятся препятствием для рационального взаимодействия государства и судебно-

55 Intérpretes en el CNP. – URL: <http://www.foropolicia.es/foros/interpretes-en-el-cnp-t91757.html>.

56 Jorge Casalduero. Aventuras y desventuras...

переводческих организаций, и их включение в существующее правовое поле было бы равнозначно выпусканию джина из бутылки.

3. Культура, методология и деонтология судебного и полицейского перевода

Полицейский и судебный перевод, как было показано выше, не является самостоятельной наукой, учебной дисциплиной или видом деятельности. Вместе с тем он обладает определенными особенностями, которые необходимо учитывать в связи с его высокой количественной характеристикой или широким распространением такого вида перевода. По мнению автора, в настоящее время сформировано пограничное процессуальное понятие судебного перевода, наполненное конкретной культурно-лингвистической методологией.⁵⁷

Последнему обстоятельству уделяется большое внимание зарубежными специалистами судебного перевода. В докладе дипломированного переводчика Рональда Хоффманна (Германия) выделены три вида техники перевода: последовательный, полупоследовательный и синхронный.⁵⁸

В Российской Федерации различают только последовательный и синхронный устный перевод. Причем последний – это перевод с использованием специального оборудования при работе менее двух переводчиков с чередованием по 15–20 минут. Проблемы перевода возникают из ситуации допроса и положения допрашиваемого, культурных, социальных и языковых проблем. Речь и культура неразделимы. Культура определяет мышление, речь, принимаемые решения индивида и пр. Под культурой в широком смысле понимают совокупность норм, конвенций и оценок, на которые ориентируется поведение индивида или общества. Многие представления и нормы существенно отличаются друг от друга, как и их культуры. Переводчик переводит не слова, а является связующим звеном культур, общественных и правовых систем. Чтобы понимать клиента, переводчик должен учитывать еще и его невербальное поведение. А для этого ему необходимо знать невербальную коммуникацию и отличия невербального поведения конкретной этнической общности.⁵⁹

В одной из ранее опубликованных работ автором подробно рассмотрены национально-культурные особенности судебного перевода на примере цыганских диалектов.⁶⁰

57 Винников А.В. Указ. раб. – С. 187–196.

58 Dipl.-Dolm. Ronald Hoffmann: Die Arbeit des Dolmetschers bei Behörden und der Polizei. Zusammenfassung des an der Humboldt-Universität zu Berlin gehaltenen Vortrags vom 7. Juni 2001. – URL: <http://www2.hu-berlin.de/francopolis/germanopolis/Hoffmann.htm>.

59 Dolmetschen im Asylverfahren. Handbuch.

60 Винников А.В. Указ. раб. – С. 187–196.

Часто культурно-социальные проблемы судебного перевода берут начало из религиозных верований и практик собеседников судебных переводчиков. Например, соискатель убежища из Африки может заявить, что спасается от колдовства соседа, в результате которого умерли многие члены его семьи, и он сам – следующий. В некоторых областях Африки преобладает матриархат. Отчества гражданам дают по имени матери. Могут встретиться языковые проблемы: на африканском континенте применяются, помимо государственных языков, языки и диалекты весьма ограниченного пользования. Государственными языками стран своего происхождения люди могут не владеть. Есть диалектические отличия в произношении и лексике от языков бывших метрополий (например, английского и французского). Как процессуальная фигура переводчик может оказаться перед дилеммой помощи подозреваемому или содействия следствию.⁶¹

«Что касается абстрактных понятий права, переводчик должен быть в состоянии объяснить их клиенту по необходимости. Иначе коммуникация нарушится», – пишет Хоффманн.⁶² Это замечает и Анна Абеледо.⁶³ По ее наблюдениям, переводчик упрощает свою речь, чтобы его поняли. Юридический язык непонятен простым людям. На практике все не так, как в книгах, – заключает студентка из Барселоны Абеледо. В одном из судебных заседаний во Дворце юстиции она слышала, как переводчик сам задает подсудимому вопросы, а потом их задает судья на испанском языке... А вообще, к стыду Испании, об общепринятой деонтологии переводчика нет и речи. Правила его поведения в суде произвольно определяет судья!

Профессионально-этические принципы поведения переводчика наилучшим образом разработаны австрийскими учеными в руководстве.⁶⁴ В сокращенном виде они приведены ниже и могут быть использованы при создании деонтологических рекомендаций для полицейских и судебных переводчиков России:

1. Конфиденциальность. Переводчик хранит в тайне и не разглашает ставшую ему известной из уголовного процесса информацию. При необходимости гарантирует это сторонам процесса. Переводчик не передает лицу, производящему допрос, и иным лицам информацию о допрашиваемом, которая стала ему известна из иных источников

61 Christoph Klein, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht. Dolmetscher für den Beschuldigten. 27. Juni 2011. – URL: <http://www.untersuchungshaft-koeln.de/2011/06/dolmetscher-beschuldigter-ermittlungsverfahren/>.

62 Dipl.-Dolm. Ronald Hoffmann: Die Arbeit des Dolmetschers.

63 Ana Arribas Abeledo. La interpretación judicial.

64 Dolmetschen im Asylverfahren. Handbuch.

(вне допроса – например, о правдивости или достоверности показаний подозреваемого). Аналогично переводчик не передает допрашиваемому лицу информацию о допрашивающем, ставшую ему известной иным образом.

2. **Нейтралитет.** Переводчик заботится только о качестве перевода, не обращая внимания на позиции сторон. В противном случае стороны могут дать ему отвод. Переводчик не отдает предпочтения ни одной из сторон процесса. Он обеспечивает им свободное выражение, не выражая своего мнения ни прямо, ни косвенно. Переводчик не обсуждает с одной стороной другую сторону, давая ей унижительные или насмешливые характеристики, не выражает жестах или мимикой своего неодобрения высказываний одной из сторон. Переводчик оповещает другую сторону, если он может оказаться под влиянием высказываний противоположной стороны, которые нарушили бы его нейтралитет (из стыда, страха и т.п.). В этом случае назначается другой переводчик. Отвод переводчика производится при сомнении в его беспристрастности, например, если он состоит в дружеских или родственных связях с допрашиваемым, является его уполномоченным представителем, был или находится в служебных или иных близких отношениях с ним или со связанными с ним лицами.

3. **Точность и полнота перевода.** Переводчик старается перевести высказывания точно и полно, а по возможности также передать эмоции и культурные отношения. Переводчик не искажает и не дает личных оценок переводимым высказываниям. Он объясняет собеседнику значение невербальных средств коммуникации, которые были использованы, если они имеют значение для смысла высказываний, воздерживаясь от роли эксперта и от оценок достоверности высказываний сторон. Переводчик передает в том числе неприятные для него высказывания – ругательства, нецензурные и кощунственные выражения и т.п. Необязательно при этом воспроизводить фонетические подчеркивания или эмоциональные оттенки речи. Переводчик старается сохранять выбранный участником процесса стиль высказываний: (формальный, неформальный); при затруднении понимания просит повторить. Переводчик предупреждает говорящего об отсутствии эквивалентов перевода его высказываний с тем, чтобы он видоизменил их.

4. **Профессионализм.** Переводчик обязан знать границы своей роли и не преступать их, информировать о них остальных участников процесса, не вмешиваться в беседу и не принимать на себя чужие роли: (допрашивающего, секретаря и т.п.),

не допускать личных комментариев и мнений при переводе, не отвлекаться (например, на телефонные разговоры), работать только в рамках своей компетенции, сообщать допрашивающему, если его компетенции не хватает, готовиться к работе надлежащим образом. Переводчик может потребовать предоставления нужной ему информации по делу, указывать на допущенные им самим ошибки в рамках самоконтроля.

5. **Тактичное поведение.** Переводчик ведет себя тактично по отношению к прочим участникам процесса для поддержания уважительной обстановки. Например, не смеется при допрашиваемом без объяснения причины.

Выводы

1. Судебный и полицейский переводчик является связующим звеном между двумя культурами, религиями, идеологиями и правовыми системами. Переводчик использует методы вербальной и невербальной коммуникации для обеспечения взаимного понимания между сторонами уголовного процесса. При необходимости переводчик упрощает правовые понятия, обеспечивая их понимание сторонами процесса.

2. Профессионально-этический кодекс переводчика состоит из следующих пяти пунктов: 1) конфиденциальность; 2) нейтралитет; 3) точность и полнота перевода; 4) профессионализм; 5) тактичное поведение.

3. Судебно-переводческие организации, обслуживающие национальную судебную и полицейскую системы, должны обеспечить методологическую, деонтологическую и юридическую подготовку своих штатных и внештатных судебных и полицейских переводчиков.

Пристатейный библиографический список

1. Винников А.В. О привлечении переводчиков в судебный процесс // Судья. – 2012. – № 6.
2. Винников А.В. Практические аспекты участия переводчика в уголовном процессе // Уголовный процесс. – 2012. – № 1.
3. Винников А.В. Проблематика и практика судебного перевода цыганского языка по уголовным делам о незаконном обороте наркотиков // Наркоконтроль. – 2012. – № 1.
4. Винников А.В. Судебный перевод и судебно-переводческие организации // Российский юридический журнал. – 2012. – № 2.
5. Винников А.В. Языки этнических криминальных групп (цыганские, кавказские и пр.) в уголовной практике ФСКН России. Проблема компетентности переводчиков. // Вестник Сибирского юридического института ФСКН России. – 2012. – № 1 (10).

Кузнецов В.Н.

О ТОЛКОВАНИИ ВЫСШИМИ СУДЕБНЫМИ ИНСТАНЦИЯМИ СТАТЬИ 333 ГРАЖДАНСКОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ПРОТИВОРЕЧИВОЙ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКЕ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ И СУДОВ ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ ПО ЕЕ ПРИМЕНЕНИЮ

Статья посвящена анализу проблем различного толкования высшими судебными инстанциями России статьи 333 Гражданского кодекса РФ, что породило различную судебную практику по ее применению в арбитражных судах и судах общей юрисдикции страны.

Ключевые слова: законная неустойка, уменьшение неустойки, критерии несоразмерности неустойки, единообразное правоприменение.

Kuznetsov V. N.

ABOUT INTERPRETATION BY THE HIGHEST JUDICIAL AUTHORITIES OF ARTICLE 333 OF THE CIVIL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION AND INCONSISTENT JURISPRUDENCE OF ARBITRATION COURTS AND COURTS OF LAW ON ITS APPLICATION

The article deals with the analysis of problems of different interpretation by the supreme judicial bodies of Russia of Article 333 of the Civil Code of the RF, which resulted in conflicting judicial and arbitration practices in the country.

Keywords: legal penalty, reduced penalty, penalty disparity criterion, uniform enforcement.

Гражданское законодательство Российской Федерации предусматривает неустойку в качестве способа обеспечения исполнения обязательств и меры имущественной ответственности за их неисполнение или ненадлежащее исполнение. Понятие неустойка дано в статье 330 Гражданского кодекса РФ. Термин «законная неустойка» означает, что независимо от того, предусмотрели ли стороны при заключении гражданско-правового договора санкции в случае невыполнения взятых на себя обязательств, ответственность наступает в соответствии с законом.¹

Фиксированная законная неустойка предусмотрена в Гражданском кодексе РФ, Жилищном кодексе РФ, Семейном кодексе РФ, Кодексе внутреннего водного транспорта РФ, Воздушном кодексе РФ, Федеральном законе от 10.01.2003 г. № 18-ФЗ «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации», Федеральном законе от 08.11.2007 г. № 259-ФЗ «Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта», Федеральном законе от 30.06.2003 г. № 87-ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности», Федеральном законе от 21.07.2005 г. № 94-ФЗ «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», Законе РФ от 07.02.1992 г. № 2300-1 «О защите прав потребителей» и некоторых других.

В статье 330 ГК РФ есть слова: «Должник обязан уплатить кредитору». То есть предполагается, что должник добровольно должен уплатить неустойку.

В повседневной практике довольно часто так и происходит, если просрочивший должник беспокоится о своей деловой репутации, признает факт просрочки выполнения обязательств и ведет себя как добросовестная сторона обязательства, которая по каким-либо объективным причинам не смогла уложиться в срок. Конечно, это касается случаев, когда неустойка невелика по размеру. Если же сумма является существенной, то, как правило, должник надеется на ее уменьшение, заявив об этом ходатайство в судебном процессе, рассчитывая на благосклонность суда и сложившуюся судебную практику.

Начиная с 1995 г., когда Гражданский кодекс начал регулировать отношения между субъектами права в Российской Федерации, сложилась определенная судебная практика в правоприменении. Более того, такая судебная практика анализировалась, обобщалась, и давалось официальное толкование наиболее сложных для правоприменения норм права высшими судебными инстанциями в виде информационных писем и постановлений пленумов Верховного суда РФ и Высшего Арбитражного суда РФ.²

В соответствии со ст.ст. 126, 127 Конституции РФ Верховный суд РФ и Высший Арбитражный суд РФ осуществляют судебный надзор за деятельностью судов в предусмотренных федеральным законом процессуальных формах и дают разъяснения по вопросам судебной практики, целью которых является единообразное применение норм права.

² Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия // Комментарии к новому ГК РФ / Брагинский М.И. – М.: Изд-во Центра деловой информ. еженедельника «Экономика и жизнь», 1995. – С. 43–47.

¹ Гришин Д.А. Неустойка: теория, практика, законодательство. – М.: Статут, 2005. – С. 30–44.

В соответствии со ст. 3 Федерального конституционного закона от 31.12.1996 г. № 1-ФКЗ (ред. от 27.12.2009) «О судебной системе Российской Федерации», «Единство судебной системы Российской Федерации обеспечивается путем: ... применения всеми судами Конституции Российской Федерации, федеральных конституционных законов, федеральных законов, общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации, а также конституций (уставов) и других законов субъектов Российской Федерации».

По общему правилу официальное толкование Высшим Арбитражным судом РФ норм Гражданского кодекса РФ распространяется и на порядок и пределы их применения судами общей юрисдикции, т.к. судебная система в РФ единая, а Гражданский кодекс РФ регулирует правоотношения на территории всей страны между всеми субъектами права без каких-либо исключений.

Было бы нелогично, если бы одну и ту же норму Гражданского кодекса РФ суды общей юрисдикции и арбитражные суды толковали и применяли бы по-разному. Однако в повседневной практике суды общей юрисдикции не принимают во внимание разъяснения Высшего Арбитражного суда РФ и не руководствуются ими.

Поводом для написания данной статьи явилась именно такая позиция судов общей юрисдикции в Свердловской области по отношению к порядку и пределам применения статьи 333 ГК РФ. Суды, пользуясь предоставленным правом уменьшать неустойку, делают это оценочно субъективно и без учета обязательных для применения прямых указаний и рекомендаций вышестоящих судебных органов.

Согласно ст. 333 ГК РФ, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства, суд вправе ее уменьшить. Высшими судебными инстанциями неоднократно давались разъяснения судам о порядке применения этой статьи.

Так, в силу п. 42 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации № 6 и Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации № 8 от 01.07.1996 г. «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» при решении вопроса об уменьшении неустойки (статья 333) необходимо иметь в виду, что размер неустойки может быть уменьшен судом только в том случае, если подлежащая уплате неустойка явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

При оценке таких последствий судом могут приниматься во внимание в том числе обстоятельства,

не имеющие прямого отношения к последствиям нарушения обязательства (цена товаров, работ, услуг; сумма договора и т.п.).

Критериями для установления несоразмерности в каждом конкретном случае могут быть: чрезмерно высокий процент неустойки, значительное превышение суммы неустойки возможных убытков, вызванных нарушением обязательств, длительность неисполнения договорных обязательств и др.

Как показала дальнейшая практика применения данной статьи, суды продолжали принимать решения без учета разъяснений, данных в совместном постановлении пленумов Верховного и Высшего арбитражного судов. Поэтому Президиум Высшего арбитражного суда РФ подготовил и направил судам Информационное письмо от 14 июля 1997 г. № 17 «Обзор практики применения арбитражными судами статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации».

В пункте 2 данного информационного письма ВАС РФ указал, что основанием для применения статьи 333 ГК РФ может служить только явная несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательств и вновь указал те же критерии для установления несоразмерности.

Кроме того, ВАС РФ указал: «Для того чтобы применить указанную статью, суд должен располагать данными, позволяющими установить явную несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства (о сумме основного долга, о возможном размере убытков, об установленном в договоре размере неустойки и о начисленной общей сумме, о сроке, в течение которого не исполнялось обязательство, и др.)».

В пункте 3 письма также определено, что «Доказательства, подтверждающие явную несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательств, представляются лицом, заявившим ходатайство об уменьшении неустойки».

Далее в письме указано, что если ходатайство о применении статьи 333 ГК РФ заявлено ответчиком, то он и должен представить доказательства, подтверждающие явную несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства. И только тогда, когда такие доказательства суду представлены, суд решает вопрос о наличии или отсутствии оснований для применения указанной статьи.

Неизменность своей позиции относительно порядка и пределов применения ст. 333 ГК РФ и дополнительное разъяснение судам дал Президиум ВАС РФ в Постановлении от 13.01.2011 г. № 11680/10, в котором сформулировал следующие правовые позиции:

– снижение неустойки судом возможно только в одном случае – в случае явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения права, при этом явная несоразмерность должна быть очевидной;

– иные фактические обстоятельства (финансовые трудности должника, его тяжелое экономическое положение и т.п.) не могут быть рассмотрены судом в качестве оснований для снижения размера неустойки;

– уменьшение неустойки ниже ставки рефинансирования возможно только в чрезвычайных случаях, а по общему правилу не должно допускаться, поскольку такой размер неустойки не может являться явно несоразмерным последствиям просрочки уплаты денежных средств;

– уменьшение неустойки судом в рамках своих полномочий не должно допускаться, т.к. это вступает в противоречие с принципом осуществления гражданских прав своей волей и в своем интересе (ст. 1 ГК РФ), а также с принципом состязательности».

В указанном постановлении ВАС РФ обратил внимание судов на компенсационный характер гражданско-правовой ответственности и отметил, что необоснованное уменьшение неустойки судами в целом может стимулировать недобросовестных должников к неплатежам и вызвать крайне негативные макроэкономические последствия.

С учетом того, что ставка рефинансирования, по существу, представляет собой наименьший размер платы за пользование денежными средствами в российской экономике, что является общеизвестным фактом, снижение неустойки до такого минимального размера явно не отвечает признакам рыночных условий. Снижение неустойки, по мнению ВАС РФ, не должно вести к финансированию и без того просрочившего должника без достаточных для того оснований за счет несущего издержки кредитора.

Постановление ВАС РФ является общеобязательным и подлежит применению при рассмотрении судами аналогичных дел, а все судебные акты, принятые после 24.02.2011 г. – даты размещения Постановления на сайте ВАС РФ, «не могут нарушать единообразие в толковании и применении судами норм права. В противном случае такие акты подлежат отмене».

Казалось бы, ну что же еще необходимо разъяснить судам, чтобы после указанной даты единообразие принимаемых судебных актов было достигнуто? Оказалось, что и это постановление не всеми судами было принято к руководству. Что же это за сформировавшаяся в течение двух десятилетий

судебная система, в которой нормативно-правовые акты высших судебных органов не выполняются?

Этот вывод напрашивается исходя из следующего факта. Видимо, уровня такого документа как постановление Президиума ВАС РФ для судов недостаточно, или судьи расценивают такие указания высших судебных инстанций как посягательство на свою процессуальную независимость. Иначе как расценить принятие по этому же вопросу Постановления Пленума ВС РФ от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 ГК РФ», в котором судам разъяснено следующее:

«...Соразмерность неустойки последствиям нарушения обязательства предполагается. Ответчик должен представить доказательства явной несоразмерности неустойки последствиям нарушения обязательства, в частности, что возможный размер убытков кредитора, который мог возникнуть вследствие нарушения обязательства, значительно ниже начисленной неустойки.

Доводы ответчика о невозможности исполнения обязательства вследствие тяжелого финансового положения... сами по себе не могут служить основанием для снижения неустойки на основании статьи 333 ГК РФ. Судам следует исходить из того, что неисполнение или ненадлежащее исполнение должником денежного обязательства позволяет ему неправомерно пользоваться чужими денежными средствами. Поскольку никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения, условия такого пользования не могут быть более выгодными для должника, чем условия пользования денежными средствами, получаемыми участниками оборота правомерно.

Суды могут исходить из двукратной учетной ставки Банка России, существовавшей в период такого нарушения. Снижение судом неустойки ниже определенного таким образом размера допускается в исключительных случаях, при этом присужденная денежная сумма не может быть меньше той, которая была бы начислена на сумму долга исходя из однократной учетной ставки Банка России».

Прочитав все эти выдержки из постановлений ВС РФ и ВАС РФ, читатель задастся вопросом: а не паралич ли это существующей судебной системы, и не пора ли в этой ветви государственной власти срочно проводить реформу, проведение которой очевидно всем, кроме собственно судейского сообщества?

Автор этой статьи в нескольких судебных инстанциях Свердловской области, рассматривавших дела о защите прав потребителей, нарушенных несвоевременной сдачей участникам долевого строительства объектов недвижимости, обращал

внимание судов, применивших статью 333 ГК РФ, на очевидное игнорирование вышеупомянутых постановлений пленумов ВС РФ и ВАС РФ, посвященных именно толкованию и порядку применения статьи 333 ГК РФ. Все возражения добросовестной стороны были оставлены без комментариев, за исключением банального указания в мотивировочной части судебных актов о субъективном толковании заявителем положений этой нормы права.

Тем самым кассационная и надзорная инстанции Свердловского областного суда подтвердили имеющую место корпоративную солидарность в защите неправовой позиции судов первой инстанции, которые уменьшают не договорную, а законную неустойку в 10 раз без каких-либо обоснований и при полном игнорировании прямых указаний высших судебных органов.

Такая позиция судов умаляет принцип единообразного правоприменения и единых подходов в правоприменительной практике всеми судами Российской Федерации и нарушает права добросовестной стороны, надлежащим образом выполнившей свои обязательства.

Освобождение от ответственности за ненадлежащее исполнение обязательств в соответствии с российским законодательством может быть только при наличии обстоятельств непреодолимой силы, то есть чрезвычайных и неотвратимых при данных условиях обстоятельств.

Глава 26 ГК РФ не предусматривает изменения финансово-экономической обстановки в мире в качестве оснований для прекращения основного обязательства и не относит финансово-экономический кризис к обстоятельствам непреодолимой силы ввиду отсутствия такого квалифицирующего признака как неотвратимость.

Ответчик при рассмотрении судами вопроса о причинах ненадлежащего исполнения обязательств сослался на мировой финансово-экономический кризис. Кроме того, ответчик, заявивший

ходатайство об уменьшении неустойки, не представил доказательств, подтверждающих явную несоразмерность неустойки последствиям нарушения обязательств, что является обязательным условием разрешения вопроса об уменьшении неустойки в порядке применения статьи 333 ГК РФ. Однако суды приняли эти доводы и в решениях освободили недобросовестную сторону от уплаты законной неустойки, снизив ее размер.

Более того, судебная коллегия по гражданским делам Свердловского областного суда также встала на сторону ответчика и сослалась в своем определении на «общеизвестный факт экономического кризиса, в т.ч. и в строительной отрасли в период существования у сторон договорных отношений». Таким образом, судебная коллегия Свердловского областного суда также вышла за пределы положений ГК РФ, определяющих исчерпывающий перечень обстоятельств непреодолимой силы, которые могут быть основанием для освобождения от ответственности.

Видимо неслучайно Д.А. Медведев в январе 2012 г. на совещании с руководителями Конституционного, Верховного и Высшего арбитражного судов предложил ввести дисциплинарную ответственность для судей, вплоть до дисквалификации и прекращения их полномочий. Может, и данная статья позволит еще раз взглянуть на анализируемую область правоприменения и сложившуюся судебную практику с другой стороны, иначе авторитет судебной системы в России будет снижен до минимально критической отметки.

Пристатейный библиографический список:

1. Гришин Д.А. Неустойка: теория, практика, законодательство. – М.: Статут, 2005.
2. Обязательства и способы их обеспечения: неустойка, залог, поручительство, банковская гарантия // Комментарии к новому ГК РФ / Брагинский М.И. – М.: Изд-во Центра деловой информ. еженедельника «Экономика и жизнь», 1995.



ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

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

Студенцов А.В.
ИНФЛЯЦИОННЫЕ ПОТЕРИ.
АРБИТРАЖНЫЙ КОМПОНЕНТ ИНВЕСТИЦИОННЫХ РИСКОВ В БЕЛАРУСИ

В статье рассмотрена проблема компенсации инфляционных потерь при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств.

Ключевые слова: исполнение обязательств, инфляционные потери, ответственность за неисполнение обязательств.

Studentsov A.V.
INFLATIONARY LOSSES. ARBITRATION COMPONENT OF INVESTMENT RISKS IN BELARUS

In article the problem of compensation of inflationary losses is considered at non-execution or inadequate performance of obligations.

Keywords: performance of obligations, inflationary losses, responsibility for non-execution of obligations.

Согласно пункту 1 ст. 366 Гражданского кодекса Республики Беларусь «Ответственность за неисполнение денежного обязательства», просрочка платежа предполагает компенсацию кредитору в виде процентов, начисленных на сумму долга, исходя из учетной ставки центрального банка страны. Кроме этого должник обязан возместить взыскателю причиненные убытки (первое) или увеличенный с учетом инфляции долг (второе), ввиду неправомерного пользования чужими денежными средствами, если одно либо другое превышает сумму причитающихся процентов. Наличие разделительного союза или означает право кредитора предъявлять альтернативное требование.

В любом случае исчисленные проценты направляются на уменьшение взыскания, т.е. принимаются к зачету. Другими словами, они входят в сумму долга, увеличенную с учетом инфляции, или сумму понесенных кредитором убытков. Эта методика явно обусловлена тем, что законодатель отдает себе отчет в недостаточности компенсации потерь кредитора процентами по ставке рефинансирования. Однако хозяйственные суды ограничивают кредиторов в законных правах. Не избегая утверждения мировых соглашений о добровольном возмещении ответчиками указанных потерь, отказывают собственно в удовлетворении исков. Судьи не скрывают, что руководствуются судебной практикой, хотя творят правосудие в рамках не англо-американской, но континентальной системы права, вообще не относящей судебные прецеденты к источникам права. Причем в решениях непременно имеется ссылка на то, что в соответствии с пунктом 2 ст. 366 ГК кредитор вправе требовать от должника возмещения [убытков или] долга, увеличенного с учетом инфляции, в части превышения над суммой начисленных процентов. И далее оговоренное право требования непостижимо не вступает в соприкосновение с правом

его осуществления (реализации). А правоприменительный акт становится спонтанно сильнее законодательства. В то же время другие органы правосудия, а именно суды общей юрисдикции удовлетворяют требования граждан о возмещении инфляционных потерь. По поводу этого расхождения юристы сетуют на отсутствие продуктивной практики в системе хозяйственных судов, как отмечено в Интернет-статье «Парадоксы бизнеса по-белорусски: доказать существование инфляции в суде не удалось»,¹ и вслед за судьями безвольно «разводят руками». Тем не менее инфляция как прикладное денежно-экономическое явление действует не избирательно. Поскольку она существует, то одинаковая для всех. И отраслевая принадлежность субъектов права не влияет на степень регулятивного проникновения в гражданский оборот одних и тех же норм действующего законодательства, пока иное не закреплено законодательно.

Судебное правотворчество. Согласно законодательству о нормативных правовых актах (рассчитанных на неоднократное применение неограниченным кругом лиц), таковыми не являются судебные правовые акты. В т.ч. изданные пленумами и Президиумом Высшего хозяйственного суда Беларуси по вопросам применения (разъяснения) законодательства в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности. Также не считаются нормативными судебные постановления о разрешении конкретных (разовых) правоотношений либо рассчитанные на иное однократное применение. Соответственно отдельные прецеденты либо даже их совокупность (обобщение) не должны компилироваться при разрешении аналогичного дела вопреки его особенностям, включая качество и объем процессуальных позиций сторон. Однако такое заимствование очень распространено, что и является пресловутой судебной практикой.

1 URL: <http://news.tut.by/economics/292050.html>.

Но формировать надо практику правосудия, что означает создание уникального правоприменительного акта на основе правильного использования и толкования норм права, относящихся к рассматриваемому делу. Только тогда будет неукоснительно обеспечиваться правосудность постановленных решений. Пока же характерные примеры из означенной категории дел отражают противоположную тенденцию. Хозяйственный суд г. Минска взыскал в пользу подрядчика с заказчика строительного подряда, задержавшего оплату строительно-монтажных работ, проценты за незаконное пользование чужими денежными средствами. Но отказал во взыскании инфляционных потерь, оставшихся за вычетом процентов в порядке зачета (дело № 366-9/2011). Он сослался на то, что Правилами заключения и исполнения договоров строительного подряда (утв. постановлением Совета министров Беларуси от 15.09.1998 № 1450), далее – правила, «не предусмотрена возможность увеличения стоимости строительно-монтажных работ с учетом коэффициента инфляции». Отсюда предполагается (прямо об этом не сказано), что на данные правоотношения будто бы не распространяется пункт 2 ст. 366 ГК РБ.

Апелляционный суд тоже считает, что при нарушении сроков перечисления платежей «оплата производится с учетом изменения стоимости строительно-монтажных работ в связи с инфляцией», поскольку пунктом 46 Правил «предусмотрен специальный порядок увеличения стоимости СМР на основании индексации» (по индексам изменения стоимости СМР, далее – ИИС). И поскольку «иное сторонами в договоре строительного подряда не предусмотрено», коллегия каким-то образом пренебрегает иерархией нормативных актов. В апелляционном постановлении отсутствует какое-либо обоснование отклонения нормы, обладающей большей юридической силой не только в сравнении с условиями договора (в отсутствие диспозитивности), но и в сравнении с Правилами. При этом оказался не закончен содержанием его фрагмент, где вывод нижестоящей инстанции об отсутствии оснований для взыскания инфляционных потерь просто-напросто констатирован, но свое мнение о нем коллегия не высказала. По заявлению истца о разъяснении либо исправлении данного акта она предпочла первое. Поэтому разъяснила его «исходя из содержания всего апелляционного постановления и результата рассмотрения жалобы», вместо того чтобы попросту дополнить несогласованное предложение словами: «Считать правильным вывод об отсутствии...». Тем самым юридическую смысловую нагрузку этому документу придает не

его буквальное содержание, кроме «результата рассмотрения», но некое предположение. Оно вполне доступно пониманию любого разумного читателя. Однако это не та ситуация, когда допущением очевидной зависимости резолютивной части текста от невысказанных предшествующих умозаключений его авторов приемлемо заменять его наличное процессуальное свойство. К тому же обычно нормальным является, когда продиктованная внутренним убеждением судей резолюция основывается на последовательной совокупности их соображений, но не наоборот. И это не единственный признак незаконности и необоснованности отказа во взыскании инфляционных потерь.

Судебный акт: глубина познания важнее директивной силы. Прежде всего, рассматривая вопрос о юридических последствиях просрочки платежа, судам первой и второй инстанций надлежало установить легитимность взыскания с должника денежных средств без применения «специального порядка» переоценки просроченной платы с учетом строительных индексов. И наоборот, дать оценку правомерности именно такого взыскания, какое требует истец, если бы инфляционные потери все-таки включались в стоимость СМР. К примеру, в отсутствие требования об увеличении стоимости СМР исключена необходимость рассмотрения вопроса о соотношении этого увеличения с начисленными инфляционными потерями. Но методом от противного, в познавательных целях, надо иметь в виду возможность принятия к зачету в [общих] инфляционных потерях удорожания СМР, рассчитанного по ИИС, наравне с тем, как в них же (потерях) зачитываются проценты.

Пункт 2 ст. 366 ГК не регулирует товарное обращение касательно порядка формирования цены (оплаты СМР) наподобие ст. 394 ГК «Цена». Он направлен на иное общественное отношение, связанное с причинением ущерба кредитору, по вине должника, ввиду несоблюдения предусмотренного договором срока обращения денег. Указанные в этой норме права инфляционные потери отражают общий уровень изменения цен на объекты гражданских прав. Инфляция – это обесценивание денег, т.е. снижение их стоимости как средства платежа/накопления (сугубо денежное обращение).

Следовательно, подобное денежное требование не обусловлено прямо производством СМР с передачей их результата заказчику. Кредитор предъявил имущественные претензии ввиду того, что функции денег ухудшились за период просрочки уплаты денежных средств. Но стоимостные характеристики конкретных работ, указанные в приемосдаточных документах и влияющие

на себестоимость завершеного строительством капитального объекта, не изменились.

Апелляционный суд игнорировал это обстоятельство, подразумевая, что инфляционные потери к взысканию правомерно предъявлять исключительно на основании ИИС, если они возникли из просрочки оплаты результата строительных работ. Он напрасно исследовал соглашение сторон относительно отсутствия в нем «иного порядка оплаты строительных работ» в сопоставлении с Правилами. Истец не обращался за оплатой стоимости СМР как таковой. Суд вышел за пределы исковых требований, хотя сам декларирует отсутствие у него этого права. В итоге были рассмотрены другие предмет и основание иска, вместо указанных в исковом заявлении и апелляционной жалобе.

Оценена возможность взыскания увеличенной стоимости СМР, но не компенсации потерь подрячика без изменения стоимости просроченных оплат работ. Различие первого со вторым отчетливо проявляется в решении суда первой инстанции касательно удовлетворения иска о взыскании процентов по пункту 1 ст. 366 ГК. Само собой, рассчитаны они не по строительным индексам и обусловлены не «иным порядком» определения стоимости СМР по отношению к предусмотренному пунктом 46 Правил. По этой причине они не включаются в стоимость строительных работ, тем не менее они входят в сумму основного долга (в отличие от пеней и других штрафных санкций), увеличенную с учетом инфляции, согласно части 2 пункта 32 постановления Пленума Высшего хозяйственного суда Беларуси (далее – ВХС РБ) от 24.01.2004 № 1 в новой редакции. Такой же подход применим и к инфляционным потерям: это остаток долга с учетом инфляционной поправки за вычетом номинала основного долга и процентов. Отсюда видно, что доля основного долга в части инфляционных потерь не равнозначна удорожанию объекта гражданских прав исходя из стоимости результата СМР, предусмотренной проектно-сметной документацией в рамках соглашения сторон.

Поэтому вывод хозяйственного суда о невозможности взыскания инфляционных потерь из-за их влияния на стоимость СМР, тогда как на это не повлияли взысканные проценты, необоснован и противоречит фактическим обстоятельствам дела и действующему законодательству. И еще. В тех же разъяснениях пленума сказано о взыскании процентов вместе с суммой долга (в части их превышения), увеличенной с учетом инфляции, без каких-либо изъятий по поводу применения такого увеличения. Нарощенная таким образом сумма долга включает взысканные проценты

(часть целого). Поэтому нет предпосылок к тому, чтобы не рассчитывать инфляционное увеличение (целое), а рассчитанное не взыскивать. Равно как нет оснований относить его, в отличие от начисленных процентов, на удорожание строительных работ. Часть должна следовать судьбе целого и наоборот. Либо тогда и в процентах отказывайте потерпевшему кредитору. А наличие в конструкции пункта 2 ст. 366 ГК условия о превышении суммы основного долга с инфляционной составляющей над суммой начисленных процентов не должно вызывать затруднений. Существование инфляции в период просрочки обязательства неоспоримо. Равно как и то, между прочим, что ставка рефинансирования Центробанка часто не дотягивает до уровня инфляции, хотя является производной от нее. Чем и обусловлен зачетный метод взимания процентов, как сказано в начале статьи.

В схожих системах права аналогичная норма, например, пункт 2 ст. 625 ГК Украины, предусматривает тесную связь между просрочкой денежного обязательства и уплатой долга с учетом установленного индекса инфляции. То есть инфляционные потери презюмируются без каких-либо фикций насчет отсутствия (трудностей расчета) инфляции и даже без промежуточного взыскания ставки рефинансирования (процентов). А утверждение о том, что инфляционные потери кредитора якобы могут компенсироваться по утверждаемым Минстройархитектуры ИИС, несостоятельно. Мало того что эта составляющая обязательства намного ниже уровня инфляции. В действительности эти индексы не могли быть применены.

Пункт 6 инструкции о первичных учетных документах в строительстве предусматривал, что акт сдачи-приемки выполненных строительных и иных специальных монтажных работ формы С-2 подтверждает количество и стоимость СМР. Сумма, указанная в нем по строке «Всего выполнено работ в текущих ценах» раздела «Расчет стоимости выполненных работ в текущих ценах», является стоимостным объемом работ подрядной организации и отражается в бухгалтерском учете. На величину этого показателя влияет ИИС, который применяется к базисным ценам, в т.ч. при нарушении заказчиком срока перечисления платежей за выполненные работы. Однако ИИС употребляется в актах формы С-2, поскольку подлежит включению в графу 4 расчета текущих цен. Соответственно этот индекс не действует отдельно от сдачи-приемки СМР и безотносительно предоставления бухгалтерской, налоговой и статистической отчетности.

Приемосдаточные документы по просроченным оплатами СМР подписаны заказчиком значительно

позже, чем фактически принят их результат. Он оприходован в составе объекта недвижимости, введенного в эксплуатацию за полгода до окончательного расчета с подрядчиком. Поэтому в акты сдачи-приемки С-2 не могло быть включено изменение ИИС, актуально отражающих просрочку оплаты СМР. Тем более что первоначально они подписаны подрядчиком в одностороннем порядке. А наличие математической возможности рассчитать сумму удорожания работ постфактум не имеет юридического значения в споре. Кроме того, применение инфляции к ранее оплаченному основному долгу не влечет изменения содержания формы С-2. А также сумма инфляционных потерь не отражается в бухгалтерском учете по сч. 90 «Реализация» (СМР), но учитывается по кредиту сч. 92 «Внереализационные доходы и расходы» и облагается налогом на прибыль.

Судебное правопреемство. Как и следовало ожидать, кассационная коллегия оставила в силе постановления нижестоящих судов об отказе подрядчику в компенсации инфляционных потерь.

В целом вердикт третьей инстанции не стал откровением. Он основан на подмене понятий. Снова фигурирует «специальный порядок» увеличения стоимости СМР по правительственному постановлению вместо истребованного истцом общего возмещения инфляционных потерь в соответствии с ГК. Правда, появилось одно новшество. Вероятно, на данной стадии разбирательства верхом юридического неприличия оказалось бы дальнейшее игнорирование судом процессуальной необходимости излагать доводы, влияющие на разрешение спора по существу. Поэтому предпринята попытка объяснить, почему законодательная норма не выдерживает конкуренции с подзаконной. А именно: в компенсации инфляционных потерь отказано, «поскольку механизм расчета инфляции (инфляционных потерь), на которую указывает истец, ... в правоотношениях между субъектами хозяйствования действующим законодательством Республики Беларусь не установлен». Оттого коренным образом изменилась причинно-следственная зависимость всех трех судебных актов по одному и тому же исходному делу и стала вполне очевидной их казуальность. Содержащиеся в них выводы не являются юридически эквивалентными (мотивированы по-разному) либо противоречат друг другу. Суд первой инстанции совсем не касался «механизма расчета инфляции». Зато апелляция указала: «Инфляционная составляющая определена правильно». Такая коллизия сама по себе указывает на незаконность и необоснованность судебных актов. К тому же получается, что в иске

и в удовлетворении жалоб отказано фактически из-за неясного «механизма» увеличения долга с учетом инфляции, но без указания, в чем заключается его неясность для суда. Способ вычисления коэффициента инфляции, методологически заимствованный истцом из отмененного постановления пленума ВХС от 16.01.1995 № 1, кассационная инстанция не опровергла (не указала на его пороки). В сущности, она по умолчанию не признала расчеты истца, лишая судебное разбирательство объективизма. Связь между «отсутствием механизма» и «неправильностью расчетов» якобы предполагается. Иначе возобладала бы норма закона, как и положено. Но юридически значимые выводы не возникают из гипотезы. Вторая коллегия не могла мотивировать нормой законодательства свое соображение о неприменении закона из-за отсутствия некоей механики применения. Названная норма ГК не является отсылочной или диспозитивной. Законодатель сформулировал ее в качестве императива прямого действия. То есть «отсутствие механизма» – это доктринальное субъективное мнение, не основанное на законодательстве, которое не ставит применение или неприменение закона в зависимость от существования методики расчета инфляционных потерь.

Поскольку буквальное значение судебного постановления не подтверждено нормами материального права и логическими контраргументами, из его смысла презюмируется существование инфляционных потерь. Одновременно суд гипотетически отвергает их вообще, ссылаясь только на Хозяйственный процессуальный кодекс (далее – ХПК): ст. 201 – «Объявление судебного решения», ст. 294 – «Пределы рассмотрения дела в кассации», ст. 296 – «Полномочия кассации». Помимо того, что здесь имеются правоприменительная нелепица и оправдание неплатежей, суды явно переоценивают значение писаных норм права. Конечно, алгоритм применения правовой нормы должен существовать. Но обязательно ли закрепленным в законодательстве? Достаточно обратиться к достижениям других отраслей знаний (статистика, математика, экономика) посредством аналитического инструментария юриспруденции в соответствии с законодательным правомочием суда и в рамках состязательности сторон.

В частности, экономическая наука понимает инфляцию как обесценение денежной единицы, уменьшение ее покупательной способности. В бытовом смысле количественный уровень инфляции обычно воспринимается как показатель, устанавливающий, насколько повышаются цены на определенный товар за определенное время.

Такой подход позволяет формировать частное, ограниченное суждение, ибо цены на разные товары изменяются в различной степени. Более универсальный способ определения уровня инфляции состоит в установлении среднего по стране или по региону индекса роста розничных цен на группу наиболее употребительных товаров, именуемую «потребительской корзиной».² Если быть объективнее, для расчета экономических потерь бенефициара из-за инфляции при неплатежах прибегнуть можно к нескольким сугобо математическим формулам. В том числе непосредственно по индексу потребительских цен на товары и платные услуги населению (ИПЦ), который устанавливается Национальным статистическим комитетом Беларуси (Белстат), без предварительного нахождения коэффициента инфляции. Составляется математическая пропорция с одним неизвестным: $i1/Br=i2/S$. Из пропорции вытекает равенство для нахождения неизвестного: $S=(i2/i1) \times Br$, где S – денежная сумма инфляционных потерь (обесценивание в расчетном периоде денег как имущества), $i1$ – ИПЦ на начало периода просрочки, Br – номинал долга, $i2$ – ИПЦ в момент исполнения обязательства. Инфляцию (коэффициент инфляции) вычисляет Белстат по рассчитанному им же ИПЦ, исходя из выборочно принятых к статистическому исследованию цен. Поэтому ИПЦ является обобщающим критерием обесценивания (укрепления) национальной валюты, без ограничения действующим законодательством сфер его действия. То есть функции средства платежа и эквивалента стоимости (эталонная мера цены) не зависят от субъектного состава денежного обязательства. Иное равнозначно признанию множественности курсов покупательной способности денег (цены валюты) с учетом того, вовлечены ли они в экономический оборот гражданами, гражданами и организациями либо только организациями. Это данность, с которой хозяйственный суд не старается примириться почему-то к выгоде должников. Они не претерпевают неблагоприятных последствий, сопоставимых с нарушением денежного обязательства. Напротив, получают имущественные выгоды в результате пользования денежными средствами подрядчика, после чего возвращают долг в номинальном стоимостном выражении. Тем самым недобросовестному плательщику предоставляется инфляционная рента, не обусловленная законодательством или соглашением сторон, что дестабилизирует расчетную дисциплину в предпринимательской деятельности и влечет невосполнимые издержки кредитора.

² Райзберг Б.А. Курс экономики / Под ред. Б.А. Райзберга. – ИНФРА-М. 1997. – С. 110.

Проблема усугубляется ввиду использования иных оснований отказа во взыскании инфляционных потерь, а также благодаря судебной практике по «смежным» спорам. В мотивировочной части решения хозяйственного суда г. Минска по делу № 440-20/2011 сказано: «Законом «Об индексации доходов населения с учетом инфляции», устанавливающим применение индекса потребительских цен при индексации денежных доходов, не установлено, что он распространяется на расчеты между субъектами хозяйствования по договорам строительного подряда». Понятно, что не распространяется. Во всяком случае, не касаясь доходов населения (субъектный состав регулирования), без учета аналогии закона в соответствии со ст. 5 ГК. Важнее другое. В этот раз отказ не детерминирован «специальным порядком» увеличения стоимости СМР на основании ИИС в соответствии с Правилами. Буквальное толкование вывода суда первой инстанции показывает допустимую вероятность взыскания инфляционных потерь вне стройподряда.

При рассмотрении жалобы ответчика проигнорированы доводы истца, изложенные в отзыве, об изменении решения в целях взыскания этих потерь, что не позволяет понять мотивы апелляционной коллегии, оставившей решение в силе.

По делу № 24-13/2012 (не стройподряд) тот же суд мотивировал решение так: «Гражданским кодексом не установлена возможность взыскания инфляционных потерь отдельно от суммы основного долга в соответствии с механизмом, определенным п. 2 ст. 366 ГК РБ». В принципе, значит, не исключено взыскание инфляционной составляющей долга вместе с исходной суммой по любым видам обязательств в одном производстве (хотя процессуально допускается взыскание задолженности частями).

По делу № 418-13/2011/23М он же отказал во взыскании с должника-покупателя убытков (напомним: де-юре альтернатива инфляционным потерям), исчисленных от суммы просроченной задолженности по цене проданного товара на день исполнения обязательства с просрочкой. По устно изложенному мнению суда, возможно брать эквивалентную цену любого другого товара, а истец не обосновал использование того же товара для характеристики роста цены в соответствии с пунктом 3 ст. 364 ГК «Обязанность должника возместить убытки». Однако если во внимание принимать цены на совокупность товарно-материальных ценностей, независимо от родовой принадлежности, как раз подразумеваются инфляционные потери. С другой стороны, из этого примера становится ясно, что увеличение цены СМР по ИИС полагается относить к убыткам (сопоставимая цена в той

же местности на аналог СМР сообразно течению времени), но не к инфляционным потерям. Таким образом, при сравнимых условиях кредиторам отказано во взыскании как инфляционных потерь, так и убытков. То есть концептуально прекращено применение пункта 2 ст. 366 ГК полностью. Хуже того, содержание этой нормы грубо извращено. В периодическом издании «БСГ. Строительная газета» за 17.10.2012 опубликована статья судьи хозяйственного суда Гродненской области С.Ч. Белявского.³ В подзаголовке сказано: «В соответствии с п. 2 ст. 366 ГК Республики Беларусь кредитор вправе требовать от должника долг, увеличенный с учетом инфляции (на основании индексов изменения стоимости строительно-монтажных работ)». Автор умалчивает, почему вдруг применяет ИИС, когда оперирует нормой, размещенной в главе 25 «Ответственность за нарушение обязательств» раздела III «Общая часть обязательственного права» ГК и напрямую не связанной с обязательством подряда.

Фактически законодательная норма не применена всего лишь по стечению обстоятельств, хотя и поддающихся обобщению. Например, в юридических кругах ходят слухи о письме ВХС, каким-то образом сдерживающем взыскание инфляционных потерь. Можно утверждать, что эта форма корректировки судебной практики «не установлена законодательством» и не может служить ни обоснованием «отсутствия механизма расчета инфляции», ни опровержением выполненных истцом экономических расчетов. Тем самым возник даже не казус, но правовой курьез. Компенсацию инфляционных потерь предусматривал ГК в редакции от 03.03.1994. Порядок их расчета был разъяснен вышеназванным постановлением ПВХС от 16.01.1995. Затем из ГК в редакции от 07.12.1998 исчезла «инфляционная поправка». А спустя четыре года отменено и постановление. Однако к тому моменту законом от 04.01.2002 № 79-З реанимирована норма о возмещении инфляционных потерь, за вычетом начисленных процентов по ставке рефинансирования. С тех пор, то есть в течение 10 (десяти!) лет, не создан «механизм» реализации пункта 2 ст. 366 ГК. Поэтому из рассмотренных судебных precedентов следует, что: – во-первых, разумеется, инфляционные процессы существуют; во-вторых, при просрочке возврата денег кредитор несет имущественные потери; в-третьих, законодательно предусмотрена компенсация этих потерь.

Вместе с тем, в-четвертых, приведенная совокупность юридических фактов вкупе с законодатель-

ным императивом будто бы не влечет правовых последствий без инструктивных разъяснений.

Возможно, хозяйственный суд сомневается в использовании «потребительского индекса цен» на фоне существования других «индикаторов инфляции». Однако индекс цен производителей промышленной продукции и тому подобные отраслевые индексы, включая ИИС (по зарплате ли рабочих, по накладным ли расходам или плановым накоплениям и проч.), отражают изменение цены на конкретные группы товаров (работ, услуг). Их можно употребить для определения убытков в соответствии с пунктом 3 ст. 364 и пунктом 2 ст. 14 ГК. Имея в виду, если иное не предусмотрено законодательством или договором, что при определении расходов, которые истец должен будет произвести для восстановления нарушенного права (убытков), принимаются во внимание сопоставимые цены. Поэтому дополнительно подтверждается, что взыскание инфляционных потерь не означает повышения стоимости результата СМР.

Эпилог. Пользуясь тем, что руководитель экономического правосудия и глава юридического сообщества Республики Беларусь В.С. Каменков имеет в стране и широко за ее пределами репутацию видного теоретика права, ему дважды направлялось обращение с просьбой обнародовать в открытых источниках информации свое научное мнение по рассматриваемому вопросу. Вместо него ответил первый заместитель, который сослался на то, что могут быть оставлены без рассмотрения по существу обращения, подлежащие рассмотрению в соответствии с законодательством о конституционном судопроизводстве, уголовно-процессуальным законодательством и т.п. Будто бы исследования в области права, имеющие правоведческое и прикладное значение, хотя бы и применительно судопроизводства, осуществляются только в силу вменения процессуальным решением. В таком же письме на имя той же персоны, но в статусе председателя ОО «Белорусский республиканский союз юристов» зампред-исполнительный директор союза обнаружил крамольный призыв прокомментировать «нормативное и процессуальное право» по конкретным делам. Поэтому обращения оставлены без комментариев, которые могли бы способствовать укреплению авторитета судебной власти и достижению целей судопроизводства. А правоведы по-прежнему разводят руками.

Пристатейный библиографический список:

1. Райзберг Б.А. Курс экономики / Под ред. Б.А. Райзберга. – ИНФРА-М., 1997.

³ «Как «осовременить» стоимость подрядных работ с поправкой на инфляцию». – URL: <http://cnb.by/content/view/2520/81/lang,russian>.

Коптева Е.А.

КЛАССИФИКАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

В статье проанализированы доктринальные подходы к классификации международных обязательств. Особое внимание уделено обязательствам erga omnes и их месту в системе международных обязательств.

Ключевые слова: международные обязательства, erga omnes, международная ответственность государств, Международный Суд ООН.

Koptieva E.A.

INTERNATIONAL OBLIGATIONS CLASSIFICATION

The paper analyzes the doctrinal approaches to the international obligations classification. Particular attention is paid to the erga omnes obligations, as well as their place within the system of the international obligations.

Keywords: international obligations, erga omnes, international responsibility of the States, International Court of Justice.

В условиях постоянной интенсификации взаимодействия государств в разных сферах деятельности усиливается их взаимовлияние и взаимозависимость, что в свою очередь, порождает необходимость неуклонного соблюдения международно-правовых норм. Вместе с тем, современный этап развития международного права отличается значительным увеличением и изменением характера международно-правовых норм. В частности, было признано существование интересов, в обеспечении которых заинтересовано не только отдельное государство или государства, а все международное сообщество в целом.

Исследованием вопроса о классификации международных обязательств занимались: Ю. Ивасава (Yu. Iwasawa), И. Лукашук, Ю. Паувелин (J. Pauwelyn), Л.-А. Сицильянос (L.-A. Sicilianos), К. Тамс (Ch. Tams), М. Фицморис (M. Fitzmaurice), Н. Ушаков, О. Элиас (O. Elias) и др. Но в первую очередь, неопределимым является вклад Дж. Фицмориса (G. Fitzmaurice) и Дж. Кроуфорда (J. Crawford). Таким образом, изучение проблемы природы международных обязательств продолжается уже длительное время, но, к сожалению, еще далеко до окончательного ее решения.

Следует отметить, что изначально вопрос о классификации международных обязательств рассматривался в рамках права международных договоров и только со временем стал одним из ключевых и для институтов и отраслей международного права.

Известный немецкий исследователь К. Тамс отмечает, что мысль о том, что существуют разные формы международных обязательств в зависимости от типа договора, была озвучена еще Г. Трипелем и К. Бергбомом в конце XIX столетия. Они не только классифицировали международные договоры на договоры-законы, которые являются

нормообразующими, и договоры-сделки, которые заключаются в соответствии с уже установленными ранее нормами, но также определили, что согласно некоторым договорам стороны берут на себя идентичные обязательства, другие же договоры предусматривают соответствующие права и обязанности, которые должны быть выполнены взаимно, между парами государств.¹

Значительно позже идею взаимности в основу своей классификации международных обязательств заложил Дж. Фицморис. Он обратился к вопросу о типологии международных обязательств в ходе рассмотрения вопроса о прекращении и недействительности международных договоров во втором² и третьем³ докладах, посвященных проблеме кодификации права международных договоров, и предложил провести разграничение между взаимными, взаимозависимыми и интегральными многосторонними обязательствами.

Под взаимными обязательствами Дж. Фицморис понимал такие, исполнение которых стороны берут на себя индивидуально перед каждой стороной договора. К такому виду обязательств относятся обязательства, например, в сфере дипломатического и консульского права. Взаимозависимые обязательства – это обязательства, выполнение которых зависит от выполнения всеми сторонами договора. Если одна сторона не выполнит свое обязательство, другие стороны, в свою очередь, не будут

1 Tams Ch. Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law / Ch. Tams. – Cambridge University Press. – 2005. – P. 54.

2 Fitzmaurice G. G. Second Report on the Law of Treaties // Yearbook of the International Law Commission 1957, Vol. II: Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly United Nations. – New York, 1958. – P. 16–71. URL: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1957_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1957_v2_e.pdf).

3 Fitzmaurice G. G. Third Report on the Law of Treaties // Yearbook of the International Law Commission 1958 Vol. II: Documents of the tenth session including the report of the Commission to the General Assembly United Nations. – New York, 1958. – P. 20–47. URL: [http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes\(e\)/ILC_1958_v2_e.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/publications/yearbooks/Ybkvolumes(e)/ILC_1958_v2_e.pdf).

считать себя обязанными следовать положениям договора. В качестве примеров таких обязательств Дж. Фицморис приводил обязательства по договорам о разоружении, производству определенных видов оружия и т.п. И третий тип – интегральные обязательства, которые требуют абсолютного или интегрального исполнения, то есть должны выполняться в целом, это обязательства скорее перед всем миром, чем перед определенной стороной договора. Сюда относятся обязательства согласно договорам о правах человека, безопасности на море, относительно военнопленных и т.п.

Несмотря на то, что в окончательный вариант Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. классификация Дж. Фицмориса не была включена, она значительно повлияла на ее положения. В дальнейшем к ней также обращались в ходе работы над кодификацией права международной ответственности государств.

Классификация международных обязательств сыграла важную роль для определения соответствующих мер по привлечению к международной ответственности государств. Как отмечает Л. А. Сицильянос: «Целью классификации международных обязательств является создание функциональной схемы, которая бы позволила определить государства, которые имеют право призвать к ответственности государство-нарушителя и действовать, независимо от происхождения такого обязательства, вследствие нарушенного обязательства».⁴

При рассмотрении Проекта статей о международной ответственности государств, в первую очередь, было предложено различать двусторонние и многосторонние обязательства. Двусторонние обязательства возникают из двустороннего обычая, договора, как двустороннего, так и многостороннего, или одностороннего акта. Собственно большинство отношений ответственности, даже в рамках многостороннего соглашения, носят двусторонний характер, поскольку их участниками являются государство, совершившее противоправное действие, и государство, которое непосредственно пострадало. Многосторонние обязательства представляют отдельный интерес. Специальный докладчик Дж. Кроуфорд, принимая во внимание понятие пострадавшего государства, выделил три вида многосторонних обязательств: 1) обязательства *erga omnes* – обязательства перед всем мировым сообществом в целом, в обеспечении которых заинтересовано каждое государство; 2) обязательства *erga omnes partes* – обязательства перед всеми

участниками конкретного режима; 3) обязательства, участниками которых являются некоторые или многие государства, однако в отношении которых в качестве имеющих правовой интерес признаны конкретные государства или группы государств.⁵

С момента своего возникновения и по сегодняшний день концепция обязательств *erga omnes* или обязательств перед международным сообществом в целом является одной из самых спорных. Международный Суд ООН очень осторожно оперирует категорией данных обязательств, а доктринальные исследования содержат противоречивые соображения относительно возможности ее практической реализации. Все же, несмотря на сложности с признанием, концепция обязательств *erga omnes* в значительной степени влияет на развитие науки международного права, в частности на институты правоприменения и международной ответственности государств.

В 2001 г. обязательства перед международным сообществом в целом были включены в Проект статей о международной ответственности государств, как отдельный вид обязательств.⁶ Именно в этом документе было указано, что международные обязательства могут иметь различную природу, и необходимо определять соответствующие меры международно-правовой ответственности за их нарушение.

Под обязательствами *erga omnes* Дж. Кроуфорд подразумевал те, которые Международный Суд ООН представил в решении по делу о компании «Барселона Трекшн» 1970 г.⁷ В нем было указано на разницу между обязательствами, которые возникают в отношении государства в рамках дипломатической защиты, и обязательствами в отношении международного сообщества в целом. Суд подчеркнул, что обязательства *erga omnes* касаются всех государств и, таким образом, все государства заинтересованы в их защите. В качестве примеров данных обязательств были приведены акты агрессии, геноцида, защита от рабства, расовой дискриминации и некоторые другие.

Обязательства *erga omnes partes* значительно отличаются от обязательств *erga omnes*. Обязательства этого вида возникают при заключении договоров в сфере защиты окружающей среды,

5 Fitzmaurice M., Elias O. A., Elias Olufemi. Contemporary Issues in the Law of Treaties / M. Fitzmaurice, O. A. Elias, Olufemi Elias. – Eleven International Publishing, 2005. – 398 p.

6 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001 URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

7 The Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgium v. Spain) / ICJ Reports, 1970 URL: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>.

4 L.-A. Sicilianos. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility / L.-A. Sicilianos. – EJIL. – 2002. – Vol. 13. – № 5. – P. 161.

например, по вопросам сохранения биоразнообразия или глобального потепления, а также в сфере разоружения, в частности по договорам о создании региональных безъядерных зон или о запрещении ядерных испытаний. Если правовой основой обязательств *erga omnes* является общее международное право, то обязательства *erga omnes partes* возникают на основании заключенного многостороннего договора, – они не касаются государств, которые не являются сторонами такого договора, но все страны, заключившие договор, имеют правовой интерес в их утверждении и выполнении. В дальнейшем Комиссия международного права отошла от применения латинского названия «*erga omnes*», поскольку оно плохо передавало смысл концепции обязательств перед международным сообществом в целом и создавало путаницу с обязательствами перед всеми сторонами договора.⁸

В Проекте статей о международной ответственности государств, принятом во втором чтении в 2001 г., была предусмотрена ответственность государств за нарушение обязательств перед другим государством, несколькими государствами и международным сообществом в целом. Также в ст. 48 указывалось, что любое, а не только пострадавшее государство, может призвать к ответственности другое государство, за нарушение обязательства для защиты коллективного интереса группы государств или обязательства перед международным сообществом в целом.⁹ Кроме того, особое внимание было акцентировано на обязательствах, возникающих из императивных норм общего международного права. В целом отмечалось, что эти обязательства являются одновременно и обязательствами перед международным сообществом в целом, но главное отличие между ними состоит в том, что для первых важен объем и приоритет фундаментальных обязательств, а для вторых правовой интерес всего международного сообщества в их соблюдении.¹⁰

Таким образом, были выделены двусторонние обязательства, обязательства перед группой государств с целью защиты коллективных интересов группы, независимо от источника их происхождения, обязательства перед международным сообществом в целом и обязательства, возникающие из императивных норм общего международного права.

Несмотря на то, что определенный консенсус был достигнут и Проект статей был принят, много

вопросов остались неразрешенными. В частности, не была до конца выяснена суть понятий «правовой интерес», «международное сообщество», «серьезность нарушения международного обязательства» и т.п. Кроме того, не проведено четкого разграничения между обязательствами, возникающими из императивных норм общего международного права, и обязательствами перед международным сообществом в целом. Можно ли говорить о том, что суть последних сводится лишь к тому, что к ответственности за их нарушение может привлекать любое государство?

Одной из попыток устранить существующие недочеты в классификации международных обязательств стала классификация профессора Токийского университета Ю. Ивасава.

Основываясь на разработках своих предшественников, он выделяет: двусторонние, обычные многосторонние, обязательства *erga omnes partes*, которые он подразделяет на взаимозависимые и интегральные, а также обязательства *erga omnes*¹¹.

Двусторонние обязательства возникают на основании двусторонних договоров или обычаев, и когда одна сторона не исполняет своих обязательств, вторая сторона является пострадавшей и имеет право призвать к ответственности. Кроме того, они могут происходить из многосторонних договоров, участниками которых являются больше двух государств, так как одна сторона несет ответственность перед определенной стороной. Например, такими многосторонними договорами являются Венская конвенция о дипломатических отношениях и Конвенция по морскому праву.

Обычные многосторонние обязательства – это обязательства государств перед группой государств по многостороннему договору или обычаю. Например, согласно ст. 194 Конвенции по морскому праву государства обязаны предотвращать загрязнение моря. Страна, которая больше всего пострадала в результате загрязнения, может привлечь к ответственности государство, которое виновато в таком загрязнении.

Взаимозависимыми считаются обязательства, исполнение которых является предпосылкой для выполнения другим государством своих обязательств. Если одна сторона нарушает обязательство, тогда все другие стороны являются пострадавшими. К подобному типу обязательств относятся обязательства согласно договорам о разоружении, о безъядерных зонах, об Антарктике. Нарушение стороной своих обязательств приводит к тому, что

8 Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries 2001. – URL: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.

9 Там же.

10 Там же.

11 Iwasawa Y. The Diveristy of International Obligations / Y. Iwasawa. – Audiovisual Library of International Law. – New York, 2010. – URL: http://untreaty.un.org/cod/avl/ls/Iwasawa_S.html.

исполнение своих обязательств другими сторонами является бессмысленным.

Интегральные обязательства возникают тогда, когда создается определенный режим, в сохранении которого равным образом заинтересованы все стороны, например: Международный пакт о гражданских и политических правах, Женевские конвенции 1949 г., Монреальский протокол по веществам, разрушающим озоновый слой. В случае нарушения этого типа обязательств все стороны могут привлечь к ответственности государство-нарушителя независимо от того, пострадали они или нет.

И последний тип обязательств, который выделяет Ю. Ивасава, – это все те же обязательства *erga omnes*. Любое государство может привлечь к ответственности за нарушение таких обязательств. Обязательства *erga omnes* защищают важные ценности международного сообщества, и их источником является обычное международное право.

Таким образом, Ю. Ивасава сосредоточил свое внимание на вопросе о необходимости разграничения взаимозависимых и интегральных обязательств, а также не выделил в отдельную категорию обязательства, возникающие из императивных норм общего международного права, ограничиваясь лишь категорией обязательств *erga omnes*. В целом, следует отметить, что данная классификация является одной из самых полных и успешных.

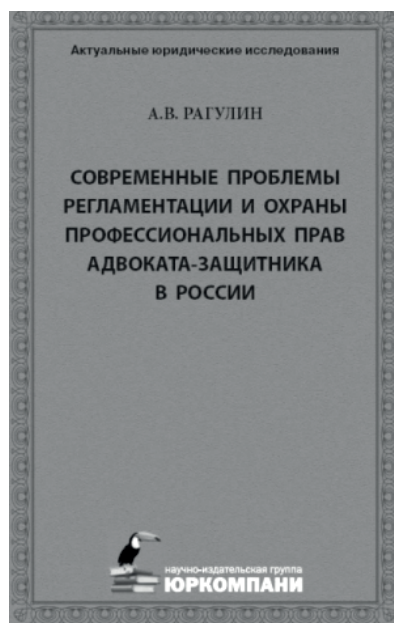
При разработке существующих классификаций учитывались различные характеристики: количество участников взаимоотношений (одно или несколько пострадавших государств, одно

или несколько государств-нарушителей), источник происхождения обязательства (обычное и/или договорное международное право), интерес в их исполнении (одно государство, несколько государств, международное сообщество в целом). Но, к сожалению, пока говорить об успешном решении данной проблемы еще рано.

Подытоживая вышеизложенное, необходимо подчеркнуть, что вопрос о классификации международных обязательств является сегодня если не базовым вопросом для развития международно-правовой системы, то во всяком случае основным для понимания процессов развития международного права, которое как никогда раньше становится саморегулирующейся системой, что в свою очередь свидетельствует о новом витке развития – превращении, как бы мы этому не противостояли, международного права на классическую вертикальную систему права.

Пристатейный библиографический список

1. Fitzmaurice M., Elias O.A., Elias Olufemi. Contemporary Issues in the Law of Treaties / M. Fitzmaurice, O.A. Elias, Olufemi Elias. – Eleven International Publishing, 2005.
2. Iwasawa Y. The Diveristy of International Obligations. – Audiovisual Library of International Law. – New York, 2010.
3. Sicilianos L.-A. The Classification of Obligations and the Multilateral Dimension of the Relations of International Responsibility. – EJIL. – 2002. – Vol. 13. – № 5.
4. Tams Ch. Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law. – CambridgeUniversity Press. – 2005.



Рагулин А.В. Современные проблемы регламентации и охраны профессиональных прав адвоката-защитника в России: Монография. – М., Юркомпани, 2012.

В монографии обосновывается концепция существования в российском праве института профессиональных прав адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве, рассматриваются проблемы их правовой регламентации и охраны в современном российском законодательстве, а также вопросы их практической реализации. На основе проведенного исследования автором формулируется ряд выводов и предложений, которые могут быть учтены и использованы как в научно-практической деятельности, так и при реформировании отечественного законодательства об адвокатской деятельности и адвокатуре и уголовно-процессуального законодательства.

Работа предназначена для адвокатов, профессорско-преподавательского состава юридических факультетов вузов, судей, прокуроров, следователей, дознавателей, студентов и аспирантов высших учебных заведений юридического профиля, а также для всех интересующихся вопросами осуществления профессиональной защиты по уголовным делам и развития адвокатуры в России и за рубежом.

Приобретение монографии возможно в книжных магазинах, а также на сайте издательства «Юркомпани» – www.law-books.ru

Гараев И.Г.

ОЦЕНКА ДОБРОСОВЕСТНОСТИ ДЕЙСТВИЙ НАЛОГОПЛАТЕЛЬЩИКА ПРИ ДРОБЛЕНИИ БИЗНЕСА

Статья посвящена вопросу об оценке добросовестности действий налогоплательщика при дроблении бизнеса. Особое внимание уделяется оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды при дроблении бизнеса.

Ключевые слова: налоговая обязанность, налогоплательщик, налоговая выгода, дробление бизнеса, арбитражные суды.

Garaev I.G.

APPRAISING TAXPAYERS' HONESTY DURING THE PROCESS OF SPLITTING THE BUSINESS UP

The article is devoted to the question of appraising taxpayers' honesty when splitting the business up. Special attention is accentuated on how arbitration court sums up the relevancy of getting tax benefits by a taxpayer during the process of breaking the business up.

Keywords: tax duty, taxpayer, tax benefit, breaking the business up, arbitration courts.

Исполнение обязанности по уплате налогов и сборов является конституционной обязанностью каждого налогоплательщика, направленной на безвозмездное изъятие денежных средств частных лиц в пользу государства. Как отмечают специалисты, «наличие достаточно широкого спектра способов и форм налогового контроля со стороны государства приводит к тому, что налогоплательщик любыми способами, в том числе и незаконными, стремится сэкономить на налогах, а деятельность исполнительных органов государства направлена, прежде всего, на выявление таких случаев «налоговой экономии»¹. Безусловно, каждый налогоплательщик, выстраивая схему бизнеса, ищет пути оптимизации налоговой нагрузки. В частности, часто применяются схемы дробления бизнеса, что предполагает разделение юридического лица на несколько самостоятельных, каждое из которых будет находиться в специальном режиме налогообложения. Причем речь не идет только о дроблении бизнеса с помощью процедуры реорганизации юридического лица (разделение, выделение), также возможно «дробление» самого бизнеса на стадии ее создания, т.е. когда учреждаются несколько взаимозависимых организаций, зачастую составляющих части единого бизнес-механизма.

Следует отметить: цели дробления бизнеса могут быть различными, начиная с оптимизации осуществления предпринимательской деятельности и заканчивая налоговыми мотивами. Именно в последнем случае налоговые органы могут предъявить обоснованные претензии к деятельности налогоплательщика, а именно к схеме его налогового планирования. Ключевым моментом в данном контексте является определение такой категории как получение налоговой выгоды.

1 Федорцова Р.П. Критерии обоснования налоговой выгоды // *Налог*. – 2010. – № 6. – С. 2–5.

Как отмечает Т.В. Завьялова, «в настоящее время практически в каждом акте налоговых проверок констатируется нарушение, выражающееся в получении налогоплательщиком необоснованной налоговой выгоды. При этом неправильного толкования и применения тех или иных норм налогового законодательства зачастую не устанавливается. Не отрицая как таковое право на налоговые преимущества, тем не менее налогоплательщику в нем отказывается со ссылкой на его неэффективную предпринимательскую деятельность, недобросовестность в действиях, отсутствие так называемой деловой цели, заключение сделок с фирмами-однодневками»².

Основную роль в разрешении в правоприменительной практике вопросов, связанных с получением необоснованной налоговой выгоды, играет Постановление Пленума Высшего арбитражного суда РФ от 12 октября 2006 г. № 53 «Об оценке арбитражными судами обоснованности получения налогоплательщиком налоговой выгоды»³ (далее по тексту – Постановление № 53).

В Постановлении № 53 раскрывается понятие дефиниции налоговая выгода, под которой понимается уменьшение размера налоговой обязанности вследствие, в частности, уменьшения налоговой базы, получения налогового вычета, налоговой льготы, применения более низкой налоговой ставки, а также получение права на возврат (зачет) или возмещение налога из бюджета.

В Постановлении № 53 указывается на то, что само по себе получение налоговой выгоды не является противоправным действием, а при рассмотрении налоговых споров необходимо исходить из

2 Завьялова Т.В. Налоговая выгода – понятие и практика ее применения арбитражными судами // *Арбитражные споры*. – 2010. – № 3. – С. 95–100.

3 *Вестник ВАС РФ*. – 2006. – № 12.

презумпции добросовестности как налогоплательщиков, так и иных участников налоговых правоотношений. В связи с этим предполагается, что на налоговые органы ложится бремя доказывания необоснованного возникновения у налогоплательщика налоговой выгоды, на что указывается в п. 2 Постановления № 53.

В связи с этим суды принимают во внимание то, что законодательство о налогах и сборах РФ исходит из презумпции добросовестности налогоплательщика и иных участников правоотношений в экономической сфере. Поэтому предполагается, что действия налогоплательщика, имеющие своим результатом получение налоговой выгоды, экономически оправданны. Поскольку инспекцией не представлено доказательств, позволяющих усомниться в добросовестности налогоплательщика, вывод налогового органа о недостоверности счетов-фактур не может сам по себе, в отсутствие иных фактов и обстоятельств, рассматриваться в качестве самостоятельного основания для признания налоговой выгоды в качестве необоснованной. Поэтому сведения, содержащиеся в представленной налоговой декларации и бухгалтерской отчетности, достоверны, если не представлены доказательства с целью опровержения.⁴

При всем этом налоговые органы несут бремя доказывания именно добросовестности действий самого налогоплательщика, а не его контрагентов. В одном из определений Высший арбитражный суд РФ указал на то, что суды исходят из того, что в сфере налоговых отношений действует презумпция добросовестности налогоплательщика, тогда как доводы инспекции и представленные ею доказательства свидетельствуют о недобросовестности контрагентов, а не самого общества, при этом налоговым органом не доказано отсутствие реального выполнения работ (услуг)⁵.

Применительно к теме настоящей публикации следует еще раз отметить, что дробление бизнеса как способ налогового планирования в сущности сводится к созданию взаимозависимых лиц. Поэтому на первый план выходит определение реальности осуществления финансово-хозяйственной деятельности налогоплательщика. Оценка добросовестности налогоплательщика при получении налоговых выгод предполагает оценку заключенных им сделок, их действительности, особенно в тех случаях, когда они не имеют разумной деловой

цели, то есть возможность получения налоговых выгод предполагает наличие реального осуществления хозяйственных операций. Таким образом, в целях подтверждения обоснованности налоговой выгоды должна быть установлена их объективная предметная взаимосвязь с фактами и результатами реальной предпринимательской и иной экономической деятельности, что служит основанием для вывода о достоверности представленных документов.⁶ В связи с вышеприведенным представляется верным проанализировать, на какие именно основания, подтверждающие недобросовестность действий налогоплательщика по получению налоговой выгоды с помощью дробления бизнеса, ссылаются налоговые органы.

В п. 5 Постановления № 53 отмечается, что о необоснованности налоговой выгоды могут также свидетельствовать подтвержденные доказательствами доводы налогового органа о наличии следующих обстоятельств:

– невозможность реального осуществления налогоплательщиком указанных операций с учетом времени, места нахождения имущества или объема материальных ресурсов, экономически необходимых для производства товаров, выполнения работ или оказания услуг;

– отсутствие необходимых условий для достижения результатов соответствующей экономической деятельности в силу отсутствия управленческого или технического персонала, основных средств, производственных активов, складских помещений, транспортных средств;

– учет для целей налогообложения только тех хозяйственных операций, которые непосредственно связаны с возникновением налоговой выгоды, если для данного вида деятельности также требуется совершение и учет иных хозяйственных операций;

– совершение операций с товаром, который не производился или не мог быть произведен в объеме, указанном налогоплательщиком в документах бухгалтерского учета.

В практике арбитражные суды, опираясь на положения Постановления № 53, принимают позицию налоговых органов, в случае если будет доказано, что дробление бизнеса являлось единственной целью для получения налоговой выгоды, при этом в качестве доводов представляются:

– отсутствие собственных активов и основных средств;⁷

4 Определение ВАС РФ от 16.07.2010 № ВАС-8676/10 по делу № А12-22034/2009 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

5 Определение ВАС РФ от 20.07.2011 № ВАС-8606/11 по делу № А55-13523/2010-54 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

6 Постановление ФАС Поволжского округа от 31.07.2012 по делу № А55-20771/2010 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

7 Решение Арбитражного суда Свердловской области от 25.10.2010 по делу № А60-23461/2010-С8 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

– нахождение организаций по одному адресу и взаимодействие с одним обществом;⁸

– обоснование того, что услуги, предоставляемые контрагентами, сводятся к выполнению работниками функций единого производства;⁹

– формальный характер оформления приема на работу сотрудников организации;¹⁰

– взаимозависимость организаций;¹¹

– открытие организациями лицевых счетов в одном банке¹² и иные.

В частности, например, исходя из анализа хозяйственной деятельности предприятий, суд установил, что хозяйственная деятельность носила неритмичный характер, с целью сохранения права на применение упрощенной системы налогообложения, при достижении предельного размера доходов деятельность одного общества приостанавливалась, материально-техническая база, трудовые ресурсы использовались другим обществом, передача остатков ГСМ от одного юридического лица к другому осуществлялась без торговой наценки.¹³

Необходимо указать, что доказываемые обстоятельства оцениваются наряду с иными свидетельствами. В частности, только факт взаимозависимости организаций, возникающих в результате дробления бизнеса, не является доказательством использования согласованных действий взаимозависимых юридических лиц с целью получения необоснованной налоговой выгоды.

Показательным в данном контексте является пример из судебной практики. В Алтайском крае была организована торговая сеть «С», в деятельности которой принимает участие ЗАО «Торговый дом С», ООО «Торговый дом «С-5», ООО «Торговый дом «С-10», ООО «Торговый дом «С-92», ООО ХХЛ «С-1», ООО ХХЛ «С-II», ООО ХХЛ «С-III», ООО ХХЛ «С-IV», ООО ХХЛ «С-V», ООО ХХЛ «С-VI», ООО ХХЛ «С-VII», ООО «Д», ООО «Магазин Ш». Судом было установлено, что все указанные организации используют различное оборудование, которое

находится в их собственности, составляет их основные средства. Работники хозяйствующих субъектов трудоустроены в указанных организациях на основании их заявлений и соответствующих приказов о приеме на работу с внесением соответствующих записей в трудовые книжки. Выплаты заработной платы работникам производили указанные организации-работодатели, работники застрахованы непосредственно данными организациями. Каждое юридическое лицо, входящее в торговую сеть, самостоятельно исполняло обязательства по заключенным договорам с контрагентами, а не только между собой, самостоятельно вело учет своих доходов и расходов, исчисляло налоги и представляло в налоговый орган по месту учета налоговую отчетность; денежные средства, полученные каждым из обществ, являлись их доходом. При таких обстоятельствах суды пришли к обоснованному выводу, что каждое из взаимозависимых обществ являлось самостоятельным субъектом хозяйственных и налоговых отношений.¹⁴

Во многих случаях исходу дела в пользу налогоплательщика предшествует доказанность фактов наличия самостоятельных основных средств и иного имущества взаимозависимых организаций, позволяющих им независимо друг от друга осуществлять хозяйственную деятельность, самостоятельное выполнение налоговых обязательств,¹⁵ наличие деловой цели взаимодействия между организациями.¹⁶

При осуществлении финансово-хозяйственной деятельности налогоплательщикам необходимо учитывать, что претензии к ним могут быть предъявлены в любой момент. Например, в одном из случаев налоговый орган вменял в вину организации использование в своей деятельности незаконной оптимизации налоговой нагрузки с использованием другой организации. При этом налоговый орган не оспаривал то, что обе организации созданы в 2004 году, с момента создания находились на упрощенной системе налогообложения и применяли ее без каких-либо претензий со стороны налогового органа вплоть до спорного периода – 2007 года, самостоятельно исчисляя и уплачивая единый налог по упрощенной системе налогообложения. Также Инспекция и за 2008–2009 годы, проверенные одновременно с 2007 годом, не предъявила к обществу и

8 Определение ВАС РФ от 11.01.2011 № ВАС-17566/10 по делу 3 А74-4538/2009 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

9 Определение ВАС РФ от 06.09.2010 № ВАС-9107/10 по делу № А43-932/2009 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

10 Определение ВАС РФ от 27.08.2012 № ВАС-10576/12 по делу № А03-9722/2010 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

11 Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 13.01.2009 по делу № А43-5963/2008-31-112 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

12 Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 19.11.2009 по делу № А39-5020/2008 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

13 Постановление ФАС Дальневосточного округа от 03.11.2010 № Ф03-6465/2010 по делу № А04-8776/2009 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

14 Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 21.03.2012 по делу № А03-8363/2011 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

15 См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 02.09.2010 по делу № А27-19778/2009 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

16 См.: Определение ВАС РФ от 18.06.2012 № ВАС-7339/12 по делу № А41-38205/10 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

ООО «К-3» никаких претензий относительно применяемого режима налогообложения.¹⁷

Резюмируя, необходимо отметить: в случае если налогоплательщик столкнется с претензиями налоговых органов, все его действия должны быть направлены на доказывание деловой цели дробления бизнеса (оптимизация предпринимательской деятельности, сохранение рынка деятельности) и самостоятельного характера деятельности взаимозависимых лиц. Во многом нельзя отрицать тот факт, что дробление бизнеса приводит и к налоговой оптимизации. Как показывает анализ правоприменительной практики, презумпция добросовестности действий налогоплательщика предполагает доказывание налоговыми органами обратного путем представления непровержимых доказательств. Тем не менее, это не означает, что налогоплательщик лишен права представить доказательства добросовестности своего поведения. В частности, суды указывают на то, что «обязанность доказывания обстоятельств, порождающих

сомнения в добросовестности налогоплательщика, лежит на налоговом органе, а налогоплательщик, в свою очередь, обязан доказать, что указанные обстоятельства экономически оправданы, либо представить суду доказательства отсутствия данных обстоятельств».¹⁸ В подтверждение своих позиций может быть использован весь инструментарий доказательств: документы бухгалтерского и налогового учета, выписки о движении денежных средств по банковским счетам, показания свидетелей, любые иные, подтверждающие то, что получение налоговой выгоды не являлось исключительным мотивом дробления бизнеса.

Пристатейный библиографический список

1. Завьялова Т.В. Налоговая выгода – понятие и практика ее применения арбитражными судами // Арбитражные споры. – 2010. – № 3.
2. Федорцова Р.П. Критерии обоснования налоговой выгоды // Налоги. – 2010. – № 6.

17 Постановление ФАС Центрального округа от 13.06.2012 по делу № А08-5440/2011 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

18 Постановление ФАС Поволжского округа от 10.09.2012 по делу № А72-7133/2011 // Документ опубликован не был. Содержится в базе СПС «Консультант Плюс».

НЕГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ «РОССИЙСКАЯ АКАДЕМИЯ АДВОКАТУРЫ И НОТАРИАТА»

105120, г. Москва, Малый Полужарославский переулок, д. 3/5.
Тел.: 8 (495) 917-22-39; E-mail: nauka-raa@mail.ru; info@raa.ru; Website: www.raa.ru

УВАЖАЕМЫЕ КОЛЛЕГИ!

18 апреля 2013 года в Российской академии адвокатуры и нотариата (РААН) состоятся традиционные ежегодные Межвузовские научные чтения студентов, аспирантов, соискателей, преподавателей. «ПРАВО. АДВОКАТУРА. НОТАРИАТ».

В рамках Чтений предлагается обсудить следующие вопросы: история и теория государства и права, теоретические проблемы в праве и в его правотворческой, правоприменительной практике, история адвокатуры, история нотариата, организационно-правовые проблемы адвокатуры, организационно-правовые проблемы нотариата, адвокатская деятельность в гражданском, уголовном, арбитражном процессах, пути совершенствования функциональной деятельности нотариата, профессиональные и нравственные качества юриста.

Прием заявок на участие и тезисов докладов – до 1 апреля 2013 г.

Желающим принять участие в конференции просьба направлять тезисы выступлений (статьи) по электронной почте: e-mail: nauka-raa@mail.ru – или в распечатанном виде по адресу: 105120, г. Москва, Малый Полужарославский переулок, д. 3/5.

Подробная информация о мероприятии размещена на веб-сайте Российской академии адвокатуры и нотариата – www.raa.ru

Синеокий О.В.

ИЗ ИСТОРИИ ЛИЦЕНЗИОННЫХ ГРАМПЛАСТИНОК: ОТ УНИКАЛЬНЫХ КОНТРАФАКТНЫХ ОБРАЗЦОВ ПОП-МУЗЫКИ К НОВЫМ ПРАВОВЫМ ОРИЕНТИРАМ ЗВУКОЗАПИСИ

В статье исследуются «белые пятна» в истории советской официальной звукозаписи поп-музыки. Рассматриваются условия и формы выпуска лицензионных грампластинок в СССР. Анализу подвергаются основные образцы фонографической продукции, выпущенные с 1973 по 1993 годы. Особое внимание автором уделено проблеме противодействия «пиратскому» рекордингу в современных условиях. Конечная цель обозначена как построение целостной модели развития фонофонического взаимодействия в условиях новой коммуникационной реальности, в которой тесно переплетаются различные уровни научного знания, где одно из центральных мест отводится институту медиа-адвокатов.

Ключевые слова: грамзапись, грампластинка, рок-музыка, серия, архив.

Sineokyj O.V.

THE HISTORY OF LICENSE RECORDS: FROM UNIQUE SAMPLES OF COUNTERFEIT POP MUSIC TO THE NEW LEGAL LANDMARK OF RECORDINGS

In the article «white spots» in history of Soviet official pop music recording. The conditions and the form of licensing records in the USSR. Core samples are analyzed phonographic products issued from 1973 to 1993. Particular attention is paid to the problem against the «pirate» records in modern conditions. The ultimate goal is designated as the construction of an integrated development model of rare sound records interaction in the new communications reality in which intertwined the various levels of scientific knowledge, where a central place given to the institution of media-lawyers.

Keywords: Recording, Shellac, Rock Music, Series, Archive.

История фонографической коммуникации является неотъемлемой частью нематериального культурного наследия каждой страны. Музыкальная звукозапись является своего рода зеркалом, отразившим жизнь и интересы людей вне политических приоритетов, бесценным источником в аспекте истории повседневности. Безусловно, не мы первые затронули изучение этого вопроса. Различные аспекты данного вопроса изучались многими исследователями достаточно основательно. Вместе с тем, вне сферы научного анализа осталось и немало «белых пятен». Поэтому изучение истории легальной и нелегальной грамзаписи в условиях социализма и их продукции, как основного источника, является актуальной проблемой, исследование которой позволяет проследить становление мировой аудиоиндустрии и первичного аудиорынка во второй половине XX века.

Вначале укажем несколько общетеоретических положений, без уяснения которых дальнейшее изложение материала может оказаться не совсем понятным. Фонографическим продуктом является единица хранения музыкальной информации в электронной базе данных, представляющая собой логически завершенную часть в виде единого файла рекординговых данных, имеющих исключительно информационный характер, либо завершенные части музыкальных произведений в виде нескольких файлов. На музыкальное аудиопроизведение, обнародованное анонимно или под псевдонимом,

срок действия исключительного права истекает через 70 лет, считая с 1 января года, следующего за годом его правомерного обнародования. Право на обнародование звуковой записи – это обеспечение доступа к аудиофонограмме любых третьих лиц.¹ Под термином «оригинал фонограммы» подразумевается подлинное музыкальное произведение, в отличие от подделки, плагиата, копии или контрафакта. Следует отметить, что определение контрафактности экземпляра музыкального произведения или фонограммы является правовым вопросом, разрешение которого экспертным путем по существу недопустимо.

Словосочетание «легальное копирование» буквально можно понимать как «законное изготовление копии». Нелегальное копирование и распространение копий музыкальных композиций получило название аудиопиратство. По мнению Ричарда Столлмана, термин «пиратство» стал применяться к нелегальному копированию для создания убеждения, что это «очень плохо».² Был контрафакт в СССР, растет его количество и сейчас, поскольку такое положение обеспечивают прежде всего сами потребители, создающие спрос на контрафактную продукцию. Экземпляры произведений или фонограмм считаются контрафактными, если изготовление, распространение или иное их

1 Судариков С.А. Основы авторского права / – Мн.: Амалфея, 2000. – С. 254.

2 Stallman R. Free as in Freedom: Richard Stallman's Crusade for Free Software / R. Stallman. – O'Reilly Media, 2002. – P. 240.

использование, а равно импорт таких экземпляров нарушает авторские и смежные права, охраняемые в соответствии с законодательством.³ Так, в России не спасает ситуацию и часть 2 ст. 146 УК РФ, согласно которой предусмотрена уголовная ответственность за приобретение, хранение, перевозку контрафактных экземпляров произведений или фонограмм.⁴ В Украине также проекты нормативных актов в этой сфере разрабатывались в спешке, иногда без привлечения специалистов, либо просто механически заимствовались из других правовых систем или у ближайших соседей. Поэтому они не отражали специфику экономического положения.⁵

В понимании обычного потребителя «пиратская» продукция ассоциируется прежде всего с аудио- и видеопродукцией.⁶ Исходя из этого, аудиопиратством считается именно копирование и распространение копий музыкальных композиций. Ежегодные потери мировой индустрии звукозаписи от аудиопиратства составляют 2 миллиарда долларов.⁷ Тем не менее, во многом низкая эффективность антипиратских действий объясняется чисто юридическими сложностями.⁸

Мы же предлагаем подробное исследование становления и развития производства музыкальных звукозаписей в СССР, большая часть из которых издавалась фактически нелегально, но спрос среди отечественных меломанов был огромен. В 1936 году права производителей фонограмм впервые получили правовую охрану в австрийском законе об авторском праве.⁹ В 1961 году под давлением представителей мировой музыкальной индустрии права производителей фонограмм стали впервые охраняться и на международном уровне – Международной конвенцией об охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (так называемой Римской конвенции). Интересно, что до 1972 года в США отсутствовал нормативно-правовой запрет на контрафактное копирование музыкальных записей.

3 Постановление Пленума Верховного суда РФ от 26 апреля 2007 г. № 14 «О практике рассмотрения судами уголовных дел о нарушении авторских, смежных, изобретательских и патентных прав, а также о незаконном использовании товарного знака».

4 Уголовный кодекс Российской Федерации: по состоянию на 10 июня 2010 года / [авт.-сост. Д.А. Гайдуков, С.А. Перчаткина]. – М.: Эксмо, 2010. – С. 335.

5 Шишка Р.Б. Инвестиционное право Украины: учебное пособие / Р.Б. Шишка. – Изд. 2-е доп. и испр. – Х.: Эспада, 2003. – С. 128.

6 Маковский А.Л. О кодификации законодательства об интеллектуальной собственности // Закон. – 2007. – № 10. – С. 8.

7 Кондрин А. На пути к цивилизованному рынку // Мелодия. – 1998. – № 3. – С. 20–22.

8 Кондрин А. Еще раз о музыкальном пиратстве // Мелодия. – 2001. – № 6. – С. 47–48.

9 Липшиц Д. Авторское право и смежные права // Пер с фр.; предисл. М. Федорова. – М.: Ладомир, Изд-во ЮНЕСКО, 2002. – С. 303.

Первое общество, осуществляющее коллективное управление имущественными правами авторов (авторскими правами), появилось в 1973 году в результате присоединения СССР к Всемирной конвенции об авторском праве, подписанной в Женеве 6 сентября 1952 года. В широком понимании термин «фирменный» означает связанный с фирмой. В советские годы на уровне коллекционеров-любителей считалось, что пластинки, изданные, например, в ФРГ или Великобритании, однозначно фирменные, а, скажем, в любой из социалистических стран, по определению, – нет. Таким образом, в общественном сознании твердо укрепилось неверное убеждение, что «EMI» или «Casablanca» – это фирмы, а «Supraphon» или «Фирма Мелодия» фирмами быть не могут. Конечно, подобный подход был вызван, прежде всего, на бытовом уровне, огромным различием в качестве фирменных товаров и тех, что свободно продавались в советских магазинах. Поэтому словосочетания «фирменный диск» или «фирменная пластинка» достаточно условные.

Фирменный стиль – это совокупность постоянных изобразительных, визуальных, информационных средств, с помощью которых фирма подчеркивает свою индивидуальность. Исходя из этого, фирменный стиль лейбла можно определить как совокупность постоянных изобразительных, визуальных, информационных средств, с помощью которых звукозаписывающая фирма подчеркивает свою индивидуальность. На этикетках иностранных пластинок прошлых лет очень часто встречаются надписи различного назначения. Одной из самых распространенных разновидностей таких надписей является предупреждение об ограничении сферы применения или распространения пластинки. На многих зарубежных дисках 1970-х годов встречается аббревиатура «BIEM». Это заглавные буквы названия международной организации «Bureau International De L'édition Mécanique» (Бюро международного права в грамзаписи), охранявшей права владельцев музыкальных произведений при их использовании для грамзаписи. И только с 1992 года американские музыканты получили право на денежные выплаты, предусмотренные «Актом о звукозаписях для домашнего прослушивания», иногда называемому в обиходе как «Закон о цифровых и пленочных аудиозаписях». У советских же музыкальных издателей и меломанов все обстояло значительно сложнее.

Говоря о «белых пятнах» в истории отечественной звукозаписи, нужно признать, что в сфере выпуска зарубежной музыкальной продукции мирового уровня 1974 и 1975 годы стали прорывными в деятельности «Фирмы Мелодия».

Отметим, что пионерами из рок-групп высшего эшелона в плане издания в виде советских миньонов стали вовсе не БИТЛЗ, а американская кантри-рок-группа CREEDENCE CLEARWATER REVIVAL. Еще за год до начала официального издания «Мелодией» лицензионной фонографической продукции, в 1973 году Всесоюзной студией грамзаписи была выпущена гибкая пластинка КРИДЕНС – До того, как ты скажешь мне с песнями «До того, как ты скажешь мне» (в оригинале – «Before You Accuse Me»), «Шуточная песня» (в оригинале – «Ooby Dooby»), «Посмотри за дверь» (в оригинале – «Lookin' Out My Back Door») и «Она меня покинула» (в оригинале – «My Baby Left Me») (Г62-04547-8).

Думаю, читателям будет любопытно узнать, что в майском выпуске № 5 «Крутозора» за 1974 год на двенадцатой звуковой странице французская поп-дива Далида исполняет песню «Девушка» (Леннон – Маккартни) на французском языке. Однако авторство французской версии текста указано не было. А декабрьский выпуск № 12 того же «Крутозора» порадовал советских меломанов оригинальной записью Джорджа Харрисона – песнями «Мой повелитель», «Ожидание» и «Бангладеш», а также качественным цветным фото на последней странице и рассказом о социальной инициативе музыканта «Сбор в пользу Бангладеш» (автор Б. Зайцев). Кстати, в июльском номере № 7 «Крутозора» за 1975 год была помещена статья о Ринго Старре (автор Б. Иосифова) и две песни: «Six O'Clock» и «Oh My My», причем в данном случае почему-то русских вариантов названия песен в журнале указано не было. Издание же первых гибких пластинок БИТЛЗ в 1974 году проходило в следующей последовательности. Первой стала пластинка с песнями «Любовь нельзя купить», «Серебряный молоток», «Мадонна», «Я должен знать лучше» (ЗЗГД 0004017-18), и дублировавшие ее содержание виниловые миньоны с различным цветовым насыщением, первый тираж которых был отпечатан на Апрельском, Ленинградском, Рижском и Ташкентском заводах грампластинок. Второй была «Помощь моего друга», «Пенни Лейн», «Когда мне 64», «Любимая Рита» (М62-35903-04, 1974), изготовленная этими же заводами.

В 1974 году Тбилисская студия грамзаписи выпустила еще две пластинки БИТЛЗ – с песнями «Солнце Восходит», «Потому Что», «Попурри» (Г62-04449-50, 1974) – в двух вариантах оформления и с песнями «Сад», «Что-нибудь», «Встреча» (Г62-04451-52, 1974).

В этом же году поступил в продажу миньон Линды и Пола Маккартни – «Сердце Деревни/В

пути//Дорогой мальчик/Питайся дома» (М62-36701-02, 1974), о котором мы уже вспоминали. Обрадовала меломанов и гибкая пластинка Джона Леннона, на которой были представлены три песни из альбома Imagine 1971 года – «Боль в сердце» (в оригинале – «Crippled Inside»), «О моя любовь» (в оригинале – «Oh My Love») и «Ревнивый парень» (в оригинале – «Jealous Guy») (Г62-04179-80, 1974).

Следом за «Битлами» «Мелодией» был выпущен миньон ПЕВИЦЫ ЛЕСА ХАМФРИ – «Мехико/Она совсем другая//Скажи мне, почему?/Это то, что он называет любовью» (М62-36797-8, Ленинградский завод грампластинок, 1974). Ввиду отсутствия информации, советские слушатели не имели возможности узнать, кто именно поет песни в этом коллективе (иногда использовались такие названия группы как LES HUMPHRIES SINGERS & RHYTHM-ORCHESTRA и ORCHESTRA + CHORUS LES HUMPHRIES). В песне «Скажи мне, почему?» (в оригинале – «Tell My Why?») особо выделялся вокальный рисунок.

Всего на протяжении 1970-х годов было продано более 45 миллионов пластинок LES HUMPHRIES SINGERS. В 1976 году LES HUMPHRIES SINGERS представляли ФРГ на конкурсе Евровидения, проходившем в Гааге (Голландия). Исполненная ими немецкоязычная версия песни композитора Ralph Siegel «Sing Sang Song» (позднее – основателя DSCHINGHIS KHAN), в которой одну из ведущих сольных партий исполнил Джимми Билсбери, заняла лишь 15-е место. Мало кто знает, что именно Джимми Билсбери (иногда – Pilsbury) является соавтором такого знаменитого хита BONEY M. как «Belfast».

В 1974 году вышел миньон СВИТ – «Чоп-Чоп/Мечта // Много смеха/Джинни» (Г62-04467-3, Всесоюзная и Тбилисская студии грамзаписи, Апрельский завод грампластинок, 1974). А в следующем году была издана еще одна гибкая пластинка СВИТ с песнями «Солнечные сны/Не будь строгой // Хорошая погода/Размышления» (Г62-04663-4, 1975).

В 1975 году был выпущен миньон шотландской поп-рок-группы СЕРЕДИНА ДОРОГИ, где были представлены четыре трека: «Твидл-Ди, Твидл-Да», «Солнце на твоей коже», «Желтая река» и «Жизненный путь» (Всесоюзная студия грамзаписи, Апрельский, Ленинградский и Рижский заводы грампластинок, С62-05619-20), записанных оригинальным лейблом «RCA Victor» в 1971–1972 годах.

Затем в этом же году появился на прилавках магазинов грампластинок миньон БИ ДЖИЗ с песнями «Любить кого-то», «На рудниках», «Праздник» и «Я никого не вижу» (М62-38195-6, 1975), изготовленный теми же заводами и поступивший

в продажу по цене 70 копеек. Эта подборка представляла собой компиляцию песен из первого «номерного» альбома BEE GEES, выпущенного в 1967 году лейблами – британским «Polydor», новозеландским «Spin» и американским «Atco Records».

1975 год порадовал советских меломанов пластинкой РОЛИНГ СТОУНЗ (M62-36979-80) с хитами «Нарисуй это черным», «Пока льются слезы», «Рубиновый вторник» и «Леди Джейн». Первоначальный тираж миньона был выпущен Апрельским, Ленинградским и Рижским заводами грампластинок. «Гибкая» версия этого диска (Г62-04517-18) имела подзаголовок «На всех широтах», а «твердая» – надпись на обложке «Зарубежная эстрада».

Следует заметить, что большинство миньонов в такой компоновке треков в оригинале на западных лейблах никогда не выходили.

В 1974 году была выпущена пластинка «Вокально-инструментальные ансамбли», на которой были представлены: с первой стороны – классика джаз-рока «Когда умру» (BLOOD, SWEAT AND TEARS) и «Борьба» (CHICAGO), а со второй настоящей хард-рок – две песни из только к тому времени вышедшего в 1973 году последнего (перед первым распадом) альбома с Яном Гилланом Who Do We Think We Are?, как было написано на самой пластинке – «Мэри Лонг» и «Великолепный Музыкант».

Но названия групп советскому меломану указаны не были. Вообще анонимизация авторства была неким трендом «Фирмы Мелодия», особенно при выпуске миньонов. Именно в 1970-е годы при выпуске фонографической продукции, содержащей зарубежную рок-музыку, часто бывали случаи указания неточной информации на пластинках.

В 1974 году в СССР вышел еще один интересный миньон в конверте «Зарубежная эстрада» следующего содержания: «Горячая любовь» (Болан) ВИА, «Я все еще жду тебя» (Ричард) Джоубед, «Давай потанцуем» (Болан) ВИА, «Чипи-Чипи, Чип-Чип» (Х. Стотт) ВИА (M62-36713-14, 1974). Как видно, на этой пластинке были представлены два трека T. REX, один – MIDDLE OF THE ROAD и один «Я все еще жду тебя» («I'm Still Waiting») – в исполнении некоей Джоубед.

Так кто же такая эта Джоубед?

Расследование показало, что британскими дистрибьюторами (сублейблом) американского рекорд-лейбла «Hallmark Pickwick Records» с 1968 по 1985 год выпускались диски-гиганты, содержащие анонимные кавер-версии хитов (от THE BEATLES, THE ROLLING STONES, THE DOORS, BONEY M. и ABBA до KRAFTWERK, QUEEN, SLADE, Donna Summer, BLONDIE, VILLAGE PEOPLE и многих

других). Серия называлась «Top Of The Pops», хотя к одноименного телешоу, выходявшего примерно в этот же период на «ВВС» (первый выпуск телевизионной программы «Top Of The Pops» вышел на телевидении «Би-Би-Си» 1 января 1964 года), прямого отношения не имела. Идея выпуска таких пластинок принадлежит продюсеру Алану Кроуфорду. Записи были предназначены, чтобы повторить, насколько это было возможно, звучание оригинальных хитов. Фонограммы записывались на студии сессионными музыкантами и анонимными британскими певцами, которые так и остались неаккредитованными.

Особенностью было то, что имена реальных музыкантов и исполнителей на обложках пластинок не указывались. Немало записей выполнено не хуже оригиналов, а иногда, и это следует признать, – даже интереснее. Так что вполне вероятно, что на советском миньоне мы слышим не оригинальных T. REX и MIDDLE OF THE ROAD, а такие же, как и Джоубед, высококлассные кавер-версии неизвестных студийных исполнителей, взятые из № 18 «Top Of The Pops» за 1971 год. Кстати, искомая «I'm Still Waiting» была в следующем номере этой серии – № 19.

Подобное случалось и в истории советской грамзаписи. Например, в 1979 году исполнение ВЕСЕЛЫМИ РЕБЯТАМИ рок-баллады британской группы U.F.O. «Belladonna», переименованной для записи на советскую пластинку как «Мона Лиза» с указанием авторства музыки и слов некоего Д. Бове («Музыкальный Глобус», «Мелодия», Всесоюзная студия грамзаписи, Московский опытный завод «Грамзапись», Апрельский, Ленинградский, Рижский, Ташкентский заводы грампластинок, С 60-12953-54, 1979, 1980, 1981, 1982).

Ключевая идея Кроуфорда состояла в том, чтобы создать непрерывный цикл альбомов с тем же названием «Top Of The Pops». Ценовая политика строилась по принципу продаж по заниженным ценам по отношению к оригинальным релизам, что вызывало недовольство ряда лейблов, поскольку бюджетная продажная цена была воспринята ими как несправедливое преимущество на рынке фонографической продукции. Периодичность выхода пластинок была каждые шесть-восемь недель.

Наиболее яркими с точки зрения собранного материала получились пластинки в период с 1970 по 1975 год. Заметим, что за всю историю серии на данных сборниках нет ни одного трека таких групп, как LED ZEPPELIN, URIAH HEPP и BLACK SABBATH, а больше всего (в 1970-е годы практически в каждом номере) – ABBA, SLADE, SWEET, T. REX и E.L.O.

В конце 1970-х годов основная группа студийных исполнителей была распущена, и в результате, примерно с 1978 года, материал для пластинок собирался из фонограмм, записанных на других рекординговых компаниях.¹⁰ В 1970-е годы в мировой рекординговой индустрии существовали многочисленные аналогичные серии пластинок, выпускаемых другими зарубежными рекорд-лейблами («12 Tops» лейбла «Stereo Gold Award», «Hot Hits» лейбла «Music For Pleasure», «16 Chart Hits» лейбла «Contour», «Parade Of Pops» лейбла «Windmill», а позже «Chevron» и другие). Таким образом, предположение о том, что наименование «Джоубед», указанное на миньоне M62-36713-14, представляет искаженное название обладателя авторского права на песню – музыкального издательства «Jobete Music Co., Inc.» и является креативом редакторов «Фирмы Мелодия», по-видимому, является наиболее достоверным. Имя же настоящей исполнительницы, немного напоминающей MIDDLE OF THE ROAD, OCEAN и некоторые другие подобные группы того времени, так и кануло в лету.

В 1974 году «Мелодией» был выпущен еще один интересный миньон под названием Вокально-инструментальный ансамбль Боба Каллачана (C62 04869-70), также требующий небольшого пояснения. Споры по поводу материала и истории записи на этой пластинке не утихают по сей день, в Интернете идет активная дискуссия, выдвигаются самые невероятные версии...

Одни считают, что Боб Каллачан – это условный вокально-инструментальный ансамбль, более того, созданный одним из редакторов «Фирмы Мелодия» по фамилии Чанов специально для записи «неформатного» рока для советского меломана. Другие настаивают, что это бит-группа из Югославии, а фамилия руководителя пишется как «Bob Callaghan».

Пластинка действительно очень хороша и для многих осталась знаковой. Она включала четыре кавер-версии достаточно популярных в то время хитов: 1. «Солнце» (в оригинале: MIDDLE OF THE ROAD – «Soley, Soley», 1971); 2. «Цыгане» (в оригинале: Cher – «Gypsys, Tramps And Thieves», 1971); 3. «Потому что я люблю тебя» (в оригинале: SLADE – «Cuz I Love You», 1971); 4. «Ночью» (в оригинале: Joan Baez – «The Night They Drove Old Dixie Down», 1971). Тиражи этих пластинок были изготовлены на Апрелевском, Ленинградском и Рижском заводах грампластинок с использованием цветного винила, поступив в продажу по одному рублю.

Мы не настаиваем на своей точке зрения в весьма интересном и познавательном споре о происхождении этой записи, но анализ собранных фактов все же склоняет нас к тому, что это была итальянская группа, состоящая из инструментального состава и многих вокалистов, видимо, собранная по типу немецких LES HUMPHRIES SINGERS, основной функцией которой было озвучивание музыкальных фильмов. При записи инструментальных синтезаторных композиций использовалось название Bob Callaghan & Co. А правильное наименование группы, которая записана на миньоне «Фирмы Мелодия», скорее всего такое – BOB CALLAGHAN ORCHESTRA & SINGERS. В арсенале этой формации полноценных альбомов нет, но есть немногочисленные сборники, где можно отыскать следы этой студийной группы. Так, одно из первых появлений Боба Каллачана в качестве поп-рок-исполнителя было на голландском сборнике Promotie LP Juli 1973 (Dureco – SDUT 23.718, Netherlands), где, наряду с хитом GEORDIE «Can You Do It» и менее известными композициями, в том числе на фламандском языке, присутствует одна медленная инструментальная композиция Bob Callaghan – «Noi Due Nel Mondo». Но логика подбора аудиоматериала на такой сборник остается абсолютно непонятной.

Другие сборники были изданы в основном в Италии. Так, International Hit Parade Vol. 1 содержал четыре трека в исполнении уже поющего BOB CALLAGHAN ORCHESTRA & SINGERS, которые и были «Мелодией» выбраны сразу же после ее выхода в 1973 году для издания на следующий год в СССР в формате миньона. На пластинке-компиляции, с которой и произошло заимствование «Мелодией» искомым песен, в оригинале выпущенной в Италии рекорд-лейблом «Joker», были и другие интересные композиции. Такие, например, как «Co-Co», исполняемой в оригинале SWEET, «Jeepster» из репертуара T.REX или «Witch Queen Of New Orleans» группы REDBONE, которые все были записаны для сборника другими, не оригинальными исполнителями. В этой серии существует еще несколько пластинок с песнями BOB CALLAGHAN ORCHESTRA & SINGERS. Так, в частности, на диске Hit Parade Volume 12 (Joker, SM3731, Italy, 1974) отсутствует слово «International» и представлены четыре другие песни в исполнении ПЕВЦОВ И ОРКЕСТРА БОБА КАЛЛАЧАНА – «Day Dreams» (Lablioni, Lumni, 1974), «Sadly» (Lablioni, Lumni, 1974), «A Little Concert» (Crino, Lablioni, 1974), «A Smooth Thought» (Crino, Lablioni, 1974).

На диске Hit Parade Vol. 23 содержатся три трека, два из которых BOB CALLAGHAN ORCHESTRA

¹⁰ Top of the Pops (record series) // Wikipedia / URL: [http://en.wikipedia.org/wiki/Top_of_the_Pops_\(record_series\)](http://en.wikipedia.org/wiki/Top_of_the_Pops_(record_series)).

& SINGERS – «Brazil» (Arry Barroso, 1975) и «The Hustle» (Van McCoy, 1975), а один – как BOB CALLAGHAN ORCHESTRA – «Profondo Rosso» (Goblin, 1975). На следующей пластинке этой серии Hit Parade Vol. 24 (Joker, SM 3796, Italy, 1975) имеется только один трек BOB CALLAGHAN ORCHESTRA – «Gamma» (Simonetti, 1975).

Инструментальные композиции BOB CALLAGHAN ORCHESTRA – «Black Emanuelle» (Nico Fidenco, эротика, Original Soundtrack, 1976) и DORIAN & BOB CALLAGHAN ORCHESTRA – «Profondo Rosso» использовались в качестве музыкального сопровождения фильмов. Кстати, эти треки присутствуют еще на одном сборнике Films Parade Volume 1 (LPUP 5041), выпущенном итальянским рекорд-лейблом «Up» в 1976 году.

Также для полноты картины исследования удалось отыскать современный блюз-роковый коллектив THE JAY WILLIE BAND, в состав которого входят исключительно ветераны: Bob Callahan (гитара и вокал), Jay Willie (гитара), Dave Polley (бас) and Bobby «Т» Torello (ударные). Наиболее известные треки: «Chain Smokin», «That Ain't It», «New York Minute», «I Can't Be Satisfied», «Tattooed You» (рекорд-лейбл «Music Avenue/Blues Boulevard», 2007). В этой версии написания фамилии «Callahan» не хватает одной буквы «g», но ведь мы не видели, как правильно пишется по-английски название группы «нашего» Боба Каллачана?

И последнее по данному артефакту: три из четырех треков, представленных на советском миньоне, найдены на пластинке № 21, упоминаемой выше серии кавер-версий «Top Of The Pops» – 02. «Gypsies Tramps And Thieves», 05. «Cuz I Love You» и 07. «Soley, Soley», а четвертая – «The Night They Drove Old Dixie Down» содержится в № 20 этой же серии, на пластинке под номером 3. В каждой из композиций можно найти небольшие отличия с оригиналом, но на слух практически стопроцентные ПЕВЦЫ ОРКЕСТРА БОБА (РОБЕРТА) КАЛЛАЧАНА. Может, это они и есть – студийная британская группа анонимных исполнителей?

Таким образом, западноевропейские студийные группы, исполнявшие кавер-версии известных хитов, в конце 1960-х – начале 1970-х годов были весьма востребованы, а варианты реализации проектов, как видим, приобретали самые неожиданные формы (THE BOB CALLAGHAN ORCHESTRA & SINGERS, LES HUMPHRIES SINGERS & ORCHESTRA, THE ALAN CADDY ORCHESTRA & SINGERS...).

Теперь несколько слов о популярном в начале 1980-х годов формате «Non-Stop Disco Medley». Наиболее характерно это можно проследить на

примере голландского студийного проекта STARS ON 45, созданного, кстати, людьми, близкими к таким рок-гигантам как SHOCKING BLUE, GOLDEN EARRING и LIVIN' BLUES, в котором органично уживались диско и рок-н-ролл. Некоторые из пластинок этого попурри-дансинга были выпущены в 1982–83 (С60 20537 006) годах советской «Фирмой Мелодия» по лицензии голландской фирмы «CNR» и имели у нашей публики ошеломляющий успех. Но у слушателей уже в те годы возникал вопрос: кто же пел на самом деле на STARS ON 45? Бытовало наиболее распространенное мнение, что голландская группа играла только музыкальные фрагменты-связки для объединения песенных вставок, а вокальные партии принадлежат самим THE BEATLES, ABBA, THE ROLLING STONES, BONEY M., Стиви Уандеру и другим оригинальным исполнителям. На самом же деле композиции STARS ON 45, как и в случае с серией кавер-версий «Top Of The Pops» (о которой мы писали выше), являются высококласными имитациями. Данный ансамбль записывал пластинки с марта 1981 по ноябрь 1997 года.

В 1977 году на мировые рынки фонографической продукции, параллельно с вариантом САНТЫ ЭСМЕРАЛЬДЫ, компанией «RPM Records» выпущена еще одна диско-версия «The House Of The Rising Sun» южно-африканского студийного диско-проекта HOT R.S. (аббревиатура House Of The Rising Sun), а затем, по лицензии – разными рекорд-компаниями других стран. В СССР эти два варианта порой путали. В 1983 году по лицензии фирмы «Polydor International GmbH» «Мелодией» был выпущен долгоиграющий диск Jimmy Goings & SANTA ESMERALDA – Green Talisman (Апрелевский завод грампластинок, С60 20249 000). Это была номерная пластинка, оригинал которой выпущен в 1982 году.

Еще одной серией пластинок, выпущенных фирмой грамзаписи «Мелодия» в 1988–1989 годах, была «Архив популярной музыки». Каждый диск представлял собой сборник песен одного из наиболее известных представителей англо-американской поп- и рок-музыки 1950–70-х годов. В рамках «Архива популярной музыки» вышли всего 12 выпусков, но статья, сопровождавшая последний из них, позволяет предположить, что в планы издателей входило продолжение серии («В дальнейшем вы сможете познакомиться...»). Но новых выпусков не последовало, хотя тиражи первых двенадцати выпусков допечатывались «Мелодией» и в начале 1990-х годов.

Эта серия начала свой путь с выпуска в 1987 году трех пластинок «Рок-архив», которые позже были

переизданы как выпуски «Архива популярной музыки» № 8, № 9 и № 7. Хотя изначальные истоки серийного выпуска зарубежной поп-музыки можно отыскать в 1974–1975 годах, когда «Фирмой Мелодия» были выпущены три пластинки под наименованием Мелодии и ритмы (С60-04739-40), Мелодии и ритмы-II (С60-05273-74) и Мелодии и ритмы-III (С60-05623-24), где звучали популярные композиции зарубежных музыкантов как в оригинале, так и «разбавленными» интерпретациями в исполнении оркестра Джеймса Ласта. Как ни странно, в целом эти названия песен и имена авторов сходятся с оригинальными, что не совсем типично для советских сборников тех лет подобного рода – Музыкальный глобус и т.д. Следует также отметить легендарную пластинку Эстрадная орбита С60 05007-8 (1974), по своей культовости уступавшую лишь вышеназванным «Мелодиям и ритмам».

В 1979 году «Фирмой Мелодия» были выпущены одна за одной ранее записанные две пластинки Радуга, также представлявшие очень неплохой сборник артистов зарубежной эстрады. Эти пластинки продавались по цене 2 руб. 15 коп., а ввиду огромного потребительского спроса в 1980–1981 годах Московским опытным заводом «Грамзапись», Тбилисской студией грамзаписи, Апрелевским, Ленинградским и Рижским заводами грампластинок были выпущены дополнительные тиражи.

Существуют противоречивые точки зрения на соблюдение студией «Мелодия» авторских прав при выпуске данных серий. Судя по информации на конвертах и лейблах, лицензии на выпуск музыкального материала не приобретались: на пластинках отсутствовали какие-либо упоминания о правообладателях, при этом некоторые из выпусков сопровождался следующим комментарием о происхождении материала: «При составлении пластинки были использованы записи из коллекций (далее идет перечень фамилий...), которым Студия выражает благодарность».

В связи с этим, с точки зрения международного авторского права, серию следует относить к «пиратским» изданиям. Иногда серию относят к «бутлегам»,¹¹ но поскольку на пластинках-сборниках издавался материал, выпущенный официально до выхода серии и с сохранением авторских прав, такая классификация может быть неправомерной.

Согласно другой точке зрения,¹² ввиду того факта, что СССР подписал Женевскую конвенцию по авторскому праву только в 1973 г. (и то лишь

частично), «Мелодии», действовавшей в Советском правовом пространстве, формально не требовалось платить за издание материала, записанного до этого временного «рубежа».

Затрагивая тему пластинок БИТЛЗ, изданных в Советском Союзе, следует заметить, что в 1990–1992 годах были изданы интересные пластинки легендарного квартета, но уже не «Мелодией», а новыми рекординговыми студиями. В частности, под лейблом «Продюсерский Центр рок-н-рольных приходов Единой Евангелическо-лютеранской церкви России», Санкт-Петербург в 1991–1993 годах были изданы многие альбомы БИТЛЗ.

Существует еще несколько интересных «русских версий» издания сборников, а именно The Beatles Hits, без единого слова на русском языке, без каталожных номеров, без года издания, единственное указание на фирму-производителя на обложке – аббревиатура «BRS». Сам сборник не относится к числу официальных.

Очень интересный диск был издан рекординговой фирмой «Russian Disc», на лицевой стороне обложки которого значится Rare Beatles. Редкие записи Битлз. А на обратной стороне обложки написано «The Beatles On Air. Радиоконцерты Битлз». Архивные записи 1963–1965 гг. На этой пластинке указаны практически все выходные данные: тираж 30 000. Заказ 359. Изготовлено в СП «Апрелевка – Саунд Инн» АО «Русский диск», 1993, Stereo R60 01983-01984. Данный диск содержит целый букет раритетов. Издателями материала предполагалось, что эта пластинка станет своеобразным предисловием к целой серии «Редкие записи Битлз», однако ввиду комплекса системных проблем оказалась единственной.

Интересен случай с выпуском в 1981 г. «Мелодией» пластинки Урия Хип (в оригинале URIAH HEEP – Innocent Victim, 1977) по лицензии фирмы «Ariola-Eurodisc GmbH» (С 60-14801-2). Пластинку к поступлению в продажу готовили в красочной обложке с цветной фотографией. Как это случилось – до сих пор остается нераскрытым, но весь тираж обложек был изъят и уничтожен, а пластинка продавалась в невзрачном блеклом конверте.

Во второй половине 1980-х годов близился распад СССР и мировой системы социализма, заканчивалась эпоха индустрии виниловых пластинок...

Таким образом, на основании изложенного материала можно сделать вывод в том, что в информационно-закрытой идеологической системе Советского Союза возник и получил самобытное развитие феномен грамзаписи, в содержание которого были вплетены особые компоненты, которые существенно отличали это явление от западной

11 Троицкий А.К. Статья «Бутлег» // Поп-лексикон. – М.: АСК интерпринт, 1990. – С. 103.

12 Ухов Д. Чья это музыка? // Еженедельный журнал. – 2003. – № 56.

индустрии рекординга со своими социально-правовыми парадоксами.

В современных условиях развития высоких технологий музыкальная индустрия переживает не самые лучшие времена, а будущее требует новой платформы, которая построит здоровые отношения между слушателями и музыкантами. Отдельной проблемой остаются юридические вопросы, возникающие при цифровой реставрации фонографических раритетов прошлого. Сегодня даже возникают новые термины, такие как «метамузыка» и «постмузыка». Кроме того, одной из новейших субкультур является «субкультура риперов». По своей сути этот вид деятельности является одной из форм проявления «пиратства».

Как видно, общественные отношения, возникающие в процессе производства, выпуска и реализации грампластинок между автором, исполнителем, продюсером, звукозаписывающей компанией (лейблом), производственной организацией (заводом), оптово-розничной сетью (продавцами), субъектами информационно-рекламной деятельности (распространителями) и потребителями (покупателями), являются по своему изначальному смыслу экономико-технологическими, но на втором уровне своего развития трансформируются в социально-коммуникационные. Это требует совершенствования механизмов правовой помощи в рекординговой сфере и качества юридических услуг по сопровождению рекординговых проектов как отдельного вида адвокатской деятельности в рамках института медиа-адвокатов, что в который раз подтверждает востребованность адвокатов нового поколения, хорошо знакомых не только с юридической составляющей сферы музыкальной звукозаписи, но и понимающих ее сущность, так сказать, внутренний рисунок.

Дальнейшие перспективы исследований мы видим в изучении особенностей рекординга (грамзаписи) как средства социальной коммуникации в других посткоммунистических странах, а также в детальном юридическом исследовании новейших тенденций, происходящих в рекординговой и фонофонической сферах. Требуют дальнейшего изучения вопросы обобщения и создания прогностической модели кодекса профессиональной и корпоративной этики в сфере звукозаписывающей деятельности (рекординга) и потребителей фонографической продукции (фонофонистов) как универсального документа в этой области массовой коммуникации. Отсутствие такого документа вовсе не умаляет значения неразрывного сочетания социальных правил в области популярной музыки и роли их соблюдения.

Пристатейный библиографический список

1. Кондрин А. На пути к цивилизованному рынку / А. Кондрин // Мелодия. – 1998. – № 3.
2. Кондрин А. Еще раз о музыкальном пиратстве / А. Кондрин // Мелодия. – 2001. – № 6.
3. Липщик Д. Авторское право и смежные права = Droit d'auteur et droit voisins. / Д. Липщик; Пер с фр.; предисл. М. Федорова. – М.: Ладомир, Изд-во ЮНЕСКО, 2002.
4. Маковский А.Л. О кодификации законодательства об интеллектуальной собственности // Закон. – 2007. – №10.
5. Сударинов С.А. Основы авторского права – Мн.: Амалфея, 2000.
6. Троицкий А.К. Статья «Бутлег» / А.К. Троицкий // Поп-лексикон – М.: АСК интерпринт, 1990.
7. Ухов Д. Чья это музыка? // Еженедельный журнал. – 2003. – № 56.
8. Шишка Р.Б. Инвестиционное право Украины: учебное пособие – Изд. 2-е доп. и испр. – Х.: Эспада, 2003.
9. Stallman R. Free as in Freedom: Richard Stallman's Crusade for Free Software / R. Stallman. – O'Reilly Media, 2002.



ЕВРАЗИЙСКИЙ НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

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

Хайруллин Ф.Р.

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ПРАВООТНОШЕНИЙ, ВОЗНИКАЮЩИХ ПО ПОВОДУ СЛОЖНОГО ОБЪЕКТА

В статье рассмотрены общие вопросы правового регулирования гражданско-правовых отношений, возникающих по поводу сложного объекта.

Ключевые слова: гражданское право, сложный объект, правовое регулирование.

Hayrullin F.R.

LEGAL REGULATION OF THE LEGAL RELATIONSHIP ARISING CONCERNING DIFFICULT OBJECT

In article the general questions of legal regulation of the civil relations arising concerning difficult object are considered.

Keywords: civil law, difficult object, legal regulation.

Одной из важнейших новелл части четвертой ГК РФ является включение в ГК отдельной статьи, которая регулирует вопросы, связанные с использованием результатов интеллектуальной деятельности (РИД) в составе сложного объекта (ст. 1240 ГК РФ). В настоящее время сложный объект включает в себя следующие разновидности: аудиовизуальное произведение, мультимедийный продукт, театрально-зрелищное представление и единая технология. 12 апреля 2012 года в первом чтении ГД РФ принят Проект ФЗ от 27.04.2012 № 47538-6-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую, третью, четвертую ГК РФ»,¹ в котором предлагается исключить из перечня сложных объектов единые технологии, одновременно включив базу данных, Интернет-сайт и комплексный научно-технический результат.

В создании сложного объекта принимает участие большое число творческих и не только работников, осуществляющих разнородную деятельность.² Первоначальное исключительное право на «сложный объект» возникает у авторов (ст. 1228 ГК). Как справедливо отмечает Э.П. Гаврилов, наличие лица (продюсера), организовавшего создание сложного объекта, – основной и неотъемлемый признак данного правового института.³ В п. 19.1 Постановления Пленума Верховного суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного суда РФ от 26 марта 2009 года № 5/29 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее – Постановление № 5/29) под продюсером понимается

1 Опубликовано 14 сентября 2011 года на сайте «Российской газеты» (www.rg.ru/2011/09/14/gk-izm-site-doc.html), на сайте Министерства экономического развития Российской Федерации по адресу: URL: http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/corpmangement/civil_code/full_text_civil_code/140411_gk.

2 Борисенко Д. Аудиовизуальное произведение и авторское право // «ЭЖ-Юрист». – 2011. – № 29.

3 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая / Э.П. Гаврилов, О.А. Городов, С.П. Гришаев [и др.]. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007. – С. 537.

лицо, организовавшее создание сложного объекта, ответственное за организацию процесса создания такого объекта, взявшее на себя инициативу и ответственность за создание соответствующего объекта. Законодатель подчеркивает, что право на сложный объект не возникает у организатора автоматически, а приобретает им от авторов объекта и соответствующих частей объекта по договорам.⁴

По нашему мнению, в нормах, регулирующих сложный объект, законодатель поддержал интересы в первую очередь организаторов создания сложных объектов (продюсеров) (см. п.п. 1, 2, 4 ст. 1240 ГК РФ), установив довольно жесткие презумпции перехода прав и фактически запретив свободное согласование сторонами различного рода ограничений использования РИД, включенных в состав «сложного объекта».

Во-первых, согласно п. 1 ст. 1240 ГК РФ, в случае если РИД создается специально для включения в сложный объект, соответствующий договор считается договором об отчуждении исключительного права, если самим договором не предусмотрено иное. Эта специальная презумпция прямо противоположна той, которая в виде общего правила установлена в п. 3 ст. 1233 ГК. Кроме того, она практически непроверяема: не имеет значения доказывание того, что стороны в действительности имели в виду, заключая договор, важно, что в нем прямо не указано иное. У авторов «сложного объекта» и авторов отдельных РИД после отчуждения своего исключительного права одному лицу сохраняются только личные неимущественные права на результат. Во-вторых, лицо, организовавшее создание сложного объекта, получает право указывать свое имя, если оно само использует этот объект, или требовать указания своего имени от других лиц, использующих такой объект (п. 4 ст. 1240 ГК РФ).

4 Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая / Э.П. Гаврилов, О.А. Городов, С.П. Гришаев [и др.]. – М.: Изд-во Проспект, 2007. – С. 532.

В-третьих, согласно п. 2 ст. 1240 ГК РФ, лицензионный договор заключается на весь срок и в отношении всей территории действия соответствующего исключительного права, если договором не предусмотрено иное, причем любые условия лицензионного договора, ограничивающие использование РИД в составе сложного объекта, недействительны. То есть для случаев использования по лицензии результата интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта сфера действия правил, установленных в абз. 2 п. 1 ст. 1235 и п. 3 ст. 1237 ГК, серьезно сужается: допускаемые способы использования соответствующего РИД в составе сложного объекта зависят не от условий лицензионного договора, а от допускаемых законом способов использования самого сложного объекта.

Таким образом, положения ст. 1240 ГК, предоставляющие широкие возможности продюсерам, ухудшают положение авторов результатов интеллектуальной деятельности, входящих в сложный

объект. Императивный характер нормы, не позволяющей ограничивать использование результатов интеллектуальной деятельности в составе сложного объекта, может на практике породить серьезные проблемы, в том числе касающиеся толкования условий заключаемых договоров, разрушить нарабатываемую судебную практику.

Пристатейный библиографический список

1. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая / Э.П. Гаврилов, О.А. Городов, С.П. Гришаев [и др.]. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2007.
2. Борисенко Д.А. Аудиовизуальное произведение и авторское право // «ЭЖ-Юрист». – 2011. – № 29.
3. Свит Ю.П. Правовое регулирование использования результатов интеллектуальной деятельности в составе единой технологии // «Гражданин и право». – 2008. – № 7.

Профессиональная деятельность адвоката в уголовном судопроизводстве: международный открытый конкурс 2013

ФГБОУ ВПО «Юго-Западный государственный университет», сохраняя традиции и сплочивая научное сообщество, объявляет о Международном открытом конкурсе на лучшую научную работу «**ПРОФЕССИОНАЛЬНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ АДВОКАТА В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ**» имени профессора Евгения Григорьевича Мартынчика (далее – Конкурс).

Данный Конкурс является ежегодным и проводится на базе кафедры уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета при содействии Федеральной палаты адвокатов, Адвокатской палаты Курской области, Института адвокатуры Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина, Издательской группы «Юрист».

Основной целью Конкурса является создание условий для раскрытия творческих способностей и воспитания студенческой молодежи и молодых ученых, сохранение и восполнение на этой основе интеллектуального потенциала России, стимулирование организации научно-исследовательской работы студентов, дальнейшего развития интеграции науки и образования.

К участию в Конкурсе приглашаются студенты, бакалавры, магистры и аспиранты юридических факультетов высших образовательных учреждений, а также научные коллективы в составе не более трех человек.

Для участия в Конкурсе необходимо в срок до 30 марта года выслать печатный вариант научной работы с прилагаемыми материалами по адресу: 305040, г. Курск, ул. 50 лет Октября, д. 94, Юго-Западный государственный университет, кафедра уголовного процесса и криминалистики. Электронный вариант работы в тот же срок необходимо выслать на электронный адрес: law_kstu@list.ru.

Итоги Конкурса подводятся на заседании конкурсной комиссии, которое будет проводиться 30 апреля. В месячный срок после подведения итогов Конкурса и награждения его лауреатов информация о результатах Конкурса и основные выводы работ дипломантов Конкурса размещаются Организаторами на сайте ЮЗГУ <http://www.kurskswsu.ru/structura/up/uf/upk/news.php>.

На основании протокола заседания конкурсной комиссии определяются лауреаты I, II, III степени, которые награждаются Дипломами. Конкурсная комиссия может принять решение о награждении Дипломами лауреата II и III степени нескольких участников Конкурса. Остальные участники Конкурса получают Сертификаты.

В качестве поощрения авторам лучших работ по представлению конкурсной комиссии могут быть присуждены денежные премии, основные выводы работ лауреатов Конкурса будут опубликованы. Конкурсная комиссия может рекомендовать участников Конкурса к поощрению в базовом вузе.

Контактные данные: тел./факс +7 (4712) 578022 – кафедра уголовного процесса и криминалистики Юго-Западного государственного университета; e-mail: law_kstu@list.ru

Мазур Е.А.

ПРАВОВОЙ РЕЖИМ ИНТЕРНЕТ-САЙТА КАК СЛОЖНОГО ОБЪЕКТА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В статье рассматривается понятие Интернет-сайта как объекта авторского права и как сложного объекта. Цель работы: вскрыть и конкретизировать сущность Интернет-сайта. Проанализированы определения понятия Интернет-сайта как в работах российских правоведов, так и в судебной практике. Выявлены недостатки правового регулирования исследуемого вопроса.

Ключевые слова: Интернет-сайт, сложный объект, результаты интеллектуальной деятельности.

Mazur E.A.

LEGAL REGIME OF THE INTERNET SITE AS DIFFICULT OBJECT BY THE LEGISLATION OF THE RUSSIAN FEDERATION

In this article the concept of the Internet-site as an object of copyright and as a complex object. Purpose of work of the open and specify the essence of the Internet-site. Analyzed definition of the concept of the Internet-site in the works of Russian scholars and in judicial practice. Identified shortcomings in the legal regulation of the issue.

Keywords: Internet-site, a complex object, the results of intellectual activity.

В настоящее время все большую роль приобретает новый вид информационного ресурса – сеть Интернет. Интернет не является ни объектом, ни субъектом правоотношений, однако правовое поле ему не чуждо. Как известно, основным ресурсом в сети Интернет является сайт (страница). В современном обществе постоянно возникают отношения по поводу создания, регистрации, поддержки, обновления и прочих юридически значимых действий с сайтами.¹ Попытки внедрить определение Интернет-сайта предпринимались достаточно давно. Так, в Письме ЦБ РФ от 03.02.2004 г. № 16-Т: WEB-сайт определялся как «представляемая в Интернет иерархически организованная, непосредственно адресуемая совокупность связанных визуально воспринимаемых информационных страниц и элементов управления доступом к программно-информационным средствам WEB-сервера».² В данном случае определение Интернет-сайта сводится к совокупности информационных страниц и не более. Согласно «Организационно-правовым рекомендациям по представлению сайта органа власти и управления Российской Федерации в сети Интернет»,³ сайт органа власти представляет собой информационный ресурс, доступ к которому осуществляется из сети Интернет с использованием уникального адреса ресурса (доменного имени) посредством специализированного программного обеспечения, базирующегося на существующих стандартах и протоколах обмена информацией

в сети Интернет. Согласно определению О.А. Рузаковой и С.В. Дмитриева, «Интернет-сайт представляет собой совокупность гипертекстовых документов, т.е. документов, основанных на языке программы HTML (HyperTextMarkupLanguage)».⁴ С данным утверждением можно согласиться, если не рассматривать Интернет-сайт через призму его правовой природы.

В соответствии с дефиницией, предложенной Бабарыкиным П.В., «под сайтом Интернет как цифровым произведением понимается объективная форма представления и организации электронных документов и цифровых произведений (например: литературных произведений, фотографий, аудиовизуальных произведений, звукозаписей, программ для ЭВМ, баз данных и т.д.), систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью Интернет-технологий».⁵ На наш взгляд, целесообразней было бы объединить понятия электронные документы и цифровые произведения в результаты интеллектуальной деятельности. Данное определение связывает возможность использования объективной формы результатов интеллектуальной деятельности только с помощью Интернет-технологий.

Согласно мнению автора, данное положение весьма оправдано. Так как само по себе существование и систематизация отдельных результатов интеллектуальной деятельности без Интернет-технологии едва ли может считаться Интернет-сайтом. Однако автор не связывает свое определение

1 Гулак А.С. Место сайта сети Интернет в системе объектов гражданских правоотношений // Вестник удмуртского университета. – 2006. – № 6.

2 Вестник Банка России. – 11.02.2004. – № 11.

3 Право и интернет. – URL: <http://www.russianlaw.net/law/estate/egov/z29/> (дата обращения: 05.04.2012).

4 Рузакова О.А., Дмитриев С.В. Авторские и смежные права в Интернете // Законодательство. – 2001. – № 9.

5 Бабарыкин П.В. Гражданско-правовое регулирование создания и использования сайтов сети Интернет: дис. ... канд. юр. наук. – СПб., 2005. – С. 23.

признаками сложного объекта, а именно: не указывает, что результаты интеллектуальной деятельности, представленные в объективной форме, должны быть не только систематизированы, но и объединены в объект, служащий единой цели и направленный.

Ввиду точки зрения другого специалиста, Басмановой Е.С., «Интернет-сайт – это предназначенный для размещения в сети Интернет результат интеллектуальной деятельности, состоящий из статичной основы (базового элемента сайта), представляющей собой программный (объектный) код, и порождаемые им визуальные отображения (дизайн сайта), и динамичного содержания (контента), представляющего собой совокупность разнородных объектов исключительных прав и иных материалов, системно расположенных в пределах базового элемента сайта».⁶ Данное определение, на наш взгляд, является весьма затруднительным для понимания, а также в качестве основы имеет описание технологических процессов создания Интернет-сайта, нежели его правовой сущности.

Бытует мнение о том, что предмет Интернет-сайта составляют все его элементы, то есть результаты интеллектуальной деятельности.⁷ Данное положение весьма актуально в свете присоединения Интернет-сайта к видам сложных объектов.

Некоторые авторы, такие как Калятина В.О.,⁸ Серго А.Г.,⁹ Смирнов Р.С.¹⁰ рассматривают сайт и как программу для ЭВМ, и как базу данных. Другие, такие как Копцева О.В.¹¹ – как произведение дизайна. Однако при этом сайт никогда в полной мере не отождествляли ни с одним из вышеперечисленных объектов, отмечали только сходство, подобие, всячески подчеркивая самобытность сайта, а также сложность его организации. Безусловно, в состав Интернет-сайта как сложного объекта могут входить различные результаты интеллектуальной деятельности, имеющие конкретных авторов, однако ввиду того, что Интернет-сайт – сложный объект, он является самостоятельным объектом авторского права. Подтверждает это и судебная практика. В частности, Постановление Президиума ВАС РФ

от 22.04.2008 № 255/08 по делу № А63-14046/2006-С1, отменяя решения первой и кассационной инстанций, указал на следующее: «...не оценивая сайт в целом как составное произведение, суды рассматривали лишь один из элементов контента (тексты, размещенные на сайте), также признав их неохранными, при этом оценка других элементов контента (дизайна сайта, рисунков, фотографий) в оспариваемых судебных актах не представлена. Кроме того, автору составного произведения (составителю) принадлежит авторское право на осуществленный им подбор или расположение материалов, представляющих результат творческого труда (составительство)».¹²

Вызывает определенные вопросы проблема отнесения Интернет-сайта к СМИ. В ФЗ «О средствах массовой информации»¹³ под средством массовой информации понимается периодическое печатное издание, сетевое издание, телеканал, радиоканал, телепрограмма, радиопрограмма, видеопрограмма, кинохроникальная программа, иная форма периодического распространения массовой информации под постоянным наименованием (названием). В свою очередь под сетевым изданием понимается сайт в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, зарегистрированный в качестве средства массовой информации в соответствии с указанным Законом. При этом для сетевого издания под продукцией СМИ необходимо понимать «отдельный выпуск либо обновление сетевого издания», а под распространением такой продукции – «предоставление доступа к сетевому изданию». Таким образом, из анализа данного закона можно сделать вывод о том, что Интернет-сайт приобретает статус СМИ только в случае его добровольной регистрации в качестве такового. Подтверждает это и Письмо Росохранкультуры от 26.02.2007 № 07-07, в котором указано, что «Интернет-сайт приобретает статус средства массовой информации лишь в силу его добровольной регистрации в таком качестве, а не в силу его правовой природы».¹⁴ В Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 15.06.2010 № 16 «О практике применения судами закона Российской Федерации «О средствах массовой информации» также указано, что сайты в сети Интернет не подлежат обязательной регистрации как средства массовой информации.¹⁵

6 Басманова Е.С. Интернет-сайт как объект имущественных прав: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010. – С. 28.

7 «Юридическое заключение по вопросу о правовой природе сайтов в сети Интернет» включено в информационный банк согласно публикации // Информационное право. – 2007. – № 1. / СПС «Консультант Плюс».

8 См.: Калятина В.О. Право в сфере Интернета. – М., 2004. – С. 90–95.

9 См.: Серго А.Г. // ЭЖ-Юрист. – 2004. – № 1.

10 См.: Смирнов Р.С. Доменное имя как объект гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011 – С. 28.

11 См.: Копцева О.В. Где @ порывлась?! Защита прав (С) в Интернете. – М., 2009. – С. 32.

12 «Вестник ВАС РФ». – 2008. – № 7.

13 «Российская газета». – 08.02.1992. – № 32.

14 Соколова Г. Нужно ли регистрировать интернет-сайт? // Арсенал предпринимателя. – 2010. – № 3. – С. 70–79.

15 «Российская газета». – 18.06.2010. – № 132.

Согласно Постановлению Президиума ВАС РФ от 22.04.2008 № 255/08 суд установил, что Интернет-сайт состоит из материалов (текстов, рисунков, фотографий, чертежей, аудиовизуальных произведений и т.д.), которые могут быть использованы при помощи компьютерной программы (компьютерного кода), являющейся элементом сайта.¹⁶

Если обратиться к легальному определению Интернет-сайта, закрепленному в Проекте ГК РФ, то согласно п. 2 ст. 1260, «Интернет-сайтом является представленная в объективной форме совокупность самостоятельных материалов, систематизированных таким образом, чтобы эти материалы могли быть размещены в сети Интернет». Законодатель справедливо связывает Интернет-сайт непосредственно с сетью Интернет. Однако ввиду того, что Интернет-сайт относится к сложному объекту, одним из признаков которого является собираемый характер нескольких результатов интеллектуальной деятельности, служащих единой цели и единому назначению, то считаем целесообразным указать в определении, что совокупность результатов интеллектуальной деятельности должна быть систематизирована в единый объект. На наш взгляд, словосочетание «совокупность самостоятельных материалов» следует заменить на «совокупность результатов интеллектуальной деятельности», так как словосочетание «самостоятельный материал» представляет собой предмет, вещество, идущее на изготовление чего-либо,¹⁷ и не имеет правовой нагрузки в контексте данного определения. Также материалы не являются охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности, а значит, данное законодателем утверждение противоречит ст. 1240 ГК РФ о сложных объектах. Далее, согласно Суханову Е.А., закон предусматривает примерный перечень объективных форм произведений: письменная (рукопись, машинопись, нотная запись и т.п.); устная (публичное произнесение, исполнение и т.п.); звуко- или видеозапись (механическая, магнитная, цифровая, оптическая и т.п.); объемно-пространственная (скульптура, модель, макет, сооружение и т.п.).¹⁸

16 Бычков А. Защищайте свою интеллектуальную собственность. Интернет-сайт // СПС «Консультант Плюс».

17 Ожегов С.И. Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. – URL: <http://ozhegov-online.ru/slovar-ozhegova/material/14992/> (дата обращения: 30.05.2012).

18 Суханов Е.А. Российское гражданское право: учебник: В 2 т. – Т I: Общая часть. – М., 2011. – С. 34.

Как известно, любой Интернет-сайт предполагает наличие объективной формы выражения результатов интеллектуальной деятельности, будь то воспроизведение музыкального произведения или изображения. Вследствие этого считаем целесообразной оговорку о выражении результатов интеллектуальной деятельности в объективной форме в сети Интернет.

Согласно вышеприведенному анализу современных трактовок Интернет-сайта, нами предлагается следующая: Интернет-сайтом является представленная в объективной форме совокупность результатов интеллектуальной деятельности, систематизированных в единый объект таким образом, чтобы он мог быть размещен в сети Интернет. В соответствии с данным определением Интернет-сайт определяется следующими признаками:

1. Наличие результатов интеллектуальной деятельности.
2. Объективная форма выражения результатов интеллектуальной деятельности.
3. Предполагает систематизированность результатов интеллектуальной деятельности.
4. Единый объект.
5. Возможность размещения результатов интеллектуальной деятельности в сети Интернет.

Пристатейный библиографический список

1. Бабарыкин П.В. Гражданско-правовое регулирование создания и использования сайтов сети Интернет: дис. ... канд. юрид. наук. – СПб., 2005.
2. Басманова Е.С. Интернет-сайт как объект имущественных прав: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2010.
3. Гулак А.С. Место сайта сети Интернет в системе объектов гражданских правоотношений // Вестник удмуртского университета. – 2006. – № 6.
4. Калятина В.О. Право в сфере Интернета. – М., 2004.
5. Копцева О.В. Где @ порылась?! Защита прав (С) в Интернете. – М., 2009.
6. Рузакова О.А., Дмитриев С.В. Авторские и смежные права в Интернете // Законодательство. – 2001. – № 9.
7. Серго А.Г. // ЭЖ-Юрист. – 2004. – № 1.
8. Смирнов Р.С. Доменное имя как объект гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук. – М., 2011.
9. Соколова Г. Нужно ли регистрировать интернет-сайт? // Арсенал предпринимателя. – 2010. – № 3.
10. Суханов Е.А. Российское гражданское право: учебник: В 2 т. Т I: Общая часть. – М., 2011.

Воронов А.А.

СИСТЕМНЫЙ ПОДХОД К ИССЛЕДОВАНИЮ АДВОКАТУРЫ И НАУКИ ОБ АДВОКАТУРЕ

В статье рассматривается вопрос применения системного метода (теории систем) к исследованию адвокатуры и науки об адвокатуре.

Ключевые слова: адвокатура, система знаний, системный подход.

Voronov A.A.

SYSTEM APPROACH TO LEGAL PROFESSION RESEARCH AND SCIENCES ABOUT LEGAL PROFESSION

In article the question of application of a system method (the theory of systems) to legal profession and science research about legal profession is considered.

Keywords: legal profession, system of knowledge, system approach.

Как мы можем видеть, в последнее время активизировались исследования по юридической науке и не только в нашей стране.

10-летие действия нового Закона об адвокатской деятельности активизировало множество научных исследований, поскольку любая практическая наработка ведет к неизбежному теоретическому осмыслению новых норм права.

Анализ практической деятельности адвокатуры по оказанию юридической помощи за последний период не может быть проведен надлежащим образом без исследования накопленных знаний об адвокатуре в целом, без изучения тех принципов и задач, на которых сформирован данный институт. Нет сомнения в том, что для каждой науки наступает время осмысления накопленного знания как результата теоретического освоения ею своего предмета, что является элементом ее дальнейшего развития и утверждения реальной социальной ценности. Становление российского государства на путь демократического правового развития неизбежным образом подразумевает в качестве высшего начала верховенство права и приводит, в конечном счете, к формированию гражданского общества. Наше исследование обращено целиком к анализу адвокатуры, к постановке вопроса о том, «является ли исследование проблем адвокатуры или, другими словами, адвокатского права наукой, целенаправленным знанием о защите прав и свобод человека, осуществлении гарантий на получение квалифицированной юридической помощи и т.д. Может быть, это просто какая-то часть, подсистема другого, более всеобъемлющего научного знания, науки конституционного права, например?».

К сожалению, ряд обстоятельств объективного и субъективного характера были и остаются сегодня сдерживающими факторами для активных и плодотворных исследований в указанном направлении.¹ К числу таких обстоятельств относится

состояние самой отрасли адвокатуры. В частности, длительные, не всегда конструктивные споры о предмете адвокатского права, его месте в правовой системе негативно сказываются на разработке системы отрасли, а значит, и на структурировании знания о ней. Постоянное законодательное «ущемление» адвокатуры, недооценка ее прошлого (сначала – дореволюционного, досоветского, а затем советского) либо не всегда взвешенное заимствование мыслей и опыта, рожденных существенно иными обстоятельствами времени и места, приводило или к хронологической и территориальной разорванности идей и теоретических построений или к непродуманному внедрению в теорию практику отживших понятий, теорий, концепций.

Взять, к примеру, Республику Беларусь. Если просмотреть некоторые приоритетные направления правовых исследований дружественного нам государства, то среди них особенно ярко выделяются следующие:

- обоснование методологии совершенствования современного законодательства;
- разработка методологических подходов к определению места и значимости в современном обществе правовой информации в онтологическом, гносеологическом и ценностном аспектах;
- совершенствование механизма прав человека и гражданина, анализ социальной природы и сущности прав человека, а также основ легитимного применения мер государственного принуждения и сочетания с гарантиями прав человека и гражданина;
- совершенствование судебной власти проблем правового регулирования судоустройства, прокуратуры, адвокатуры и нотариата;
- системный анализ проблем правовой защиты физических и юридических лиц;
- правовые аспекты обеспечения межгосударственной интеграции для выработки эффективно-го механизма защиты прав граждан.

¹ Рагулин А.В. России нужна наука об адвокатуре! // Ученые труды российской академии адвокатуры и нотариата. – 2009. – № 2 (13). – С. 5–14.

Обращает на себя внимание переориентация научных исследований с уклоном в сферу инноватики и новых методов исследования.

Сегодня современные технологии вторглись в нашу жизнь. И изучение юридической науки все более переходит в плоскость прикладных методик исследования. Появились новые перспективные сферы юридической практики: налоговое право, финансовое, информационное, интеллектуальное и т.д. Все это вызывает необходимость расширения и юридических направлений исследования.

Не остались в стороне и научные исследования по изучению адвокатуры, появилось достаточно много диссертационных исследований по адвокатской тематике, причем очень разноплановых.²

Можно отметить, что в ряду последних исследований по адвокатуры, большинство которых проводится в МГЮА и РААН, преобладают новые тематики с инновационным или, если хотите, информационным, технологическим компонентом.

Расширение номенклатуры научных специальностей в сфере юриспруденции привело к тому, что появилась возможность защищать работы, связанные с адвокатской деятельностью в прикладных сферах.

Отечественные научные исследования, посвященные изучению правоотношений в сфере адвокатуры и адвокатской деятельности, в отличие от самого института адвокатуры имеют относительно недавнюю историю.³ Особенностью науки, изучающей адвокатуру и адвокатскую деятельность, является то обстоятельство, что традиционно ею на доктринальном уровне занимаются бывшие или практикующие адвокаты, которые уже успешно проявили себя в этой сфере.⁴

Потребности современного общественного развития предполагают соответствующие изменения в подходах к изучению правовых явлений и процессов и с учетом этого – систематизацию научных знаний. В связи с этим одна из актуальных задач современности – модернизация специальностей научных работников в сфере юриспруденции. Реализацию этой задачи следует осуществлять на основе комплексного подхода, ориентируясь главным образом на реальные потребности развития современной юридической науки. Важно отметить роль и значение коллективного поиска оптимальной

2 Диссертационные исследования проблем адвокатуры и адвокатской деятельности: сборник материалов / сост. Рагулин А.В., Шайхуллин М.С., Петров Д.В. – Москва: Юрлитинформ, 2012.

3 Рагулин А.В. Адвокатоология и учение о профессиональной защите по уголовным делам в российской юридической науке: монография; Восточная экономико-юридическая гуманитарная академия (Академия ВЭГУ). – Уфа, 2009.

4 Мельниченко Р.Г. Адвокатуру вычеркнули из науки // Адвокат. – 2009. – № 6. – С. 19–24.

структуры юридической науки, способствующей эффективно ее развитию, организации научных исследований, в том числе подготовке диссертационных исследований.

Конечно же, всегда интересно изучать практические и организационные основы деятельности адвокатуры, ее проблемы, пути совершенствования. Но немаловажную роль в этом следует уделить и методике, методологии исследования.⁵

Развитие юридической науки, как и любой другой отрасли социального знания, неотделимо от изучаемой ею действительности, от содержания процессов, которые происходят в обществе. Те или иные качественные сдвиги в обществе актуализируют проблему их теоретического осмысления, что, в свою очередь, часто влечет за собой обновление и совершенствование методологического инструментария.

Поэтому вполне закономерно, что одним из последствий изменений, произошедших в последние десятилетия в российской правовой системе, стало увеличение интереса юридической науки к вопросам методологии, причем в исследованиях, не только обращенных на анализ современного состояния российского правового пространства, но и имеющих ретроспективный характер.

Новое обращение к изучению тех или иных аспектов правовой традиции, в том числе с использованием всего современного методологического арсенала, оказывается необходимым компонентом постижения содержания и смысла правовых новаций.

Конечно, речь не идет о кардинальном пересмотре методологического поля, сформированного, начиная с XVIII века, целыми поколениями как отечественных, так и зарубежных ученых-правоведов. Скорее можно говорить о реализации потребности в некотором расширении этого поля или в уточнении границ применимости уже известных методов, более полной реализации их эвристического потенциала.⁶

Считаю, что на сегодня наиболее перспективным является системный (многоэлементный) подход, который помимо онтологических и гносеологических закономерностей в предмет науки об адвокатуры включает социально-экономические, политические, нравственные, идеологические и иные закономерности, которые детерминируют развитие и функционирование адвокатуры. Именно

5 Рагулин А.В. К вопросу о месте адвокатоологии и учения о профессиональной защите по уголовным делам в системе юридических наук // Вестник ВЭГУ: Научный журнал. – 2008. – № 5 (37). – С. 31–41.

6 Фельдман Д.И., Курдюков Г.И., Лихачев В.Н. О системном подходе в науке международного права / Д.И. Фельдман, Г.И. Курдюков, В.Н. Лихачев // Правоведение. – 1980. – № 6. – С. 40–47.

этот подход в ближайшем будущем станет определяющим в изучении юридической науки в общем и адвокатуры, в частности.

Его популярность среди ученых самых разных научных профессий (в первую очередь, технического и естественно-научного направления) обусловлена тем, что с помощью системного подхода становится возможным рассматривать исследуемый объект как целостность, состоящую из множества обладающих относительной автономностью, но находящихся в постоянном взаимодействии элементов.

Общество относится к числу органических систем, что означает наличие в нем особого рода связей между составляющими его элементами: система обладает свойством модифицировать входящие в нее элементы, приспособляя их к решению общесистемных задач, но в то же время и элементы в силу собственной относительной автономности могут оказывать обратное воздействие, вызывая те или иные системные изменения.

Согласно классическому определению, принадлежащему одному из создателей общей теории систем Л. фон Берталанфи, всякая система развивается таким образом, что «ранее не связанные или слабосвязанные ее части становятся все более взаимосвязанными, сама же система совершенствуется ... к устойчивому подвижному равновесию».⁷

Но это означает, что устойчивое (но не абсолютное, а относительное) равновесие общества как системы обеспечивается за счет усиления взаимосвязи составляющих его подсистем.

Поскольку органическая система – это не простое соединение образующих ее подсистем, каждая из которых изоморфна всей системе в целом, то ее общесистемные качества возникают как результат взаимодействий между подсистемами.

Следовательно, например, взаимодействие правовой подсистемы общества, рассматриваемой как некая относительно автономная целостность правовых норм и институтов, с другой общественной подсистемой способно привести к обретению всей общественной системой нового качества, но совсем не обязательно, что такое качество будет свойственно самой правовой подсистеме.

Системный подход имеет два аспекта: познавательный (описательный) и конструктивный (используемый при создании систем). У каждого из этих аспектов – свой алгоритм реализации. При описательном подходе внешние проявления системы (ее целесообразные свойства, а также функции

как способы достижения цели) объясняются через ее внутреннее устройство – состав и структуру. При проектировании же системы процесс идет по следующим категориальным ступеням: проблемная ситуация – цель – функция – состав и структура – внешние условия. В то же время конструктивный и описательный аспекты системного подхода тесно связаны и взаимодополняют друг друга. Так, в правотворческой деятельности, где проектируются нормативные модели правоотношений, на первый план выступает конструктивный аспект. При исследовании же правоотношения как «готовой» конструкции, реально существующей и действующей в правовом механизме, следует начинать с описания его состава и структуры.

Применение системного подхода в социальном познании означает исследование закономерностей развития адвокатуры как целостного организма, как системы. Несмотря на то, что сам системный подход понимается по-разному, все более выявляется его рассмотрение как общенаучной междисциплинарной методологической концепции, не выходящей за рамки специализированного знания. Применение системного подхода, с одной стороны, плодотворно для конкретных научных дисциплин, а с другой – при этом происходит обогащение самого метода «обобщенными понятиями частных наук».

В рамках поставленного в статье вопроса исследования не следует допускать смешения в разграничении методологии:

- применение системного подхода в исследовании адвокатуры;
- применение системного подхода в исследовании науки об адвокатуре.

На сегодня можно выделить единичные работы, связанные с применением системного подхода в юриспруденции, однако и эти работы связаны с применением теории систем к исследованию судебной власти, органов внутренних дел, однако подобных работ в области изучения адвокатуры нет.⁸

Теперь коротко о системе адвокатуры.

Система – слово греческое, буквально означает целое, составленное из отдельных частей (элементов). В другом значении система – порядок, определяемый правильным расположением частей и их взаимосвязи. Для адвокатских систем свойственна организованность. Их социальная материя постоянно меняет и совершенствует свою организационную структуру. Структурные изменения

7 Bertalanffy L. von, Hempel C.G., Jonas R.E.H. General System Theory: A New Approach to Unity of Science // Human Biology. – Vol. 23. – 1951. – P. 302–361.

8 Колоколов Н.А., Павликов С.Г. Теория судебных систем: особенности конституционного регулирования, судебного строительства и организации судебной деятельности в федеративном государстве. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2007. – С. 312.

в адвокатских системах происходят не только от эпохи к эпохе, структурные преобразования в адвокатских системах различных государств отличаются неповторимыми цивилизационными, этническими и культурологическими формами.

В то же время опыт истории свидетельствует, что в экстремальных, кризисных условиях организация адвокатских систем в государствах становится мобилизационной и достаточно жесткой.

Сравнительный анализ показывает, что адвокатские системы принципиально множественны, многолики, многоальтернативны, характеризуются множественностью состояний. Благодаря наличию у адвокатуры собственных механизмов организации деятельности адвокатские системы самостоятельно формируют свои направления движения и программы.

Внутреннее устройство системы представляет собой единство состава, организации и структуры системы. Состав системы – это полный перечень ее элементов. Состав характеризует многообразие адвокатской системы, ее сложность. Природа системы во многом зависит от ее состава, изменение которого порой приводит к изменению всей системы.

Состав адвокатских образований – необходимая характеристика адвокатской системы, но не всегда самая главная. Адвокатские системы, имеющие одинаковый состав, нередко обладают отличающимися свойствами, поскольку элементы систем: во-первых, имеют различную внутреннюю организацию, во-вторых, по-разному взаимосвязаны, в-третьих, они могут решать различные задачи, в-четвертых, погружены в разные среды. Поэтому в соответствии с принципами системного анализа анализ адвокатских систем невозможен без надлежащего уяснения таких их характеристик, как структура и организация. Особое значение для уяснения механизма работы адвокатской системы имеет анализ окружающей их среды.⁹

Адвокаты – элементы, из которых строится адвокатская система – это «неразложимые» далее единицы адвокатской системы.

Наличие связей между элементами ведет к появлению в целостной системе новых свойств, не присущих элементам системы в отдельности. Под уровнями (звеньями) адвокатской системы понимают элементы ее структуры, представляющие адвокатские образования и адвокатов.

Среди каналов связи между уровнями выделяют:

– базовый, определяющий профессиональные взаимоотношения;

– административную вертикаль – подчиненность адвокатов и адвокатских образований органам управления адвокатуры;

– корпоративный – взаимодействие адвокатов в рамках адвокатского сообщества (корпорации).

Системообразующая функция – основа адвокатской системы, обеспечивает взаимодействие элементов, их взаимное влияние, участие в общесистемных процессах.

Системообразующей функцией адвокатуры (как системы) является предназначение адвокатуры, результат ее деятельности – обеспечение права каждого на квалифицированную юридическую помощь.

В свою очередь, содержательное назначение адвокатской системы зависит от состояния и характеристик социальных систем более высокого порядка: государства и общества в целом. Субъективные представления о потребностях, ради удовлетворения которых существует адвокатура, в конечном итоге определяется общими мировоззренческими установками общества и почитаемыми им ценностями, среди которых доминирующее место занимают жизнь, свобода, справедливость.

Теоретического изучения адвокатуры и науки об адвокатуре как системы до настоящего времени не производилось, так как сама теория адвокатской системы – наука малоизвестная не только в России, но и в наиболее развитых зарубежных государствах.

Касательно науки об адвокатуре можно сказать следующее.

А.Г. Кучерена дает определение науки об адвокатуре: «Наука об адвокатуре представляет собой одну из специальных отраслей российской юридической науки. Ее предмет – теории, представления и идеи об адвокатуре и адвокатской деятельности, об их возникновении, существовании и развитии».¹⁰

Бытуют также мнения, что наука об адвокатуре – это лишь подотрасль более масштабного знания, например, конституционного права.

Наука об адвокатуре по отношению к другим фундаментальным или отраслевым правовым наукам выступает специальной юридической наукой. Она аккумулирует в себе выводы и категории устоявшихся, традиционных сфер познания и сравнительно недавно появившихся новых выводов правовой мысли. Она необходима для разработки специальных, достаточно узких, но имеющих сутобо практическое значение проблем.

⁹ Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. – М.: Изд-во «Грантъ», 2002. – С. 176.

¹⁰ Кучерена А.Г. Адвокатура: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2006. – С. 344.

Наука обобщает и систематизирует разнообразные выводы многих отраслей права, включает их в трансформированном виде в базу собственных научных идей. Знания об адвокатуре несут в себе методологическую основу решения определенных задач практикующими адвокатами.

Без знания общих принципов организации и деятельности адвокатуры невозможно говорить об эффективности работы ее отдельных членов. Без фундаментальных понятий о сущности адвокатуры, направлениях ее деятельности, содержании и формах отдельных видов коллегий, структуре каждой из них, социальной роли и правовом назначении нельзя верно понять особенности задач адвокатур различных юридических форм и видов. Не обладая серьезными научными понятиями, невозможно определить перспективы отдельных коллегий: дальнейшее их дробление или, наоборот, объединение в нечто общее, целостное (ассоциацию, союз, корпорацию и т.п.).

Адвокатура как система научных знаний выступает в качестве итога определенных идей, накопленных отраслевыми юридическими науками. Теоретически осознанная адвокатура связана с практикой не только через отраслевые науки, которые она использует в своей деятельности, но и непосредственно, путем конкретной работы адвокатов по соответствующим делам.

Кроме того, если отраслевые науки делают основной упор на действующее законодательство и практику, то адвокатура через своих исследователей выходит на изучение мыслей юристов средних веков, дореволюционного времени, послеоктябрьских событий и т.п. Она использует такие идеи при анализе современной теоретической концепции и в практической адвокатской работе.

Двойственный характер предмета науки – стабильность и новообразования – имеет как теоретическое, так и практическое значение. В частности, то, что постоянно и давно сложилось и со временем не меняется в адвокатуре, является предметом скорее учебной дисциплины. Здесь не требуется знания многих тонкостей или новых закономерностей адвокатской жизни. Достаточно знать классическую сущность этого явления, принципы организации и деятельности, правовое положение адвоката и др. Что же касается появления сегодняшних свойств адвокатуры, ее образований, соотношения между последними, а также поиска разумных путей развития, выявления отжившего и осторожный отказ от него, то это удел исследователей.

Обратимся теперь к системному анализу адвокатуры как науки, и в первую очередь к предметным областям исследования.

Систематизация правовых знаний – одна из закономерностей развития адвокатского права как науки. Под системой науки об адвокатуре понимается деление науки на разделы, отрасли и подотрасли, выражающие взаимосогласованность и единство составляющих ее подразделений, оптимальное их расположение. Система науки – внешнее проявление ее содержания.

Систему науки об адвокатуре целесообразно рассматривать в объективном и субъективном контекстах.

В объективном смысле современная система науки – это реальный уровень ее развития, определяемый кругом и глубиной исследования главных проблем адвокатуры, в субъективном – дидактическая категория, связанная с отражением системы науки в учебных программах, учебниках, пособиях и т.д. Основная задача, возникающая при разработке дидактической системы науки об адвокатуре, заключается, следовательно, в систематизации массива правовых знаний, их интеграции и дифференциации. Недостаточная систематизация накопленных знаний привела к тому, что до настоящего времени интегральная теория адвокатуры как науки пока не выработана. И этому есть ряд причин: отсутствует единый подход к формированию теории (не определены ее эталонные признаки); не в полной мере исследованы узловые проблемы объектов, логики развития и предмета науки. Представляется, что теория науки об адвокатуре должна дать целостное представление об объектах познания, отражать объективный процесс возникновения, функционирования и развития правовых знаний, включать в себя теории, общие для всех отраслевых юридических наук.

Анализируя массив юридических знаний и руководствуясь «эталонными» признаками адвокатуры, можно предложить следующий оптимальный, с нашей точки зрения, вариант ее структуры, включающий в себя пять компонентов:

- состав науки об адвокатуре как науки;
- теоретические проблемы соотношения адвокатуры, общества и государства;
- теория адвокатуры;
- теоретические проблемы организации и функционирования адвокатуры;
- правовое прогнозирование организации и деятельности адвокатуры.

Содержание науки об адвокатуре также можно разделить на составляющие:

- понятие и основные признаки адвокатуры;
- источники адвокатского права;
- систематизация законодательства применительно к адвокатуре;

- система адвокатского права;
- проблемы типологии адвокатских систем (основные вопросы типологии; общая характеристика отдельных типов адвокатских систем);
- цели и функции адвокатуры;
- методологические проблемы изучения адвокатуры;
- адвокатура, гражданское общество и правовое государство.

Каковы же особенности системы науки об адвокатуре, и есть ли здесь элементы новизны?

Прежде всего, необходимо отметить, что предложенная система науки об адвокатуре включает в первую часть науковедческий раздел, а именно: материал о предмете и объекте, методологии, системе и истории науки.

Особенностью предложенной системы науки об адвокатуре является то, что она интегрирует материал о трех феноменах: адвокатуре, обществе и государстве в единую систему правовых знаний.

Более совершенная система обладает такими свойствами, которые постепенно убеждают ученых в ее ценности и превосходстве. Чем больше система охватывает правовых знаний, тем лучше она приводит их в порядок, чем нагляднее в плане понимания она показывает изучаемый ею мир правовых явлений, тем она совершеннее.

Структурная дифференциация научного материала делится на три части: состав адвокатского права как науки; теоретические проблемы соотношения адвокатуры, общества и государства; теория адвокатуры.

Система научных знаний, отражающая в себе самую сущность систематизированных правовых явлений, на основе «эталонных» признаков дает наиболее полное объемное и наглядное представление о науке об адвокатуре, объективно точно учитывает возникшие в современной российской действительности новые правовые реальности.

Оперируя имеющимися теоретическими знаниями, бесспорно, можно обнаружить в них понятия, категории, закономерности, которые наиболее

близко связаны с философской или социологической проблематикой. Между тем структура теории науки об адвокатуре, ее членение на относительно самостоятельные части носит не условный, а объективный характер, определяемый спецификой предмета данной науки. Именно анализ объективных связей между отдельными частями предмета теории адвокатуры является ключом к познанию ее структуры.

Пристатейный библиографический список

1. Воробьев А.В., Поляков А.В., Тихонравов Ю.В. Теория адвокатуры. – М.: Изд-во «Грантъ», 2002.
2. Диссертационные исследования проблем адвокатуры и адвокатской деятельности: сборник материалов / сост. Рагулин А.В., Шайхуллин М.С., Петров Д.В. – М.: Юрлитинформ, 2012.
3. Колоколов Н.А., Павликов С.Г. Теория судебных систем: особенности конституционного регулирования, судебного строительства и организации судебной деятельности в федеративном государстве. – М.: Издательство «Юрлитинформ», 2007.
4. Кучерена А.Г. Адвокатура: учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Юрист, 2006.
5. Мельниченко Р.Г. Адвокатуру вычеркнули из науки // Адвокат. – 2009. – № 6.
6. Рагулин А.В. Адвокатология и учение о профессиональной защите по уголовным делам в российской юридической науке: монография; Восточная экономико-юридическая гуманитарная академия (Академия ВЭГУ). – Уфа, 2009.
7. Рагулин А.В. К вопросу о месте адвокатологии и учения о профессиональной защите по уголовным делам в системе юридических наук // Вестник ВЭГУ: Научный журнал. – 2008. – № 5 (37).
8. Рагулин А.В. России нужна наука об адвокатуре! // Ученые труды российской академии адвокатуры и нотариата. – 2009. – № 2 (13).
9. Фельдман Д.И., Курдюков Г.И., Лихачев В.Н. О системном подходе в науке международного права / Д.И. Фельдман, Г.И. Курдюков, В.Н. Лихачев // Правоведение. – 1980. – № 6.
10. Bertalanffy L. von, Hempel C.G., Jonas R.E.H. General System Theory: A New Approach to Unity of Science // Human Biology. – Vol. 23. – 1951.



ЕВРАЗИЙСКИЙ
НАУЧНО-ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ
ИНСТИТУТ ПРОБЛЕМ ПРАВА

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

Тресков В.И.

ЧЕМ ОТЛИЧАЕТСЯ РОССИЙСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ ОТ ОКСФОРДСКОГО?

В статье на основе анализа закона «Об образовании в Российской Федерации», мнений депутатов Госдумы и экспертов рассмотрены вопросы повышения качества российского образования.

Ключевые слова: закон об образовании, рейтинг, качество.

Treskov V.I.

WHAT IS THE DIFFERENCE BETWEEN RUSSIAN AND OXFORD EDUCATION

The problems of russian education is given in the article on the basis of the analysis of the new legislation.

Keywords: the legislation of the education, quality, rating.

1. Российское образование в процессе интенсивной терапии

В последние годы руководство страны и общественность принимают решительные меры по оздоровлению российского образования, которое серьезно «захворало» в начале девяностых годов, в так называемый переходный период. В те годы бурных реформ и преобразований про образование как-то забыли и пустили его на самотек по коммерческим рельсам. В итоге экономика страны не может найти нужных специалистов, а масса дипломированных выпускников коммерческих институтов не могут найти высокооплачиваемую работу.

Стране нужны инженеры, педагоги, врачи, но вузы с экзотическими названиями упорно штампуют банкиров, журналистов, менеджеров и других гуманитарных специалистов престижных специальностей, на которых уже нет спроса. Более того, нередки случаи, когда специалисты оказываются с фальшивыми дипломами и аттестатами, купленными за деньги. Эти факты – тоже издержки коммерциализации образования, когда важен был не профессионализм специалиста, а «корочка» об образовании. Сегодня в этой сфере наблюдаются качественные изменения в лучшую сторону, усиливается контроль со стороны общественности, увеличиваются размеры финансирования. В последние шесть-семь лет инвестиции в систему образования выросли с 800 млрд. рублей до двух с лишним триллионов. Меняется и структура образовательных учреждений, принимаются новые действенные законы, направленные на кардинальное повышение качества российского образования, соизмеримого с потребностями общества.

Все большее значение приобретает форма парламентского контроля над качеством образования, в том числе деление вузов на эффективные и неэффективные. Законодатели, кроме того, предложили ввести ежегодный отчет или доклад Правительства о реализации государственной образовательной политики. Это позволит сделать образование

по-настоящему качественным, современным и конкурентоспособным. В этом заинтересованы все ветви власти. Этим задачам, пожалуй, будет отвечать новый закон об образовании, над которым всю осеннюю сессию работал парламент. Один из действенных инструментов, предусмотренных в новом законе, направленном на повышение качества образования – это контроль над подготовкой учащихся в вузах. Он способен оптимизировать нормы, регулирующие вопросы лицензирования и государственной аккредитации, контроля и надзора в сфере образования. Среди предложенных мер по усилению контроля в образовательном процессе уместно назвать ряд законодательных поправок, недавно принятых депутатами Госдумы, устанавливающих ответственность для студентов, предоставивших при поступлении в вуз подложные документы.

По словам первого заместителя председателя комитета Госдумы по образованию Владимира Бурматова, нередкими бывают случаи, когда абитуриент, поступая в высшее учебное заведение, сообщает информацию, не соответствующую действительности. Это касается данных о результатах ЕГЭ, документов, дающих право на льготы при поступлении. В действующем законодательстве не предусмотрена ответственность для студента, который уже зачислен в вуз по подложным документам, если нарушение порядка приема выявлено уже после его зачисления. Рассматриваемый проект закона даёт возможность отчислять такого студента из образовательного учреждения в случае выявления нарушений. Причем на образовавшееся вакантное место может быть переведен студент, который обучается в этом же вузе, но на платной основе, – подчеркнул В. Бурматов, комментируя автору данной статьи свое видение решения проблемы качества отечественного образования.

2. Новый закон об образовании – долгожданное лекарство?

И все же эксперты большие надежды возлагают на действенную роль в повышении качества

образования нового закона «Об образовании в Российской Федерации», над которым депутаты Госдумы работали всю осеннюю сессию 2012 года. Этот закон необходим, этого требует и отрасль, и реалии сегодняшнего дня. Развивать систему образования по закону, который был принят 20 лет назад, в 1992 году, и действует до сегодняшнего дня, невозможно. Образование для этого – слишком динамично развивающаяся сфера. Во главу угла при принятии закона был поставлен человек, его интересы, защита и обеспечение этих интересов. В целом же закон должен решить накопившиеся проблемы в образовании и модернизировать его в соответствии с требованием времени. Нет нужды повторять, сколько споров и дискуссий было посвящено новому закону. Сегодня этот законодательный документ, имеющий юридическую силу, должен дать ответ на вопрос о том, чем наши вузы хуже оксфордских?

Многие эксперты называют его долгожданным лекарством, которое должно излечить наше образование от хронической хвори. Несколько слов о самом нормативе. Новый закон в три раза больше предыдущего, насчитывает более четырехсот страниц. В отличие от прежнего закона двадцатилетней давности он хорошо структурирован и систематизирован. Четко обозначен и упрощен для восприятия понятийный аппарат, который позволит работать с ним преподавателям, учителям, студентам и даже школьникам. Упразднены статьи и нормы, которые себя изжили, введены новые, отвечающие задачам нашего времени. Вместе с тем новый закон «Об образовании» сохраняет преемственность в части соблюдения демократических свобод, которые были записаны в законе 1992 года. Это конституционное право всех граждан в возрасте до 18 лет получить бесплатное общее полное образование. Также граждане России имеют право на получение основного общего образования на родном языке и могут выбрать язык обучения в пределах возможностей, предоставляемых системой образования. В пункте 6 ст. 6 четко прописано, что в Российской Федерации гражданам гарантируется образование на русском языке, государственном языке нашей страны. Но при этом закон дает право нашим гражданам всех национальностей, компактно проживающим в нашей стране, на получение дошкольного образования на родном национальном языке. То есть народы разных национальностей, проживающие на территории субъекта Федерации, имеют право учить своих детей в начальных классах на своем языке. При этом особый упор делается на тезис: «Качественное образование – основа развития инновационной экономики». Именно на развитие

инновационной экономики сегодня нацелено наше образование, и это направление четко отражено в новом законе «Об образовании». При этом особый акцент делается на поддержку и модернизацию среднего профессионального образования, которое как раз и должно готовить квалифицированных всесторонне грамотных рабочих, в которых так остро нуждается инновационная экономика. В новом законе возможности профессионального образования значительно расширены по сравнению с законом 1992 года. Эти возможности базируются на основе советского закона об образовании 1974 года, когда подготовке квалифицированных рабочих кадров в средне-профессиональных училищах относились с должной ответственностью. И сегодня новый закон возвращает нас к этой системе, которая позволит готовить в техникумах, колледжах, лицеях квалифицированных рабочих, умеющих работать не только молотком, но и компьютером, специалистов среднего звена, разбирающихся в сложнейших электронных схемах. Особо надо отметить инновационную направленность закона на раскрытие кадрового потенциала страны.

– Не секрет, что экономика государства зависит от квалификации специалистов, ее создающих, от того, насколько успешно они смогут перевести ее на инновационные рельсы. И потому важно осознать, что инновационным должно быть все. Экономика, культура, образование, медицина, человеческие взаимоотношения... Все должно быть построено и направлено на избавление от сырьевой зависимости и на переход на новый качественный рубеж, ориентированный на создание конечного продукта в любой отрасли хозяйственной и социальной деятельности, который способен конкурировать на мировом рынке. И во многом решение этой задачи зависит от качественной подготовки кадров в высшем и среднем звене образования, – сообщил председатель комитета Госдумы по образованию, доктор экономических наук Александр Дегтярев, комментируя данный законопроект.¹

Отправные стартовые положения даны четко в новом нормативе. К примеру, глава 2, статья 20, которая так и называется «Экспериментальная и инновационная деятельность в сфере образования». Ни о чем подобном не говорилось двадцать лет назад. Сегодня это масштабная потребность в образовательных программах наших вузов, где инновационный подход в образовании стал нормой жизни. Там активно внедряются грантовые системы финансирования, создаются экспериментальные площадки, лаборатории и малые формы

¹ Дегтярев А.Н. Преемственность и перспективы // Стратегия России. – 2012 – № 10 – С. 35.

производства на базе учебных заведений. Вводятся новые формы поощрения одаренных студентов, разрабатываются системы стимулов для творческой научной деятельности. Многие теперь будут зависеть от руководства вузов, насколько они смогут реализовать предоставленные новым законодательством возможности для усовершенствования качества образования.

3. Может ли найти достойную работу за рубежом специалист с дипломом российского вуза, или почему нас там не ценят?

Нет сомнения, что решительные меры по оздоровлению российского образования приведут к положительным результатам. В стране немало достойных вузов, а вот рейтинги их в мировом масштабе почему-то крайне низки. Как отметил недавно наш премьер Дмитрий Медведев, пока что «международные рейтинги не в нашу пользу». Чем российские университеты хуже гарвардских и оксфордских? – этот вопрос давно волнует нашу общественность. Возможно, это во многом связано с тем, что российские вузы не могут подать себя с максимальной выгодой. И это действительно так. Показать товар лицом на международной ярмарке знаний мы еще не научились. Да еще можно усомниться в объективности подобных рейтингов. Во многом эти рейтинги носят субъективный характер и не всегда отражают истину. Сегодня формируется сеть отечественных рейтинговых агентств, которые способны оценить деятельность наших вузов на уровне мировых требований.

Проводятся мониторинги деятельности вузов по подготовке специалистов, регламентируются затраты и реальная отдача от этого обучения. В новом законе в главе «Программа развития образовательных учреждений» системно излагаются вопросы диверсификации финансирования, наделяния и ротации статуса образовательной организации на основе оценки уровня эффективности реализации программ развития. В результате этого мониторинга будет проводиться сокращение неэффективных вузов путем их слияния с более успешными.

В партии «Единая Россия» выступают за разработку новых критериев оценки эффективности вузов и намерены создать временную рабочую группу для анализа предложений по реформе высшей школы. И при этом в центре внимания – методика оценки качества. Как считает Владимир Бурматов, выражая точку зрения фракции единороссов, действующая ныне оценка эффективности вузов (по таким показателям как средний балл по ЕГЭ, объем средств на научно-исследовательскую деятельность, количество иностранных студентов, объемы общего финансирования на одного

научно-педагогического работника и количество квадратных метров на одного студента) не всегда адекватно отражает работу учебного заведения. Этот формальный подход привел к тому, что большинство педагогических вузов сегодня в стране, как утверждает Министерство образования и науки, имеют признаки неэффективности, а если быть точным – 60 % всех вузов. Основным критерием эффективности вуза должно стать не мифическое количество иностранных студентов, а востребованность студентов, потому что главная задача вуза – подготовить профессионального специалиста. И кому как не работодателю определять, хороший это вуз или нет. Потому необходимо добиваться того, чтобы эти критерии разрабатывались совместно с гражданским обществом, совместно с профессионалами, совместно с экспертным сообществом.

4. Вузы, которые не ждут милостыни от рейтингов, а реальными делами повышают свой рейтинг

Ряд российских вузов не ждет милостыни от рейтинговых компаний, их руководство пытается завоевать авторитет в мире своими реальными результатами и методиками в подготовке специалистов. В частности, показателен пример Московской государственной юридической академии имени О.Е. Кутафина, ректорат которой регулярно проводит и организывает международные конференции, симпозиумы по вопросам, представляющим совместный интерес для многих стран.² Активно ведется работа по обмену студентами, организуются стажировки в самые престижные вузы – от Оксфорда до Кэмбриджа.

Проректор Академии по международному сотрудничеству Дмитрий Кутафин убежден, что слабые международные связи, низкая цитируемость в мировых научных изданиях, устаревшие методики QS не дают российским вузам занять высокие позиции в рейтинге ведущих университетов мира. Напомним, в опубликованном ежегодном рейтинге ведущих университетов мира (QS World University Rankings 2012) два ведущих вуза России – МГУ имени Ломоносова и Санкт-Петербургский государственный университет остались в рамках одной группы, как и в 2011 году, но потеряли пару строк. МГУ находится на 116 месте (112 место в 2011 году), СПбГУ – на 253 месте (251 место в 2011 году).

Д. Кутафин убежден: для того, чтобы в течение ближайших лет выполнить поручение президента России, к 2020 году российским вузам необходимо

² См. напр.: Материалы международной научно-практической конференции // IV Международная научно-практическая конференция «Кутафинские чтения» / Сборник тезисов. – М., 2012.

войти в первую сотню ведущих мировых университетов, преодолеть системную инертность и развивать связи с зарубежными вузами, демонстрируя на практике возможности российского образования.

– А они весьма эффективны и перспективны. И в этом убеждаются студенты из многих стран, которые обучаются у нас, – говорит Д. Кутафин. Сегодня в Академии учатся более 150 студентов из стран СНГ и дальнего зарубежья. В свою очередь, российские студенты имеют реальную возможность получать знания в лучших вузах разных стран и участвовать в совместных международных проектах. Один из них состоялся этим летом в Потсдаме и был посвящен актуальным проблемам немецкого и российского уголовного права. В настоящее время Академия взаимодействует с 46 зарубежными учебными заведениями и международными организациями, подписаны соглашения о научном и академическом сотрудничестве с Венским университетом, Хошиминским юридическим университетом. В ближайшее время планируется подписать соглашения о научном сотрудничестве и об обмене студентами с Казахским Гуманитарно-юридическим университетом, Юго-западным университетом «Неофит Рилски» (Болгария), Национальной университетской библиотекой Страсбурга (Франция), Китайским университетом политологии и права, с Объединенным Лотарингским университетом (Франция) и другими. Проводится большая работа по обмену студентами, в частности, с Университетом имени Жана Мулена – Лион (Франция), Университетом Монтестье в Бордо – (Франция), Юридическим факультетом Цюрихского университета (Швейцария) и другими.

5. За дело берутся студенты

Сегодня МГЮА имени О.Е. Кутафина – старейшее учебное заведение, отметившее свое восьмидесятилетие, – последовательно продолжает богатые традиции российской юридической школы и ищет новые пути совершенствования качества отечественного образования. Один из них – создание инновационных образовательных методик на основе расширения форм международного сотрудничества с ведущими мировыми учебными центрами. Идет поиск тем, которые представляют общий интерес. Взять хотя бы разработку проекта программы, обеспечивающей соблюдение юридических норм в последствиях, вызванных климатическими или техногенными катастрофами. Не менее важная тема – разработка концептуальных основ энергетического права, которое направлено на решение международных, экономических

и экологических проблем, возникающих при транзите нефти и газа.

Также интересно отметить и новые пути взаимодействия с иностранными вузами, которые находит руководство академии. Это участие в международных мероприятиях, проводимых международными студенческими организациями. Более того, активно формируются российские отделения ряда престижных объединений. К примеру, в России на базе МГЮА действует Московская молодежная общественная организация по развитию сотрудничества между студентами-юристами в Европе – «ЭЛСА Москва». Ее главная задача – содействие укреплению связей между студентами-юристами Москвы и студентами юридических вузов и факультетов других городов РФ и Европы в правовой и иных сферах, развитие взаимопонимания и сотрудничества. Особое место занимает деятельность в содействии в проведении конкурсов научных работ и организации научно-практических исследований студентов-юристов; в организации и проведении студенческих научных конференций и семинаров, «круглых столов»... При этом важно отметить, что студенты разных стран сами выбирают темы, которые кажутся им злободневными и актуальными для всего мира. Например, один из семинаров был посвящен инновационной деятельности как способу борьбы с конформизмом. Новые формы саморегулирования образования непосредственно в студенческой среде можно наблюдать во многих российских и зарубежных вузах. В отличие от чиновников, студенты лучше и тоньше осознают реальные проблемы современности и пытаются подстроить образовательный процесс в соответствии с вызовами времени.

В целом же сегодня идет кардинальное реформирование российского образования, создаются комплексные федеральные университеты, объединяющие лучшие кадры российских и зарубежных преподавателей, идет последовательное избавление от балласта тех вузов, которые не смогли вписаться в требования времени. И самое главное – в качестве образования заинтересовано руководство страны, которое не жалеет на это ни денег, ни административного ресурса.

Пристатейный библиографический список

1. Дегтярев А.Н. Преимущество и перспективы // Стратегия России. – 2012. – № 10.
2. Материалы международной научно-практической конференции // IV Международная научно-практическая конференция «Кутафинские чтения» / Сборник тезисов. – М., 2012.

Аюпова З.К., Кусаинов Д.У.

ПРАВОВАЯ ПОЛИТИКА КАК ИНСТРУМЕНТ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ ПРАВОВОЙ СИСТЕМЫ РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

В статье исследуются особенности реализации Концепции правовой политики в Республике Казахстан в свете необходимости совершенствования правовой системы страны.

Ключевые слова: право, концепция, правовая политика, правовая система, модернизация, правовая государственность, законность, правопорядок, демократизация, имплементация.

Ayupova Z.K., Kussainov D.U.

LEGAL POLICY AS THE INSTRUMENT OF THE MODERNIZATION OF THE LEGAL SYSTEM OF THE REPUBLIC OF KAZAKHSTAN

In this article the peculiarities of the realization of the Concept of legal policy of the Republic of Kazakhstan in the context of modernization of the legal system of the country have been researched.

Keywords: law, concept, legal policy, legal system, modernization, legal statehood, legality, law order, democratization, implementation.

Проблема правовой политики представляет собой сложный и многогранный феномен, она требует пристального внимания и изучения. Поэтому перед учеными стоят задачи всестороннего исследования новых явлений и процессов правовой политики и теоретического обобщения, способствующих решению насущных социально-правовых проблем.

В современном казахстанском обществе правовая политика возведена в стратегическую политику государства на пути строительства демократического правового государства. Ярким подтверждением этому является «Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года», утвержденная Указом Президента РК Н.А. Назарбаева от 24 августа 2009 года № 858. В ней отмечается: «Нужны системные меры, обеспечивающие как режим законности в стране и стабильность правовой системы, так и поступательное развитие национального права в рамках действующей Конституции. Комплексный подход к правовой политике позволит модернизировать всю нормативно-правовую базу в контексте общей стратегии развития государства, в том числе выстраиванию качественно новой модели государственного управления на принципах результативности, прозрачности и подотчетности, обеспечивающих защиту прав и свобод граждан, интересов общества и государства».¹

Современный вопрос о сущности правовой политики Республики Казахстан – это вопрос о том, к разряду каких социально-политических явлений относится данная разновидность политики. Политика и право во все времена были так тесно переплетены друг с другом, что в итоге этого взаимодействия появился термин – правовая

политика, и он ныне часто встречается в юридической науке.

Под правовой политикой понимается деятельность, в основе которой лежат единство политики и права, концептуально оформленные политико-правовые идеи стратегического и тактического характера, то есть такие идеи доктрины, которые определяют направления развития общества, укрепляют законность и правопорядок, формирование правовой государственности и высокой правовой культуры общества и личности.

Основным содержанием постсоветского развития Казахстана, с точки зрения политико-правового государственного самоопределения, стала эволюция от Республики Советов к президентской республике. Институт президента за период своего недолгого, по историческим меркам развития, существования, всегда находился под пристальным вниманием ученых-правоведов, как один из современных институтов современности. Актуальным является и исследование нормативных актов президента Республики в обновленной правовой системе Казахстана. Пристальное внимание исследователей к данному институту в основном определяется тем, что с самого начала своей деятельности Президент Республики Казахстан стал активно и творчески использовать свои правотворческие полномочия. Им принимается значительное число нормативных указов, имеющих силу закона, проведение референдумов, издание ежегодных Посланий. Однако это направление деятельности президента не рассматривалось ранее в юридической науке, не проводилось всесторонних теоретических и методологических исследований по проблемам издания нормативных Указов президента.

Как известно, сущность правовой политики определяется типом общественно-политических,

¹ Концепция правовой политики Республики Казахстан с 2010 до 2020 года // «Казахстанская правда» – 27 августа 2009.

правовых отношений и культурой вообще. Правовая политика служит механизмом развития страны, обусловленным необходимостью взаимодействия личности, государства и общества. В связи с этим следует отметить, что изучение правовой политики является приоритетным и для Республики Казахстан.

По мнению доктора юридических наук, профессора В.А. Малиновского, «Провозглашение государственного суверенитета и реальное строительство независимого Казахстана с необходимыми атрибутами внутри – внешнеполитическими, экономическими, военными, территориальными и другими институтами, в условиях быстро меняющегося мира, требовало от высших государственных органов и в первую очередь от президента – принятия решительных, зачастую смелых и неординарных мер в политической и социально-экономических сферах».² Одной из таких мер было внесение изменений в Закон РК «О временном делегировании президенту Республики Казахстан и главам местных администраций дополнительных полномочий», принятый 10 декабря 1993 года.³ Президенту Казахстана было предоставлено право на срок до начала работы первой сессии вновь избранного Верховного Совета РК издавать, на основании и во исполнение Конституции, акты, имеющие силу закона, которые действовали до принятия соответствующих законов РК. В целях реализации положений новой Конституции был издан Закон «О Президенте Республики Казахстан», определен его статус и полномочия Президента РК.⁴ Следовательно, на отдельном этапе исторического развития основным действующим источником права были Указы Президента Республики Казахстан. История же свидетельствует, а теория подтверждает, что источником права должен быть признан закон, и только он.

Доктор юридических наук, профессор Р.З. Лившиц подчеркивает, что «обладание принудительной силой выступает в качестве главного критерия наличия права и правовой нормы».⁵ В то же время в юридической науке не имеется исследований по вопросу соотношения закона и указа, которые настоятельно требуют научно обоснованного и ясно конституционного регулирования природы указов и законов.

2 Малиновский В.А. Глава государства суверенного Казахстана. – Алматы, 1998 / Высшая школа права «Адилет». – С. 58.

3 Закон Республики Казахстан «О временном делегировании Президенту Республики Казахстан и главам местных администраций дополнительных полномочий» // «Казахстанская правда». – 17.12.1993.

4 Республика Казахстан. – Закон от 29.04.1999. – № 2031. О Президенте РК // «Казахстанская правда». – 1999. – 6 мая.

5 Лившиц Р.З. Теория права. – М.: БЕК, 1994. – С. 14–15.

Концепция правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года, утвержденная Указом Президента РК Н.А. Назарбаева от 24 августа 2009 г., нацеливает на модернизацию законодательства, укрепление государства, демократизацию политической системы, имплементацию норм ратифицированных актов международного права. В документе сочетается ориентация на развитие законодательства и государственного управления с преемственностью правовой политики, последовательной реализации потенциала норм Конституции и законодательства, на обеспечение правовыми средствами защиты прав и свобод граждан, национальных интересов страны, устойчивого развития общества.

С 2002 г., когда была принята предшествующая концепция правовой политики, было сделано немало по совершенствованию законодательства. Проведена конституционная реформа 2007 г., которая в соответствии с Посланием Президента РК народу Казахстана 2005 г. реализовала первый из двух объявленных этапов конституционной реформы, планировавшейся до 2011 г. включительно. Начато постепенное преобразование формы государства в президентско-парламентскую республику, реализация программы демократизации политической жизни.

Данная концепция ориентирует на правовое регулирование 17 отраслей законодательства имеющимися в настоящее время кодексами. В перспективе возможно выделение новых отраслей и принятие новых кодексов. В Концепции предусматривается широко и на постоянной основе привлекать к нормотворческой деятельности представителей общественности, НПО и объединения, представляющие интересы частного предпринимательства. Концепция правовой политики ориентирует на создание правовых инструментов, развивающих институты гражданского общества и реализации гражданских инициатив.

Концепция правовой политики Республики Казахстан содержит потенциал дальнейшей демократизации и модернизации правовой системы. Поэтому необходима серьезная работа по ее реализации, постоянный контроль над выполнением плана намеченных мероприятий. В целом, Концепция правовой политики призвана теснее связать в единую систему юридическую науку и практику, правотворчество и правоприменение, юридическое образование и правовое воспитание.

В этой связи скажем об адвокатской деятельности в нашей стране. Как известно, адвокатура является добровольным профессиональным объединением граждан, осуществляющим в установленном

законом порядке защиту на предварительном следствии, дознании, в суде по уголовным делам, кроме того, осуществляющим представительство интересов истцов и ответчиков по гражданским делам. Адвокатура – это общественная самоуправляющаяся организация, призванная на основе закона оказывать населению и организациям юридическую помощь путем консультирования по правовым вопросам, составления разного рода документов и деловых бумаг.

Конституция Республики Казахстан провозгласила в качестве одной из важнейших функций государства гарантирование права граждан на получение квалифицированной юридической помощи, а Концепция правовой политики на 2010–2020 годы определила адвокатуру как ядро оказания квалифицированной юридической помощи. Но как успешно и эффективно адвокатура будет выполнять данную конституционную миссию, конечно, зависит от тех законопроектов, которые регулируют адвокатскую деятельность у нас в стране.

Реализация гражданами конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи является условием и гарантией доступа к правосудию. Механизмы реализации этого права нуждаются в совершенствовании, а процессуальные права адвоката как активного участника уголовного процесса требуют эффективных правовых механизмов реализации.

Вопрос развития адвокатуры и дальнейшего совершенствования системы оказания правовой помощи становится особенно актуальным сегодня. В конце 2009 года в Парламенте проводился Круглый стол, посвященный проблемам независимости правовой профессии в Республике Казахстан. Вопросы, там поднимавшиеся, следующие: развитие адвокатуры, правовой статус и обеспечение независимой реализации полномочий адвоката, правовое регулирование допуска адвокатов к участию в делах, содержащих государственные секреты, по-прежнему ждут своего разрешения в рамках институционального и законодательного совершенствования системы оказания правовой помощи в Казахстане.

Адвокатура занимает важное место в системе правоохранительных органов и организаций. Однако она не является правоохранительным органом, т.к. у адвоката нет полномочий по принуждению к соблюдению чьих-либо прав, он действует на принципиально иной основе: он – защитник, т.е. защищает.

Роль представителей юридической профессии, оказывающих помощь развитию демократического,

правового общества, является ключевой в соблюдении обязательств, связанных с принципами справедливого судопроизводства, а также обязательств в области права на эффективные средства правовой защиты, верховенства права, свободы от произвольного ареста или задержания, запрета пыток и независимости судебной системы.

В наше время самое главное, что действительно нужно хорошему защитнику, – это смелая и сильная гражданская позиция, чтобы объективно представлять интересы клиента, выступая против обвинения. Кроме построения отношений со стороны обвинения, адвокат должен также наблюдать и за действиями судей. Уважая принятые в суде стандарты поведения, адвокат, тем не менее, обязан контролировать действия судьи, и, если судья совершает ошибку, подавать апелляционную жалобу в суд вышестоящей инстанции. Иногда адвокат должен оспаривать действия администрации тюрьмы, как, например, в делах о пытках. В демократическом обществе роль адвокатов заключается не только в защите интересов отдельных клиентов. Адвокаты во многих странах сталкиваются с различными угрозами своей независимости: с примерами можно ознакомиться в отчетах Специального докладчика ООН по вопросам независимости судей и адвокатов или в периодических отчетах, публикуемых Международной комиссией юристов «Нападения на правосудие». Адвокату, как никогда, сегодня требуется полная независимость.

Как известно, успешный выбор и реализация защиты обвиняемого во многом зависит от профессионального мастерства адвоката, от его умения анализировать материалы дела, вести допрос, формулировать вопросы к экспертам. В распоряжении защитника находятся различные средства, с помощью которых он спорит с обвинением. Как показала практика, внедрение суда присяжных, передача судам санкционирования ареста положительно сказались на роли адвокатуры. Однако процессуальные права адвоката как активного участника уголовного процесса требуют эффективных правовых механизмов реализации.

Главным критерием оценки качества работы адвоката может быть только одно – эффективность ведения им дела своего доверителя, подзащитного, убедительность его аргументов для следствия и суда. В этом смысле право оценивать работу адвоката принадлежит только клиенту и суду. Если суд увидит, что адвокатская работа осуществляется ненадлежащим образом, он может отреагировать в установленном законном порядке, равно как может принять все достаточные меры и коллегия адвокатов.

Существуют установившиеся способы обеспечения и гарантирования независимости адвокатов. Традиционно адвокаты – представители юридической профессии, и их профессиональная организация – коллегия адвокатов – является органом, независимым от государственной власти (членство в коллегии для адвоката обязательно). Независимость коллегии гарантируется Правительством, представляющим интересы граждан. Наряду с этим, положения о независимости закреплены и в законе, принимаемом Парламентом, где сторонами выступают члены коллегии адвокатов и общество. Согласно такому контракту коллегии адвокатов предоставляется независимость в вопросах решения о приеме новых членов коллегии, установления внутренних процедур деятельности, дисциплинарных процедур, разработки правил поведения и этики адвокатов. Как отмечается в Законе Республики Казахстан «Об адвокатской деятельности» от 5 декабря 1997 года: «Адвокатура в Республике Казахстан призвана содействовать реализации гарантированного государством и закрепленного Конституцией Республики Казахстан права человека на судебную защиту своих прав, свобод и получение квалифицированной юридической помощи» (ст. 1). Однако, на наш взгляд, независимость – это гарантия смелого и профессионального представительства. Наиболее важной обязанностью в данном социальном контракте является предоставление высококачественных услуг подзащитным. Поэтому независимость адвокатуры не является полностью неограниченной; на самом деле отношения между адвокатурой и правительством – очень деликатный вопрос, они должны быть организованы так, чтобы при обеспечении независимости можно было также предусмотреть социальный контроль над профессиональным и надлежащим исполнением адвокатурой своих обязанностей. Четкое законодательное регулирование адвокатуры, как и прозрачность адвокатских коллегий, всех их действий и процедур – неременное условие независимости. Оно может предохранять коллегия от попыток недопустимого влияния каких-либо других институтов, одновременно обеспечивая социальный контроль над адвокатурой. Сейчас крайне необходимо наделить адвокатов самыми эффективными средствами процессуального реагирования на нарушение закона в ходе уголовного судопроизводства, в частности, повысить действенность института ходатайств и усилить ответственность должностных лиц за формальное к ним отношение.

Большинство казахстанских адвокатов подчеркивают: «Настало время сконцентрировать усилия

на решении одной из наиболее принципиальных проблем в работе адвоката – потребовать введения особого порядка возбуждения и проведения оперативно-розыскных мероприятий в отношении адвокатов. Мы давно говорили об особом производстве, например, чтобы правом возбуждать уголовное дело в отношении адвоката обладал только Генеральный прокурор, во всяком случае, прокурор области. Осуществление в отношении адвоката оперативно-розыскных мероприятий должно быть только с санкции суда».⁶ Таким образом, сохранение независимости адвокатуры от государства, повышение статуса адвоката – это отнюдь не вопрос ведомственного или корпоративного тщеславия, а вопрос созидания и укрепления правового государства.

Демократические преобразования, проводимые в Республике Казахстан, привели к необходимости поиска новой модели организации государственной власти. Основой такой модели стал общепризнанный в современном мире принцип разделения властей, а также введение в стране института президентской власти. Правовая система в современных условиях формируется как особая общественная система, правовые явления выводятся из политической организации общества. Правовая система предстает как самостоятельный и самодостаточный, предварительный и дополнительный, высоко значимый и эффективный фактор общественного развития наряду и во взаимодействии с другими факторами – духовно-культурными, социально-экономическими, государственно-политическими.

Ныне активизируется стремление в теории и на практике к систематизации, гармонизации и унификации многообразных правовых явлений. При этом, прежде всего, имеются в виду системные характеристики права – культурные и цивилизационные, субстанциональные и функциональные, общечеловеческие и формационные, социально-структурные (национальные, групповые, персоналистические, классовые, демографические и др.). В странах СНГ, в силу известных причин, повышен интерес к таким родовым правовым объединениям как естественное и позитивное право, частное и публичное право, право и закон. К ним примыкают такие правовые объединения, как материальные и формальные (процессуальные) отрасли права и законодательства, гуманитарные (социальные) и коллизионные подсистемы права. Представляет немалый интерес институциональная систематизация.

⁶ Материалы Сборника Круглого стола на тему: «Право на квалифицированную юридическую помощь и независимость адвокатуры». – Астана: Центр исследования правовой политики, 9 декабря 2010. – С. 7.

Более или менее системное содержание имеют такие понятия как правовая сфера, правовая жизнь, правовая структура общества, правовые явления и отношения, системы права и законодательства, правовой режим, режим правозаконности, судебно-правовая система, права человека; правовые феномены, факторы, условия, средства, механизмы и др. Если право как таковое не вызывает сомнения в его огромной значимости для общественного функционирования и развития, то системность права, с точки зрения ее места и роли, выявлена в нашей литературе недостаточно и слабо учитывается в практике право- и законотворчества, в правоприменении.

Система права – один из главных системообразующих элементов правовой системы. Она имеет объективный характер, так как отражает реально существующую систему общественных отношений и не может строиться по субъективному усмотрению людей. Национальная правовая система, имеющая историко-культурные особенности, определяет такие же параметры национальной системы права. Система права выступает в качестве одного из важнейших факторов, определяющих построение и развитие системы законодательства. Анализ не менее сложных взаимосвязей и взаимодействий правовой системы и системы законодательства, острых проблем современного законотворческого процесса, противоречий в соотношениях права и закона, новых явлений в отраслевом развитии законодательства и применении законов позволяет сделать вывод о значимости данных юридических категорий. Право – явление более объективное, ценностно-значимое, нравственное, справедливое, гуманное, устойчивое... Закон – образование более субъективное, искусственное; в нем может содержаться немало элементов отчуждения государства, политически конъюнктурного; нередко он предстает как символ противостояния государства и общества; он менее устойчив... Поэтому система законодательства должна соответствовать системе права и правовой системе, чтобы не утрачивать своего правового содержания. Немалый интерес представляет анализ новых законодательных явлений с точки зрения их места и роли в системах законодательства и права, а также в правовой системе. Это законы, издаваемые в соответствии с Конституцией Республики Казахстан Президентом, Правительством; указы, имеющие силу закона; нормативные постановления, отнесенные в разряд действующего права (п. 1 ст. 4 Конституции РК), и др.

Тщательный анализ соотношения, взаимосвязей и взаимодействий правовой системы с правовым государством и гражданским обществом

закономерно приводит к выводу о том, что развитая правовая система является одним из главных признаков правового государства. Но, с другой стороны, само правовое государство является элементом правовой системы как большое правовое учреждение с собственной системой законодательных, судебных, правоприменяющих исполнительных и правоохранительных структур. В то же время государству как политической организации всегда в определенной степени присуще свойство отчуждения. Поэтому необходим приоритет права над властью, часто имеющей стремление к неправовым действиям. Основные положения концепции правового государства включают в себя верховенство гражданского общества над государством, подчинение государства контролю гражданского общества, первенство права над политикой и законом, закона над административным актом. В идеале правовое государство – это неполитическое государство или политическая деятельность в рамках закона.

Правовое государство должно способствовать максимальному сближению частного и публичного права в единой правовой системе. Негативы государственности и публичного права могут быть сведены к минимуму в числе других факторов и при системном функционировании правовых механизмов и средств. Проникновение частных начал в сферу действия правовых отношений, охватываемых публичным правом, – одна из тенденций в современной правовой системе, порождаемой взаимодействием последней с гражданским обществом при их совместном формировании, функционировании и развитии. Это можно легко проследить на примере появления категорий административных договоров, содержащихся в ст.ст. 32, 33, 34, 35 Уголовно-процессуального кодекса Республики Казахстан, предусматривающих преступления и дела частного и частно-публичного преследования и обвинения.

В заключение отметим, что Республика Казахстан является суверенной республикой, в которой введен институт президентства, что способствует стабильному развитию республики.

Пристатейный библиографический список:

1. Малиновский В.А. Глава государства суверенного Казахстана. – Алматы, 1998 / Высшая школа права «Адилет». – С. 242.
2. Материалы Сборника Круглого стола на тему: «Право на квалифицированную юридическую помощь и независимость адвокатуры» – Астана: Центр исследования правовой политики, 9 декабря 2010. – С. 116.
3. Лившиц Р.З. Теория права – М.: БЕК, 1994. – С. 417.

Гранат М.А.

НЕКОТОРЫЕ СПОСОБЫ ПРИСВОЕНИЯ ДЕНЕГ И СОБСТВЕННОСТИ ПРИ ОПЕРАЦИЯХ НА РЫНКЕ НЕДВИЖИМОСТИ

В статье рассмотрены некоторые схемы, применяемые недобросовестными участниками рынка недвижимости, и предложены способы противодействия нарушениям прав добросовестных продавцов и покупателей недвижимого имущества.

Ключевые слова: защита прав участников рынка недвижимости, недобросовестные участники рынка недвижимости, мошенничество.

Granat M.A.

SOME WAYS OF ASSIGNMENT OF MONEY AND PROPERTY AT OPERATIONS IN THE REAL ESTATE MARKET

In article some schemes applied by unfair participants of the market of real estate are considered, and ways of counteraction are offered violations of the rights of conscientious sellers and buyers of real estate.

Keywords: protection of the rights of participants of the market of real estate, unfair participants of the market of real estate, fraud.

Пенсионерке на праве собственности принадлежала квартира в г. Тольятти. Дочь этой женщины вышла замуж. Пенсионерка подарила дочке и ее избраннику квартиру на свадьбу, а сама осталась без какой-либо недвижимости.

Дочь и ее супруг оказались порядочными людьми, скопили денег, всего около пятисот тысяч, и под залог уже своей квартиры заняли еще два миллиона рублей. Все свои накопления и кредитные средства супруги отдали пенсионерке, чтобы она приобрела себе отдельное жилье. Пенсионерка выбрала строительную компанию, с которой заключила договор долевого участия в строительстве. Оплата была произведена женщиной в полном объеме. Договор со строителями был заключен в 2006 г. За регистрацией данного договора стороны в регистрационную службу не обращались (хотя с 01.04.2005 такие договоры обязательно должны регистрироваться согласно ФЗ «О долевом участии в строительстве...», если разрешение на строительство было получено после вступления в силу названного закона).¹

Когда в 2008 г. строительство дома подходило к концу, пенсионерка стала узнавать, когда ей по факту передадут квартиру. Так как подписание акта приема-передачи под различными предложениями затягивалось, женщина начала беспокоиться и обратилась в суд с иском о признании за ней права собственности. Как выяснилось в ходе подготовки дела к слушанию, женщина оказалась уже не первой покупательницей данной квартиры. Квартиру получил тот покупатель, который первым

обратился в суд о понуждении ЖСК к регистрации договора. Этот гражданин в процессе изменил исковые требования и попросил признать за ним право собственности. Данный иск был удовлетворен. После вступления в силу решения суда построенная квартира была немедленно перепродана. Так как право собственности было признано за иным лицом еще до обращения пенсионерки, и так как в настоящее время спорной квартирой владеет совершенно посторонний гражданин, районный суд разъяснил пенсионерке ее право требовать возврата денег и компенсации убытков от строителей.

Все произошедшее строители объясняли технической ошибкой, возникшей в результате привлечения новых сотрудников. Наличие долга перед пенсионеркой руководство организации не отрицало, но ссылалось на временное отсутствие средств для исполнения обязательств.

В настоящее время строительная фирма деятельность фактически прекратила. Многократные обращения в правоохранительные органы результата не дали. Кроме того, известно, что у руководителя организации какой-либо собственности и официального дохода не имеется.

Окончательный итог по данному делу таков: новой квартиры у пенсионерки нет. У ее дочери с супругом все накопления утрачены, и при этом имеется долговое обязательство в размере двух миллионов рублей. Единственное жилье данной семьи находится в залоге у банка, и в случае прекращения ипотечных выплат все трое останутся на улице. Выплаты по кредиту, согласно договору с банком, должны продолжаться в течение пятнадцати лет. Глава семьи – работник АвтоВАЗа, и его зарплата едва покрывает ежемесячный ипотечный платеж. Перспективы у семьи незавидные.

¹ Фасахова Л.И. Защита прав дольщиков и порядок признания права собственности на объекты незавершенного строительства в долевом участии в строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости // Сборник научных статей преподавателей кафедры права. – Казань: Мир без границ, 2010. – С. 46–53.

Очевидно, что причиной тяжелейшей ситуации стали действия строительной компании, а также беспечность пенсионерки, которая произвела исполнение по незарегистрированному договору.

Мы отказали данной семье в юридической помощи, так как не увидели каких-либо перспектив по данному делу. В последующем выяснилось, что свои последние деньги пенсионерка потратила на оплату услуг других юристов, которые получили заведомо неисполнимое решение суда о взыскании денег со строительной фирмы. Вынесение данного судебного акта никак не улучшило ситуацию, и даже можно говорить об обратном: парадоксально, но последний отказ правоохранителей в возбуждении уголовного дела был мотивирован тем, что отношения по делу носят гражданско-правовой характер, так как между сторонами имелся гражданский спор, и он был разрешен в гражданском процессе, о чем свидетельствует вынесенное судебное решение.

Большой интерес среди юристов вызвала еще одна схема, при которой не имеется потерпевших граждан и юридических лиц, а страдают только интересы государства, так как целью схемы является изъятие средств из бюджета.

Суть схемы состоит в следующем. Есть три товарища. У первого участника схемы («продавца») на праве собственности имелась квартира, которая не была обременена какими-либо правами третьих лиц. Собственник данной квартиры выдал доверенность на сделки с ней своему другу, второму участнику схемы. Назовем этого участника условно «риэлтор».

Данный товарищ интересен, прежде всего, тем, что у него нет никакой собственности. «Риэлтор», действуя по доверенности, продал квартиру третьему участнику схемы – «покупателю». По документам «покупатель» якобы полностью расплатился с «риэлтором» за переходящую по сделке недвижимость. Для имитации реальности сделки денежные средства были зачислены со счета «покупателя» на счет «риэлтора». Самое важное действие совершилось непосредственно перед заключением договора купли-продажи: за день до сделки собственник отозвал доверенность у «риэлтора». Это ключевой момент всей схемы. Так как регистрационная служба не имела возможности проверить, отозвана или действует выданная «продавцом» доверенность, сделка по купле-продаже успешно прошла регистрацию.

В дальнейшем от бывшего собственника к «покупателю» поступил виндикационный иск. В иске было заявлено требование об истребовании из незаконного владения квартиры, которая была

продана неуправомоченным лицом (имущество возмездно приобретено у лица, которое не имело права его отчуждать – п. 2 ст. 301 ГК РФ). В основании данного иска заявитель ссылаясь также на известное Определение КС РФ от 25 марта 2004 г. № 98-О. В качестве третьего лица в процесс был привлечен «риэлтор».

Так как все участники схемы изначально находились в стоворе, серьезных возражений от «покупателя» не поступило. Так как «покупатель» выразил явное намерение в будущем взыскивать денежные средства с «риэлтора», суд удовлетворил требования о виндикации, и с момента вступления в законную силу решения суда первый участник описываемой схемы снова стал собственником своей квартиры. По легенде, «риэлтор» полученные от «покупателя» денежные средства присвоил. Поэтому в дальнейшем от «покупателя» к «риэлтору» последовал иск о взыскании денежных средств. Данный иск также был удовлетворен судом – имелись к тому явные основания. Так как «риэлтор» никаким имуществом и доходом не располагал, исполнительное производство в отношении него через некоторое время было прекращено за невозможностью исполнения.

В итоге действиями данной группы был сформирован пакет документов, из которого следовало, что: «покупатель» приобрел квартиру и заплатил за нее цену в полном объеме, а позже он лишился квартиры в результате предъявления к нему виндикационного иска. При этом в решении суда была установлена добросовестность «покупателя» – он не знал и не мог знать о том, что «риэлтор» не имел прав по продаже квартиры. «Добросовестный покупатель» в силу объективных причин не смог получить исполнение от «риэлтора», так как последний является полностью несостоятельным должником.

Дальнейшие действия продиктованы следующим.

ФЗ «О государственной регистрации прав на имущество и сделок с ним» в измененной редакции содержит ст. 31.1. «Основания выплаты Российской Федерацией компенсации за утрату права собственности на жилое помещение».

Согласно данной норме закона, добросовестный приобретатель, от которого было истребовано жилое помещение, имеет право на разовую компенсацию за счет казны Российской Федерации. Компенсация выплачивается в случае, если по независящим причинам взыскание по исполнительному документу не производилось в течение одного года со дня начала исчисления срока для предъявления этого документа к исполнению. Таким

образом, наш «покупатель» выжидает один год с момента начала исполнительного производства по взысканию денег от «риэлтора». Не получив деньги, «покупатель» заявляет регистратору требование о предоставлении компенсации в размере, предусмотренном законом (один миллион рублей). Данные денежные средства в итоге делятся между тремя товарищами – участниками описанной схемы.

Интересно, что приведенная комбинация не предполагает со стороны ее постановщиков каких-либо существенных материальных затрат. Кроме уплаты госпошлин за регистрацию договора в регпалате и платежей в бюджет за обращение в суд, участники группы потратились только на услуги нотариуса и потеряли небольшой процент при межбанковском переводе.

Бороться с данной схемой возможно на стадии регистрации сделок, но это достаточно проблематично, так как не организовано сотрудничество между нотариальными конторами и регистраторами, а сама система предполагает добросовестность участников сделок. На стадии получения судебных решений участники схемы наиболее уязвимы, так как судью может насторожить пассивность «покупателя» при истребовании от него недвижимости, но новизна и очень узкая известность данной схемы делает ее практически неузнаваемой для подавляющего большинства работников судебной системы. Бороться же с участниками данной схемы после вступления в силу судебных актов практически бессмысленно.

Отметим также, что работники регистрационной службы, когда им заявляют требования о компенсации в размере миллиона рублей, ссылаются

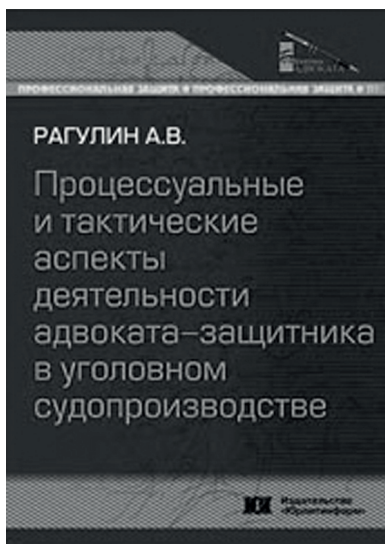
на п. 3 ст. 31.1. ФЗ «О государственной регистрации прав на имущество и сделок с ним», согласно которому «порядок выплаты Российской Федерацией компенсации ... устанавливается Правительством Российской Федерации».² Так как соответствующего постановления с 2004 года так и не принято, регистраторы в производстве выплаты отказывают. Суды позицию регистраторов не разделяют и указывают, что право на компенсацию у «покупателя» имеется на основании ФЗ «О государственной регистрации прав на имущество и сделок с ним», и данное право не может зависеть от принятия или непринятия какого-либо уточняющего постановления правительства. Таким образом, взыскание миллиона рублей с регистратора происходит в судебном порядке. Эффективной схемы борьбы с данными действиями, насколько известно, пока не создано.

Пристатейный библиографический список

1. Ковешников Д.А. Административно-правовое регулирование государственного кадастрового учета недвижимости и государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2010.

2. Фасахова Л.И. Защита прав дольщиков и порядок признания права собственности на объекты незавершенного строительства в долевом участии в строительстве многоквартирных домов и иных объектов недвижимости // Сборник научных статей преподавателей кафедры права. – Казань: Мир без границ, 2010.

2 Ковешников Д.А. Административно-правовое регулирование государственного кадастрового учета недвижимости и государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним: Автореф. дис. канд. юрид. наук. – М., 2010.



Рагулин А.В. Процессуальные и тактические аспекты деятельности адвоката-защитника в уголовном судопроизводстве. – М.: Юрлитинформ, 2011.

В настоящей работе развивается сформулированная в выпущенной издательством «Юрлитинформ» в 2008 г. монографии Рагулина А.В. авторская концепция учения о профессиональной защите по уголовным делам.

В работе, являющейся логическим продолжением предыдущей, на основании действующего законодательства и правоприменительной практики рассматриваются уголовно-процессуальные и тактические аспекты деятельности адвоката на стадии предварительного расследования и судебного рассмотрения уголовных дел.

Особое внимание в работе уделено исследованию проблемных правовых вопросов участия профессионального защитника по уголовному делу, а также анализу нарушений норм уголовно-процессуального законодательства, допускаемых лицами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, предварительное расследование и судебное разбирательство, и алгоритму действий адвоката по использованию указанных нарушений в интересах стороны защиты и нейтрализации этих нарушений.

РЕЦЕНЗИЯ НА РАБОТУ ПИЛИПЕНКО Ю.С. КОДЕКС ПРОФЕССИОНАЛЬНОЙ ЭТИКИ АДВОКАТА. НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКИЙ КОММЕНТАРИЙ. – М., 2012

REVIEW OF PILIPENKO Yu.S. 'S WORK: CODE OF PROFESSIONAL ETHICS OF THE LAWYER. SCIENTIFIC AND PRACTICAL COMMENT. – M, 2012

Вышел комментарий к кодексу профессиональной этики адвоката. Теперь об авторе и о его работе. И нужно соответствовать заданному жанру. Автор – Пилипенко Ю.С. – сделал блестящую карьеру и бизнес – адвоката и руководителя в адвокатуре и ученого.

О работе – ее ждали не меньше, чем сам кодекс, но комментировать комментарий – дело неблагодарное. Тогда об этике и об адвокатуре вообще. Не помню, кто сказал, что от врача и учителя ждут чуда. А когда оно происходит, никто не удивляется. Как точно это переносится на нашу профессию. Но писать придется о тех случаях, когда чуда не происходит. В адвокатуре много соблазнов, и не все могут с собой справиться, а главное и не все хотят. Я член квалификационной комиссии с большим стажем, и это позволяет мне давать некоторые оценки. К счастью, я пришла в адвокатуру тогда, когда встреча с блестящим адвокатом не казалась чудом – им хотелось соответствовать. Они создавали среду, и с ними можно было посоветоваться. Кроме них я встречала много добросовестно и качественно работающих адвокатов, и если бы этого не было, поток жалоб от наших доверителей за эти годы заставил бы меня начать предисловие с восклицания: «O tempora, o mores!». А этому возгласу уже несколько веков.

В представленном Вам комментарии нет попытки ответить на все существующие вопросы, но есть попытка их поставить и заострить, а главное проследить динамику их возникновения и изменения. И как часто вопрос важнее ответов!

Вопрос первый: «Можно ли проверить нравственную составляющую претендентов в адвокатуру? И в продолжение – нужно ли ее проверять? Если нужно, то как? И если нет этой составляющей, не допускать до экзамена?». Вопрос второй: «Можно ли изменить сформированного взрослого человека со сложившимися установками? Ведь мы помним истину, что нравы портятся легче, чем исправляются. Но не брать же только молодых и в стажеры?». Какая же ответственность на тех, от голоса которых зависит, быть им в адвокатуре или нет? Мы очень надеемся, что в наших решениях разумное и нравственное всегда совпадают. И, наконец: «Возможно ли развитие и совершенствование адвокатуры самой в себе без позитивных тенденций в обществе? Можем ли мы ждать их?». Все вопросы, конечно,

риторические, но от этого не становятся менее актуальными.

Решая эти задачи, нам нужно и себе отвечать уже не на риторический вопрос: «Почему не соблюдаются законы писанные и неписанные?». Попробуем от обратного. Во-первых, соблюдают те, кто их признает и чтит, и еще те, кто боится наказания и изгнания из профессии. Для адвокатов кодекс – это заповеди, но как их передать? Как сделать данностью для всех абсолютно? На что отвечает наш кодекс: «Что такое хорошо и что такое плохо?». Можно ли и нужно ли это перечислять? А что решает квалификационная комиссия? «Соотношение цены и качества?». «Цели и средства?». А о чем думают доверители, приходя к адвокату? «Победа любой ценой», а может: «Кто мне даст гарантий больше?». И опять время, которое обостряет старые вопросы: вопросы псевдогарантий, завышенных гонораров, взаимоотношений с судьями и следователями. Еще старая проблема карманных адвокатов, и жизнь ее обновляет. И вот новое желание вновь приглашенного адвоката отменить приговор ввиду нарушения права на защиту по надуманным основаниям. И наш ответ этим жалобам. А еще конкуренция, которая нужна, которая показала, что будущее за новой формацией адвокатов – они много знают, много умеют и к еще большему стремятся. И надеюсь, что для нового поколения хорошо и нравственно – это одно и то же. Но как быть с псевдоконкуренцией в одном процессе с одним доверителем, когда его защищают или представляют несколько адвокатов? Адвокатов с разным уровнем понимания задач защиты, с разным уровнем профессионального мастерства и, наконец, с разным уровнем порядочности? Они дают разные советы, идут разными путями, они не пытаются договориться, и у некоторых только одна задача – задержаться в процессе. Но к счастью, есть уверенность в том, что адвокатура сама избавляется о тех, кто не так понимает свои задачи, неправильно соотносит цели и средства, кого мы не хотим называть своим коллегой, и это ярко показано в комментарии. И мы говорим автору спасибо за попытку это сделать на данном этапе развития адвокатуры.

*Кандидат юридических наук,
доцент С.И. Володина*

РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ ДОКТОРА ЮРИДИЧЕСКИХ НАУК, ПРОФЕССОРА МАЛИКОВА М.Ф. «ГЕНЕТИЧЕСКИЕ ОСНОВЫ РЕГИОНАЛЬНОГО ПРАВА: ПО МАТЕРИАЛАМ РЕСПУБЛИКИ БАШКОРТОСТАН». – УФА, «ГИЛЕМ», 2012

REVIEW ON DOCTOR OF JURIDICAL SCIENCES, PROFESSOR MALIKOV M.F.'S MONOGRAPH «GENETIC BASES OF THE REGIONAL RIGHT: ON MATERIALS OF THE REPUBLIC OF BASHKORTOSTAN.» – UFA, «GILEM», 2012

Издательство «Гилем» выпустило оригинальную и весьма актуальную монографию по материалам Республики Башкортостан. Она представляет собой четвертый том из серии «Истоки познания». Первый том был посвящен социально-политическим проблемам. Во втором томе были проанализированы основания и виды власти. В третьем рассматривались гносеологические основы реализации права. Все издания были осуществлены за счет средств Международного гранта «Модернизация конституционного законодательства Республики Башкортостан».

В рецензируемой работе впервые рассматривается институционально-правовое согласование федеральных и региональных интересов на основе ретроспективного анализа дискреционного регионального права, регионально-проконституционного законодательства и современного конституционно-уставного регионального права в условиях трансформации федеративных отношений.

Актуальность изучения регионального права Башкортостана обусловлена необходимостью определения процесса федерализации в России в историческом аспекте сочетания общего и особенного. В связи с этим возникает необходимость выявления протогосударственных структур (ранние государственные объединения) типа «Баскирдии», «БащДжерда», «Баш-Керда», «Башкирда», «Басджарта» и закономерности развития государственности Башкирии, Башкурдистана, Башкортостана на различных этапах организации взаимодействия двух административно-территориальных единиц и двух разных уровней власти при ведущей роли федерального законодательства.

Генетические основы институционально-двуединой концепции регионального права по материалам Башкортостана включают как правовые элементы, так и взгляды, общественные, государственные, конституционные, политико-правовые мысли, договоры, институты, учреждения, регулирующие административно-территориальные отношения на уровне: улусов, барунгаров, джунгаров, туменов, тысяч; воеводств, наместничеств, генерал-губернаторств, кантонов, земств, волостей, юрт (урт), уездов, губерний, провинций, штатов, районов в условиях абсолютизации и децентрализации

власти в России. Ценность темы исследования заключается в определении башкирского варианта формирования федеральных отношений на фоне всемирного процесса федерализации и признании договорных начал эталоном (образцом) дальнейшего развития мирового федерализма, а в отдельных регионах – основой формирования государственности.

Данное исследование связано также с потребностью выявления механизмов и принципов управления, обеспечивающих эффективную деятельность органов представительной власти на местном уровне; с установлением надлежащего баланса между централизацией и децентрализацией, адекватного историческим условиям страны и задачам, выполнение которых должно осуществить местное самоуправление; с созданием слаженного механизма взаимодействия органов государственной власти и местного самоуправления; действенного реагирования на непредвиденные ситуации; с выявлением всех видов потенциальных ресурсов и усилением ресурсообмена на местном уровне; с совершенствованием системы самоуправления как неотъемлемого института народовластия.

Практическая значимость институционально-двуединой концепции регионального права Башкортостана заключается в разработке современной регионализации функций государства на основе согласованного суверенитета и разделения полномочий органов власти в условиях трансформации федеративных отношений.

Исходные позиции исследования предопределили выход за рамки чисто регионально-юридической тематики. Автор не ограничивается структурно-функциональным анализом прежних (дореволюционных) «проконституционных» и региональных нормативных актов, а рассматривает их в неразрывной связи с историей федеративной государственности и историей институтов власти Башкортостана.

Представленная работа является восполнением пробелов в конституционном праве России и Башкортостана. Это выражается в освещении основных критериев: 1) развития структуры права (отрасли, институты, их предметы, методы, границы); 2) характера нормативно-правовой техники

законотворчества; 3) изменения типов (способов) правового регулирования правового статуса регионов; 4) динамики социальной и духовной ориентированности права, его функций, взаимосвязей с государством и обществом; 5) влияния международных стандартов на национальные отношения.

Следует подчеркнуть, что прежние исследователи не обратили внимание на правовую норму как «первооснову системы права», поскольку у них не было четкого представления о структуре губернских, уездных, земских учреждений, соответственно о различных видах автономии и федерации на различных этапах децентрализации власти. Ввиду теоретической неразработанности этих институтов в рамках губерний Всероссийской Империи, договоров о союзе, положений о башкирах и других политико-правовых актов им было сложно усмотреть (находить) самостоятельные признаки регионального права автономии в условиях централизованного (федеративного) управления в России. Тем более, на определенном этапе сформировался круг вопросов, решение которых с позиции классической теории правовых норм вызывало серьезные затруднения.

К достоинству монографии следует также отнести то, что в ней выдвинуты несколько гипотез. Прежде всего, автор считает, что дискреционное право базировалось и на шариатском праве, постольку оно является основанием регионально-религиозной, политико-правовой автономии в федерации (Бурзянской или иной) и становится неотъемлемой частью управления краем на любом этапе развития федеративных (протофедеративных) отношений России и Башкортостана. В работе обосновываются гипотезы о начальном этапе формирования регионального права Башкирии со дня заключения договора с монголами о дружбе и союзе, формирования государственности Башкортостана после проникновения к башкирам арабской письменности. Автор также считает, что региональное право Башкортостана формировалось и развивалось на основе башкирских восстаний. Таким образом, концепция «прорегионального конституционного законодательства» в рамках «Положения о башкирах» означала для башкирского и мишарского населения полное подчинение военно-административному контролю феодально-крепостнического режима. Все эти мероприятия способствовали дальнейшему усилению контроля над населением.

В работе идеи «проконституционного законодательства» и «протофедерации» обосновываются этапами российского государственного суверенитета в дореволюционной России на основе: договоров

о присоединении башкирских земель к Золотой Орде и к Русскому государству (вторая половина XVI в.); наступления российского правительства на права башкир и их сопротивление (XVII – сер. XIX в.); «Положения о башкирах», предусматривающих относительную самостоятельность башкирского народа (сер. XIX – нач. XX вв.).

Характерно то, что первый этап относится к периоду объединения славянских племен вплоть до образования единого суверенного государства, способного утвердить и отстаивать свою политическую и экономическую независимость. Второй этап связан с возникновением из хаотически организованных территорий Российского централизованного государства и становлением российской имперской суверенной государственной системы. Третий этап берет начало со времени, когда в России установилась абсолютная монархия. Это была третья по счету форма государства в России, утвердившаяся после раннефеодальной и сословно-представительной монархий. Абсолютизм означал сосредоточение в одних руках полноты государственной власти.

Данный вывод вытекает из того, что вся история Руси удельного уклада есть постепенное развитие федеративного начала. По признанию ученых, идея федерализма как политика возникла в России опосредующим звеном между тенденцией национального сепаратизма и российского унитаризма.

Таким образом, основными элементами «проконституционного» законодательства признаны: государственно-правовые акты (договоры центральной власти с составляющими ее территориями, указы и законодательные акты центральной власти об изменении статусности входящих в состав государства территорий, декларации и проекты государственного строительства и т.п.); взгляды (учения) политических и общественных деятелей о политико-правовом устройстве государства; предложения (наказы) от населения при обсуждении государственных актов до их принятия. Отсюда задачи раскрытия сущности, функции, механизма действия прежних договоров, дореволюционных нормативных актов, декретов советской власти связаны с конкретно историческим содержанием целостной системы регионально-местного и территориального управления на фоне мировой истории.

В силу того, что вопрос о становлении и развитии конституционно-уставного регионального права является дискуссионным, автор стремился найти единое определение основ регионального права вообще, и конституционно-уставного регионального права в рамках национально-федеративного государства в частности. Поэтому в основу становления

регионального права Башкортостана им положены Соглашение центральной Советской власти с башкирским правительством «О советской автономии Башкортостана» (20 марта 1919 г.), Постановление ВЦИК и ВСНК РСФСР «О государственном устройстве БАССР» (19 мая 1920 г.), Декрет ВЦИК «О расширении границ Автономной Башкирской социалистической советской республики» (14 июня 1922 г.), Конституции РСФСР (1918 г.), проект Конституции Башкортостана (1925 г.), Конституции Республики Башкортостан в редакциях 1937, 1978, 1993 годов, договоры о разграничении предметов ведения и полномочий.

При определении характера «Соглашения» автор исходит из того, что в нем были реализованы: идея национальной автономии, форма самоопределения башкирского народа в самостоятельность, роль коммунистической партии Башкирии в создании советской автономии, концепция этнонационализма на основе политики коренизации, прежнее вотчинное право башкир, решение Башкирского Шура (Совета) о провозглашении автономии по Фарману № 1, объявление территориальной автономии Башкортостана по Фарману № 2 в пределах Оренбургской, Пермской, Уфимской и Самарской губерний, решение «Малого Курултая» «О территориально-национальной автономии Башкурдистана», решение III Всебашкирского Курултая «Об особой автономии» (20 декабря 1917 г.), постановление Пленума ЦК РКП(б) «По башкирскому вопросу» (8 апреля 1920 г.), проект Положения «Об автономном управлении Малой Башкирией» (18 ноября 1918 г.), Декларация прав народов России (2 ноября 1917 г.), идея «урезанной автономии», результаты национально-освободительных движений башкирского народа, решение I Всероссийского съезда башкир «О национально-культурной автономии» (27 июля 1917 г.), принцип административной и политической децентрализации в национально-культурной автономии, решение того же съезда «О территориальной автономии «Волго-Уральского штата», проект образования автономного территориального штата «Идель-Урал», проекты Кокандской автономии (Туркестан), Алаш-Орда (Казахстан), автономии Башкурдистана, Союза горских народов и казаков (Северный Кавказ). Об особом значении «Соглашения» свидетельствует признание его отдельными авторами «первой Конституцией автономного Башкортостана». Следовательно, есть основания разделять доводы автора относительно признания регионального права – способом децентрализации и согласования интересов органов федеральной и региональной властей.

В этой связи следует вспомнить, что важнейшими особенностями образования автономии России явились внедрение самоуправления (сначала сословное, а затем земское), автономии Польши и Финляндии (собственные конституции и т.д.), региональные традиционные органы управления (Средняя Азия, Сибирь и др.), территориальное несовпадение действия органов административного управления со сферой деятельности финансовых, судебных и иных структур. Значение подобных форм децентрализованного управления трудно переоценить, тем более, по признанию автора, региональное право Башкортостана создано по инициативе местного населения, а развитие получило при поддержке федеральных органов России.

Автор справедливо отмечает, что одна из характерных особенностей регионального права Башкортостана в рамках национально-государственного строительства РСФСР состояла в том, что оно сочетало в себе форму автономии и форму автономной национальной республики. Это свойство вытекало из Декларации прав трудящегося и эксплуатируемого народа, провозгласившей, что РСФСР учреждается «как федерация советских республик».

Автор уместно вспоминает исторический факт, что данный проект Конституции республики 1925 г. не был принят из-за того, что региональное право Башкортостана исходило из признания Башкирии в составе СССР. Поэтому в решении ВЦИК предусматривалось положение о том, что «Российская Федерация построена не на основе свободного договорного объединения отдельных республик, а на принципе выделения из состава Российской республики отдельных национальностей в автономные республики с утверждением верховных органов РСФСР».

Мы разделяем утверждение автора о том, что задачи регионального права заключаются в выявлении пробелов механизма разрешения конфликтов; формировании систем законодательства субъекта регионального права; определении предмета, цели, функции, пределов регионального законодательства в правовой системе России.

Исходя из этих положений автор считает, что федеральное и региональное законодательство направлены на: удовлетворение основных общественных потребностей с помощью законов, подготовленных на основе научного анализа и прогнозов; законодательное обеспечение государственных реформ и программ по важнейшим направлениям экономического и социально-культурного развития России; совершенствование структуры законодательства с учетом обеспечения развития системы

и отраслей права и основных правовых институтов; децентрализация правового регулирования на основе федеративных начал и самоуправления; укрепление системных связей между законами и подзаконными актами, между законами и договорами (соглашениями); обеспечение устойчивой правопреемственности в стране, когда действие основных правовых актов и норм не прерывается из-за политических и иных изменений, а служит фундаментом устойчивого государственного и социально-экономического развития институционально-двуединой концепции регионального права. Она позволяет вывести так называемую идеальную модель федерализма современного государства – нецентрализованный (по принципу самоуправления), симметричный (равноправие одинаковых по своей государственно-правовой природе субъектов Федерации), кооперативный федерализм (основанный на сотрудничестве и взаимной ответственности сторон федеративных отношений), построенный на принципе согласованного суверенитета в Российской Федерации.

По мнению автора, в генезисе регионального права отражена главная цель – объединение ряда государств в единое федеративное государство, а не установление подчиненности друг другу. Не теряя своего суверенитета, субъекты Федерации образуют общее для всех суверенное государство, наделив его соответствующей компетенцией в осуществлении внутренней и внешней политики. Каждый субъект Федерации сохраняет политико-правовое качество суверенной государственности, но его суверенитет в определенной мере ограничивается в рамках переданной федеральным органам компетенции, равно как ограничен суверенитет Федерации компетенцией ее субъектов. Поэтому вырабатываются и закрепляются новые принципы Федерации, которые призваны обеспечить целостность и суверенитет России в целом, и одновременно – необходимый уровень самостоятельности

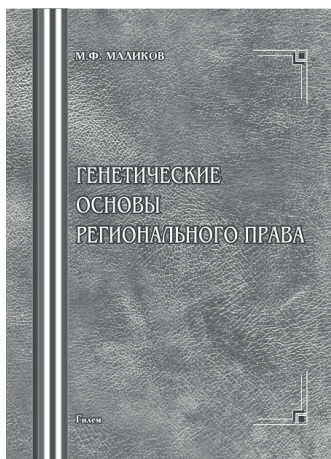
ее субъектов, возможность решения на местах широкого комплекса вопросов развития территорий с учетом их национальных, экономических интересов и особенностей.

Следует подчеркнуть, что проблемы государственности Башкортостана в той или иной мере применительно к современной Республике Башкортостан рассматривались в специальных выпусках хронологического издания законов и сборниках документов, в рамках башкирской государственности и на основе национального возрождения и конституционного строительства; отражались в решениях национальных и межнациональных проблем, в общественно-политических чтениях, научно-практических конференциях и днях республики в ознаменовании добровольного присоединения Башкортостана к России.

Данная монография может быть использована для дальнейших научных исследований по таким научным направлениям, как юриспруденция, отечественная история, политология, а также может быть рекомендована учащимся средних специальных учебных заведений и студентам высших учебных заведений республики, аспирантам и соискателям, юристам, занимающимся проблемами развития государственного строительства.

В целом автором научно аргументировано положение о том, что договорные отношения между Россией и Башкортостаном способствуют не только прогрессивному развитию отдельного субъекта государственно-правовых систем, но и всей Российской Федерации.

*Доктор юридических наук,
профессор З.И. Еникеев
Доктор исторических наук,
профессор С.Ф. Касимов
Доктор юридических наук,
профессор В.К. Самигуллин*



М.Ф. Маликов.

Генетические основы регионального права: по материалам Республики Башкортостан. – Уфа: АН РБ, Гилем, 2012. – 460 с.

В работе рассматривается институционально-правовое согласование федеральных и региональных интересов на основе ретроспективного анализа дискреционного регионального права, регионально-проконституционного законодательства и современного конституционно-уставного регионального права в условиях трансформации федеративных отношений.

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 вернуть его автору для сокращения. Увеличение объема работы может быть согласовано с редакцией.

4. На первой странице (над названием статьи) в левом верхнем углу указываются фамилия и инициалы автора. Название статьи печатается после фамилии, имени и отчества автора. Страницы не нумеруются. Основной текст, текст сносок, текст аннотаций и ключевые слова выравниваются по ширине страницы. После фамилии автора и названия статьи через один интервал необходимо поместить текст аннотации статьи на русском языке и ключевые слова (3–10 слов). Затем через один интервал в левом верхнем углу следует указать фамилию и инициалы автора и название работы на английском языке, далее – аннотацию и ключевые слова на английском языке. Статья также может быть представлена на английском языке, при этом требуется перевод названия на русский язык, а также аннотация и ключевые слова на русском языке.

5. Кавычки в тексте и в сносках проставляются в едином формате в следующем виде: « ». Все аббревиатуры и сокращения, за исключением заведомо общеизвестных, должны быть расшифрованы при первом употреблении в тексте. Диаграммы, таблицы, рисунки должны быть оформлены в текстовом редакторе Word.

6. Сноски и примечания помещаются постранично, со сквозной нумерацией и оформляются в соответствии с ГОСТ Р 7.0.5–2008. При оформлении сносок следует указывать фамилию и инициалы автора работы, ее название, год издания, номер страницы, иные сведения. Все библиографические элементы иностранных источников следует указывать на языке оригинала, по возможности избегая аббревиатур. При использовании электронных ресурсов сети Интернет следует указывать заголовок титульной страницы ресурса (<в угловых скобках>), полный адрес местонахождения ресурса и (в круглых скобках) дату последнего посещения веб-страницы.

7. После завершения статьи необходимо привести пристатейный библиографический список, т.е. список работ, цитировавшихся автором в представленном к публикации материале. В список не включаются Интернет-источники, нормативные акты, материалы судебной и следственной практики.

8. В конце статьи следует привести справку об авторе с указанием фамилии, имени, отчества, должности и места работы (учебы), ученой степени и (или) звания, а также полный почтовый адрес места работы. Эти сведения публикуются в журнале. В справке отдельно от вышеуказанных сведений также следует указать почтовый индекс, адрес, номер контактного телефона, e-mail. Эти сведения в журнале не публикуются и необходимы для связи сотрудников редакции с автором статьи.

9. Представляя текст работы для публикации в журнале, автор гарантирует правильность всех сведений о себе, отсутствие плагиата и других форм неправомерного заимствования в рукописи произведения, надлежащее оформление всех заимствований текста, таблиц, схем, иллюстраций. В случае если статья (материал) одновременно направляется в другое издание либо была опубликована ранее, автор должен сообщить об этом в редакцию при представлении 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 отправляет текст рецензии, а в случае отрицательной рецензии на представленную работу возвращает ее текст автору. Отрицательная рецензия является основанием для отказа в публикации текста представленной работы. Рецензии представляются редакцией по запросам авторов и экспертных советов ВАК Минобрнауки России.

12. Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

13. Гонорар за публикации не выплачивается (кроме случаев опубликования статьи, подготовленной по заказу редакции и в соответствии с заключенным договором). Автору предоставляется возможность получить бесплатный электронный вариант экземпляра журнала, а также печатный вариант журнала при условии возмещения расходов по его пересылке на указанный автором почтовый адрес.

14. Авторы передают редакции исключительное право на использование произведения следующими способами: воспроизведение статьи (право на воспроизведение); распространение экземпляров статьи любым способом (право на распространение); перевод статьи (право на перевод). Представление материала, поступившего в адрес редакции, является конклюдентным действием, направленным на возникновение соответствующих прав и обязанностей. Согласие автора на опубликование материала на указанных условиях, а также на размещение его в электронной версии журнала предполагается. При направлении статьи в редакцию автор вправе предварительно оговаривать исключительные (специальные) условия использования предоставляемого им произведения. Автор вправе отказаться от публикации предоставленных им материалов не позднее даты подписания соответствующего номера в печать.

15. В случае нарушения предъявляемых к оформлению требований материал может быть возвращен автору на доработку. Рукописи, направленные авторам на доработку, подлежат возврату в редакцию в рекомендованный срок. О внесенных изменениях автор должен сообщить в прилагаемом к рукописи письме. В случае несоблюдения автором предъявляемых требований редакция имеет право отказаться публиковать представленный автором материал с мотивированным объяснением причин такого отказа.

Сведения об авторах

АХПАНОВ Арстан Нокешевич – доктор юридических наук, профессор, член Научно-Консультативного Совета Верховного Суда Республики Казахстан, 010000, Республика Казахстан, г. Астана, левый берег реки Ишим, ул. № 1, д. 39.

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. Достык, д. 13.

ВИННИКОВ Алексей Вениаминович – кандидат технических наук, директор экспертно-переводческой организации «Открытый мир», г. Ростов-на-Дону, ул. Б.Садовая, д. 63.

ВОЛОДИНА Светлана Игоревна – кандидат юридических наук, профессор, адвокат, вице-президент Федеральной палаты адвокатов Российской Федерации, директор института адвокатуры Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина, 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ВОРОНОВ Александр Алексеевич – доктор юридических наук, профессор, адвокат Адвокатской палаты Воронежской области, профессор кафедры государственно-правовых дисциплин Воронежского филиала Российского нового университета, 394043, г. Воронеж, ул. Ленина, д. 73 а.

ВОРОНЦОВА Ирина Викторовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса Саратовской государственной юридической академии, 410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, д. 104.

ГАРАЕВ Ильнур Габдулахович – кандидат юридических наук, доцент кафедры финансового и административного права Института экономики, управления и права, 420111, г. Казань, ул. Московская, д. 42.

ГРАНАТ Максим Андреевич – кандидат юридических наук, юрист, г. Тольятти, ул. Фрунзе, 14 д, оф. 524.

ЕНИКЕЕВ Зуфар Иргалиевич – доктор юридических наук, профессор, Руководитель Секретариата Государственного Собрания – Курултая Республики Башкортостан, г. Уфа, ул. Заки Валиди, д. 46.

ЖДАНОВ Илья Николаевич – аспирант кафедры Международного и Европейского права юридического факультета Воронежского государственного университета, 394006, Россия, г. Воронеж, Университетская площадь, д. 1.

ЗАВГОРОДНИЙ Александр Васильевич – кандидат юридических наук, доцент, доцент кафедры трудового права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, 199034, г. Санкт-Петербург, наб. Университетская, д. 7-9.

КАСИМОВ Салават Фитратович – доктор исторических наук, профессор, главный научный сотрудник отдела этнополитологии Института этнологических исследований УНЦ РАН, 450077, г. Уфа, ул. К. Маркса, д. 6.

КИСЕЛЕВ Павел Петрович – адвокат, соискатель Института права Башкирского государственного университета, г. Уфа, ул. Достоевского, д. 131.

КОНИН Владимир Владимирович – кандидат юридических наук, доцент кафедры государственно-правовых дисциплин Калининградского филиала НОУ ВПО «Международный университет в Москве», адвокат Адвокатской палаты Калининградской области, 236016, г. Калининград, ул. Сергеева, д. 14, оф. 236.

КОПТЕВА Елена Александровна – старший консультант Института законодательства Верховной Рады Украины, 04053, г. Киев, пер. Нестеровский, д. 4, каб. 320.

КУЗНЕЦОВ Виктор Николаевич – кандидат исторических наук, доцент кафедры гражданского права Уральского государственного экономического университета, 620219, г. Екатеринбург, ул. 8 Марта, д. 62.

КУСАИНОВ Дауренбек Умирбекович – доктор философских наук, профессор кафедры социально-гуманитарных дисциплин Казахского национального педагогического университета им. Абая, 050010, Республика Казахстан, г. Алматы, пр. Достык, д. 13.

МАЗУР Екатерина Анатольевна – аспирант Российского государственного социального университета, г. Москва, ул. Вильгельма Пика, д. 4.

МАРТЫШКИН Василий Николаевич – заместитель председателя Верховного суда Республики Мордовия, судья высшего квалификационного класса, Почетный работник судебной системы, Заслуженный юрист Республики Мордовия, Республика Мордовия, г. Саранск, ул. А. Толстого, д. 21.

ПЕН Сергей Геннадьевич – кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовно-процессуального права и криминалистики Казахского гуманитарно-юридического университета, 010000, Республика Казахстан, г. Астана, шоссе Коргалдынское, д. 8.

РАГУЛИН Андрей Викторович – кандидат юридических наук, доцент, адвокат, руководитель центра исследований проблем организации и деятельности адвокатуры Евразийского научно-исследовательского института проблем права, 450059, Республика Башкортостан, г. Уфа, ул. Р. Зорге, д. 20.

РЯБЦЕВА Екатерина Владимировна – кандидат юридических наук, доцент, адвокат АК «Бородин и партнеры», 394018, г. Воронеж, ул. Кирова, д. 9.

САМИГУЛЛИН Венир Калимуллович – доктор юридических наук, профессор, профессор Восточной экономико-юридической гуманитарной академии, г. Уфа, ул. Мубарякова д. 3.

СИНЕОКИЙ Олег Владимирович – кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовного права юридического факультета Запорожского национального университета, 69063, г. Запорожье, ул. Жуковского, д. 66.

СТУДЕНЦОВ Александр Вячеславович – юрист, 220008, г. Минск, ул. Никифорова, д. 39.

СУЛТАНОВ Айдар Рустемович – начальник юридического управления ОАО «Нижнекамскнефтехим», 423574, Республика Татарстан, г. Нижнекамск, ОАО «Нижнекамскнефтехим».

ТРЕСКОВ Василий Ильич – кандидат политических наук, доцент, сотрудник Московской государственной юридической академии им. О.Е. Кутафина, 123995, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9.

ТУГЕЛ Ануар Курманбаевич – кандидат юридических наук, адвокат, председатель Республиканской коллегии адвокатов Республики Казахстан, 010000, Республика Казахстан, г. Астана, ул. Бейбітшілік, д. 6.

ТУКИЕВ Аслан Султанович – кандидат юридических наук, доцент, заместитель директора Центра судебных экспертиз Министерства юстиции Республики Казахстан, 010000, Республика Казахстан, г. Астана, ул. Орынбор, д. 8.

ХАЙРУЛЛИН Фарид Рустамович – аспирант Казанского (Приволжского) федерального университета, г. Казань, ул. Кремлевская, д. 6/20.

ХАРЧЕНКО Вадим Борисович – доктор юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовного, уголовно-исполнительного права и криминологии учебно-научного института права и массовых коммуникаций Харьковского национального университета внутренних дел, 61070, Украина, г. Харьков, ул. Академика Проскуры, д. 1 а.

About the authors

AKHPANOV Arystan Nokeshevich – doctor of juridical sciences, professor, member of the Scientific Advisory Board of the Supreme Court of the Republic of Kazakhstan.

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.

ENIKEEV Zufar Irgaliyevich – doctor of juridical sciences, professor, Head of the Secretariat of the State Meeting – Kurultai of the Republic of Bashkortostan.

GARAYEV Ilnur Gabdulhakovich – candidate of juridical sciences, associate professor of financial and administrative law of Institute of economy, management and law.

GRANAT Maxim Andreevych – candidate of jurisprudence, lawyer.

HAYRULLIN Fareed Rustamovich – post-graduate student of Kazan federal university.

KASIMOV Salavat Fitratovich – doctor of historical sciences, professor, chief researcher of department of ethnopolitical science of Institute of ethnological researches UNTs Russian Academies of Sciences.

KHARCHENKO Vadim Borisovich – doctor of juridical sciences, associate professor, head of the department of criminal, criminal-penal law and criminology in educational-scientific institute of right and communications of the Kharkov national university of internal affairs.

KISELYOV Pavel Petrovitch – advocate, competitor of Institute of the Law of the Bashkir state university.

KONIN Vladimir Vladimirovich – candidate of juridical sciences, associate professor of state and legal disciplines of the Kaliningrad branch of the International University in Moscow, advocate of Advocate`s chamber of the Kaliningrad region.

KOPTEVA Elena Aleksandrovna – senior consultant of Institute of the legislation of the Verkhovna Rada of Ukraine.

KUSAINOV Daurenbek Umirbekovich – doctor of philosophy, professor of chair of social and humanitarian disciplines of the Kazakh national pedagogical university.

KUZNETSOV Victor Nikolaevich – candidate of historical sciences, associate professor of civil law of the Ural state economic university.

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.

MASUR Ekaterina Anatolyevna – post-graduate student of the Russian state social university.

PEN Sergey Gennadyevich – candidate of juridical sciences, associate professor, Head of the Criminal Procedure Law and Criminology Department in Kazakh University of Humanities and Law.

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 of the Bar of the Republic of Bashkortostan «Muratov and partners».

RYABTSEVA Ekaterina Vladimirovna – candidate of juridical sciences, associate professor, advocate.

SAMIGULLIN Venir Kalimulloevich – doctor of juridical sciences, professor, professor of chair of state law of East economical and legal humanitarian academy.

SINEOKYJ Oleg Vladimirovich – candidate of juridical sciences, associate professor of the Criminal Law Chair of the Zaporizhzhye National University.

STUDENTSOV Alexander Vyacheslavovich – lawyer.

SULTANOV Aydar Rustemovich – chief of legal management of JSC «Nizhnekamskneftekhim».

TRESKOV Vasily Ilyich – candidate of political sciences, associate professor, employee of the Moscow State Legal Academy.

TUGEL Anuar Kurmanbayevich – candidate of juridical sciences, advocate, Chairman of the National Bar Association of the Republic of Kazakhstan.

TUKIYEV Aslan Sultanovich – candidate of juridical sciences, associate professor, Deputy Director of the Forensic Science Centre of the Ministry of Justice of the Republic of Kazakhstan.

VINNIKOV Alexey Veniaminovich – candidate of technical Sciences, director of the expert and translational organization «Open World».

VOLODINA Svetlana Igorevna – candidate of juridical sciences, associate professor, advocate, vice-president of the Federal Chamber of Advocates.

VORONOV Alexander Alekseevich – doctor of juridical sciences, professor, advocate, professor of chair of State Legal disciplines of the Voronezh branch of Russian New University.

VORONTOVA Irina Viktorovna – candidate of juridical sciences, associate professor of civil process of the Saratov state legal academy.

ZAVGORODNY Alexander Vasilyevich – candidate of juridical sciences, associate professor, associate professor of chair of labor law, law department of St. Petersburg State University.

ZHDANOV Ilya Nikolaevich – post-graduate student of chair of the International and European law of Law department of the Voronezh State University.