

# Вестник Московского университета

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ

Основан в ноябре 1946 г.

Серия 11 ПРАВО

№ 1 • 2015 • ЯНВАРЬ—ФЕВРАЛЬ

Издательство Московского университета

Выходит один раз в два месяца

## СОДЕРЖАНИЕ

Томсинов В.А. «Крымское право», или юридические основания для воссоединения Крыма с Россией .....	3
<i>Вопросы истории права</i>	
Полянский П.Л. Дело Шелковникова: к вопросу о разграничении компетенции российских церковных и светских органов в брачных делах в XIX в. ....	33
Лысенко О.Л. Каролина 1532 г. — памятник права средневековой Германии (цивилизационный подход к изучению) .....	52
<i>Проблемы конституционного и муниципального права</i>	
Усманова Р.М. Проблема отказа от муниципально-правовых норм в пользу иных социальных регуляторов .....	75
<i>Ученые юридического факультета Московского университета</i>	
Яблоков С.А. Д.Е. Василевский — ученый-юрист Московского университета первой трети XIX века .....	83
<i>Трибуна молодых ученых</i>	
Павлова Е.Ю. Освобождение от уголовной ответственности при изменении судом категории преступления .....	105
Новикова Е.А. Особенности достижения целей наказания при применении ограничения свободы .....	112
Зазирная М.М. Объект преступлений в сфере оборота порнографических материалов и предметов: история развития понятия в российском уголовном законодательстве .....	119
Иванова И.А. Уголовно-правовая охрана эмбриона человека в контексте реализации репродуктивных прав его родителей .....	127

## CONTENTS

Tomsinov V.A. "Crimean law" or legal basis for the reunification of the Crimea and Russia .....	3
<i>Issues of History of Law</i>	
Polanski P.L. Case Shelkovnikov: to the issue of delimitation of competences Russian church and secular bodies in matrimonial matters in the XIX century ...	33
Lysenko O.L. Carolina in 1532 — a monument of medieval German law (civilizational approach to the study) .....	52
<i>Issues of constitutional and municipal law</i>	
Usmanova R.M. The problem of refusal from the municipal legal norms in favor of other social regulators .....	75
<i>Scholars Law Faculty of the Moscow University</i>	
Jablokov S.A. D.E. Vasilevsky — legal scholar at Moscow University the first third of the XIX century .....	83
<i>Tribine for Young Scholars</i>	
Pavlova E.Ju. Exemption from criminal liability when changing the category of crime by the court .....	105
Novikova E.A. Achieving goal of punishment while applying restraint of liberty	112
Zazirnaya M.M. Concept of the object of crimes in the sphere of circulation of pornographic material and items: history of development in the Russian criminal law .....	119
Ivanova I.A. Criminal legal protection of human embryos in the context of reproductive rights of his parents .....	127

## МАТЕРИАЛЫ МЕЖДУНАРОДНОЙ НАУЧНО-ПРАКТИЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА МГУ имени М.В. ЛОМОНОСОВА «СУДЕБНАЯ РЕФОРМА В РОССИИ: ПРОШЛОЕ, НАСТОЯЩЕЕ, БУДУЩЕЕ» (25 ноября — 2 декабря 2014 г.)

**Гаджиев Г.А.**, судья Конституционного Суда РФ, профессор, научный руководитель ЮФ НИУ «Высшая школа экономики» (Санкт-Петербурге)

### РЕШЕНИЯ ВЫСШИХ СУДОВ РОССИИ КАК ОБЩЕСТВЕННЫЙ КАПИТАЛ

Сто лет назад экономика Российской Империи была одной из наиболее динамично развивающихся в мире. Историки и экономисты небезосновательно полагают, что этот результат имел одной из своих причин либеральные реформы Александра II. В острой конкурентной борьбе с мировыми державами Россия добилась выдающихся результатов в немалой степени и потому, что своевременный выбор в пользу рационализации, европеизации правовой системы позволил повысить юридическую капитализацию нашей страны. Что же собой представляет этот экономико-правовой феномен, какова роль высших судов в превращении права в важный для развития современной экономики общественный капитал, можно ли утверждать о необходимости расширения аналогического типа юридического мышления в процессе судебного правоприменения? Самым неожиданным образом ответы на эти животрепещущие вопросы можно найти в опыте судебной реформы середины XIX века.

1. Судебная реформа в России всегда рассматривалась как составная часть всего реформаторского процесса, которому время от времени подвергается общество для поддержания социального прогресса. К сожалению, оборотной стороной обновления всегда был сильный психологический стресс, а нередко и экономические потрясения и социальная дезинтеграция.

Реформы, предлагаемые в первой четверти XIX века графом Сперанским М.М., как известно, не состоялись, несмотря на то, что Александр I почти два десятилетия лелеял мечту облечь монархическую власть в конституционную форму.

То, что предлагал М.М. Сперанский, по своей сущности, было дальнейшей ускоренной европеизацией российского законодательства. Это была попытка подвергнуть государственное устройство евро-

пейской рациональности, которая к XIX веку возобладала в юриспруденции в Европе. Европейский вариант рациональности в праве — это логическая формальная рациональность. При этом юридическое мышление, лежащее в основе судебного правоприменения, опирается на аксиоматические общие нормативные основания, выходящие за пределы отдельных судебных дел. Формальная рациональность такого мышления состоит в том, что критерии принятия решений внутренне присущи правовой системе, опирающейся на длительную и методичную таксонометрию юридических понятий и принципов и применение особых правил юридической силлогистики.

Но, как справедливо заметил профессор Владимир Алексеевич Томсинов, неограниченность власти российского самодержца коренилась в характере сложившейся в обществе традиции управления страной. Главной отличительной чертой административной системы России, подмеченной и бароном Кюстином в его книге «Россия в 1839 году», являлась заложенная в ней как сознательными действиями правителей, так и объективными, исторически детерминированными факторами, — анархия<sup>1</sup>. Более всего она проявлялась в раздробленности, разобщенности отдельных частей управления, отсутствии связи между ведомствами, сложностью организации территориального управления. При таком характере русской администрации единственным институтом, связующим управленческие институты в систему, оказывалась власть самодержца, который имел возможность вмешиваться буквально во всё. Всякое упорядочение системы управления, основанное на разделении властей и специализации (как отраслевой, так и территориальной) управленческой функции, входило в противоречие с традиционной системой управления. Инерция традиции оказывалась сильнее энергии реформирования.

Проекты М.М. Сперанского, основанные на европейской правовой рациональности, не были поддержаны Александром I.

Ему принадлежит идея, которую эксплуатируют и сейчас. Александр I высказал её осенью 1820 года в беседе с французским послом на международном конгрессе в Троппау. Он сказал: «Я люблю конституционные учреждения и думаю, что всякий порядочный человек должен любить их, но можно ли вводить их безразлично у всех народов? Не все народы готовы в равной степени к их принятию». Суть идеи — в недоверии к народу, в убежденности его неподготовленности<sup>2</sup>.

Ту же мысль можно обнаружить и у знаменитого русского международника Леонида Алексеевича Камаровского. Камаровский признавал, что Россия является «особенным миром», что она, во всяком случае, отличается более от остальной Европы, чем отдельные её наро-

ды друг от друга. Данное отличие он объяснял не только обширностью России и её положением среди двух миров: европейского и азиатского, но и иными условиями её исторической жизни: принятием христианства не от Рима, а от Византии, многовековой её борьбой с азиатскими захватчиками, долгим обособлением от Европы и проч.

Говоря о правовой реформе 1864 года (а это точнее, чем судебная реформа, поскольку реформа процесса и судоустройства дополнялась реформой юридического образования), имея в виду, что одним из признаков интеллигентности является способность быть благодарным, необходимо добрым словом помянуть тех, кто без малого десять лет готовил реформы судоустройства и процесса ещё во время Николая I и при Александре II. Это государственный секретарь В.П. Бутков, главноуправляющий Второго отделения Его Императорского Величества Канцелярии Д.Н. Блудов, статс- секретарь Государственного Совета С.И. Зарудный и т.д.

Особенно хочется отметить роль Почётного члена и потомственного профессора Московского университета Константина Петровича Победоносцева. Вряд ли можно нам, юристам, воспринимать его сквозь призму односторонней оценки, данной ему Александром Блоком и Л.Н. Толстым. «Совиные крыла» — это далеко не всё юридическое наследие Победоносцева. Я не имею цели реабилитацию в общественном сознании его как политика, а только хочу обратить внимание на его вклад в разработку Устава гражданского судопроизводства. Попутно надо добрым словом помянуть и основателя Императорского училища правоведения в Санкт-Петербурге, которое закончил Победоносцев, — принца Петра Ольденбургского.

Позволю себе привести одну цитату: «Для того чтобы суд мог быть вполне самостоятельным и независимым, этими качествами должен обладать и каждый судья. Для судьи необходимо такое внешнее положение, в котором он мог бы совершать своё дело спокойно и беспристрастно, не подчиняясь ничьему личному влиянию... За действия свои по званию судьи он должен отвечать перед законом и судом, а не перед гневом и милостью начальника. Если начальник в иерархическом порядке администрации сохранит при себе право награждать и наказывать судью, отставлять и перемещать его по своему произволу, — в таком случае напрасно было бы ожидать от судьи независимости и добросовестности». Это — тоже Победоносцев<sup>3</sup>. В своей магистерской диссертации «О реформах в гражданском судопроизводстве» он опирался на достижения европейской науки и практики (в особенности он выделял ганноверский опыт).

Записки Победоносцева по судебной реформе не ограничивались его идеями по проекту Устава гражданского судопроизводства. Наи-

<sup>1</sup> В.А. Томсинов. Конституционный вопрос в России в 60-х — начале 80-х годов XIX века. М., 2013. С.72.

<sup>2</sup> Там же, с.84.

<sup>3</sup> В.А. Томсинов. Российские правоведы XVIII—XX веков: очерки жизни и творчества. М., 2007. С.368.

большой интерес имеют его неустаревшие общие, мировоззренческие установки. Именно они должны учитываться для того, чтобы понять «парадокс Победоносцева» — превращение его из либерального реформатора в консерватора. Они состоят в том, что при выработке Уставов надо использовать западный опыт, но при этом не игнорировать «особые условия», отличающие «экономический быт России от условий других, западных обществ («Уставы пишутся для России!»).

А.Э. Нольде, который специально исследовал роль Победоносцева в разработке судебной реформы, заметил, что не всегда достаточно ясно, в чем же состоят эти особенности отечественных условий, однако его убеждённые проповеди не остались без последствий. Члены комиссии, в которой обсуждались Уставы, включили это методическое воззрение в окончательную пояснительную записку: «Уставы пишутся для России, а отечественные условия имеют особенности, которые необходимо постоянно учитывать». «Все это не могло не способствовать, — писал Нольде, — сохранению за Уставом его оригинальности и независимости от излишнего подражания заграничным образцам»<sup>4</sup>.

2. Прошло более чем сто лет после того, как были высказаны эти соображения, которые сейчас кажутся в общем-то банальными. Но тема «особенности России» по-прежнему в центре внимания. Поскольку она имеет непосредственное отношение к текущей правовой реформе России, остановлюсь на ней подробнее. Обычно особенность России видят в ее огромных просторах, в традиции коллективизма. Кто-то в связи с этим говорит, что у нас гипертрофировано чувство исторического одиночества. Напомню идею замечательного русского философа права Владимира Вениаминовича Бибихина: говоря о «нашем Востоке Европы», он, обсуждая отличия России от Запада, заметил, что имеется в виду не реальный Запад с его противоречиями, а воображаемый, идеализируемый нами же самими.

Если иметь в виду структуру правосознания, то у россиян, возможно, действительно есть особенности в отношении к частной собственности. Академик Сагдеев, читая лекцию студентам в Высшей школе экономики, утверждал, что российские юристы сейчас призваны «обеспечить неприкосновенность награбленной собственности». Мне кажется, этот призыв в России не будет популярен.

Но и укоренение в нашем сознании идеи, что частная собственность не приживётся на нашей почве, неплодотворно.

Лев Толстой в своих записках о том, что он увидел во сне, высказал удивительное пророчество о русской революции. Он записал, что русская революция не будет против царя и деспотизма, а против земельной собственности. Мысль его состояла в том, что революция будет против частной собственности, для того, чтобы «вся земля оста-

лась наша». Привязанность к земле такова, что она вся наша, поэтому никому её в собственность не отдадим и сами тоже не возьмём<sup>5</sup>.

Это традиционное состояние сознания подметил и барон Кюстин, который писал: «Во многих областях империи крестьяне считают, что принадлежат земле, и такое положение дел кажется им совершенно естественным... Во многих других областях крестьяне думают, что земля принадлежит им»<sup>6</sup>.

Коллективизация 1929 года восстановила туманную принадлежность крестьян земле. Если вспомнить, что и сейчас большая часть земли находится в общей доленой собственности, что земельные доли — это не реальная земля, а доли в праве общей собственности, то можно, прибегнув к некоторому, возможно, преувеличению, утверждать, что право частной собственности укореняется в России с большим трудом.

Это часть российской цивилизации — очень специфическая концепция частной собственности! Право собственности у всех под вопросом!

Боюсь впасть в грех преувеличения, но, возможно, поэтому наша традиция состоит в том, что она может переварить и переработать любой западный правовой опыт, изменив его. Вспомним ироничные слова Василия Ключевского о мудрых российских реформаторах, которые были так увлечены, наблюдая за тем, как реформы изменяют русскую старину, что не замечали, как русская старина изменяет реформы.

Профессор А.А. Дорская подготовила книгу об истории российских правовых реформ, подметив, что почти все они — и во времена Петра, и во времена Александра II, и при Керенском, и при Ленине, и при Ельцине развивались по одной и той же логике, которую социологи называют трансгрессией (преодолением), то есть с желанием снести, разрушить всю предшествующую правовую структуру (с чередующимися стадиями правового романтизма и скептицизма)<sup>7</sup>.

По моему мнению, все правовые реформы в России имели своей целью ускоренную европеизацию правовой системы.

Реформы Александра II носили поворотный характер — Россия стала частью правовой Европы, и в этом состоит сейчас её правовая идентичность. За последние 20 лет российская цивилизация стала сотрудничать, Европа стала гораздо более однородной, не утратив черт странового культурного релятивизма. Вместе с тем сейчас мы наблюдаем и реакцию на это ускоренное сближение, которое выражается английским термином *back lash* — это что-то вроде обострённой реакции в виде страха на политические события. В правовой сфере эта реакция проявляется во взаимоотношениях национальных высших судебных

<sup>5</sup> См.: В.В. Бибихин. Введение в философию права. М., 2005. С.44.

<sup>6</sup> Там же, с.46.

<sup>7</sup> Дорская А.А. Правовые реформы о России: типология, логика развития, критерии. Санкт-Петербург, 2014.

<sup>4</sup> К.П. Победоносцев. Юридические произведения. М., 2012. С.8.

инстанций с органом наднациональной юстиции, с Европейским судом по правам человека.

Итак, Россия в правовом отношении, безусловно, является частью европейской цивилизации. Реформа 1864 года лишь подтвердила исторический выбор нашей страны. Причём при этом не было настоящей развилки: идти ли в сторону правовой системы стран общего права, либо — в сторону стран гражданского права. Россия следует континентальной правовой традиции.

3. Являются ли судебные решения в России только правоприменительными актами, или же возрастание значения аналогической судебной аргументации свидетельствует о том, что высшие суды принимают участие в нормообразовании? Является ли использование судами аргументации по аналогии вредным и опасным вирусом? Игорь Матвеевич Тютрюмов, обер-прокурор Второго Департамента Правительствующего Сената, в своей книге «Законы гражданские», изданной в 1911 году, дает информацию о законах гражданских прежде всего сквозь призму Разъяснений Правительствующего Сената.

Недавно в издательстве Высшей школы экономики издана книга основоположника висконсинской школы институциональной экономики Джона Коммонса «Правовые основания капитализма»<sup>8</sup>. В ней он пишет о том, какую важную роль имеет судебное нормотворчество в США для развития экономики. Он доказывает, что успех американского капитализма во многом объясняется тем, что Верховный Суд США принимал важные решения, имеющие огромные экономические последствия. Сумма этих решений составляет ту правовую инфраструктуру, которая является питательной средой для быстрого развития экономики. Это и есть юридическая капитализация с помощью судов. Ничто так не способствует экономическому развитию, как экономически рациональные судебные акты Верховного Суда США. Судебные решения, наряду с законами, образуют так называемый «общественный капитал», благодаря которому, то есть с учетом этой юридической капитализации, страны выигрывают в экономической конкуренции в мире.

Для того чтобы положить начало новой судебной доктрине, американский или канадский, австралийский судья может сослаться на общепринятые принципы, на политическую и социальную необходимость, на экономическую рациональность — иначе говоря, на проблемы, которые принимаются во внимание в Европе законодателем в процессе осуществления политики права.

Вряд ли в современной России российский судья может позволить себе решать политико-правовые проблемы в полном объёме. Есть в этом немало рисков, связанных с общим культурным пространством

в России. Поэтому невозможно быстро осуществить сейчас так называемую «прецедентную революцию», начало которой обычно связывают с известной речью Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации А.А. Иванова о прецедентах<sup>9</sup>. По всей видимости, должна быть в этом сложном процессе перенастройки юридического мировоззрения разумная осторожность. О ней писал Председатель Конституционного Суда Российской Федерации профессор В.Д. Зорькин в одной из своих последних статей<sup>10</sup>.

Имея в виду речь А.А. Иванова, В.Д. Зорькин предупреждает о рискованности попыток внести в российскую нормотворческую практику элементы англосаксонского прецедентного права. Различия между этой системой и кодифицированной континентальной (прежде всего германской) системой права являются не просто формальными, а существенными, поскольку отражаются в специфике мышления юристов — от законодателя до правоохранителя и от адвоката до прокурора. Эти различия, замечает В.Д. Зорькин, требуют принципиально иной организации всего юридического процесса — от разработки законов до их повсеместного применения и предварительного издания (и организации сложных систем использования прецедентных доказательственных баз). И эти различия требуют немалого времени для того, чтобы правоприменение в рамках новой правовой системы могло быть признано справедливым и легитимным массовым российским сознанием. По мнению В.Д. Зорькина, любые попытки решительно прививать к российской континентальной системе англосаксонские юридические побег — неоправданны и разрушительны, поскольку неизбежный при таких «прививках» «переходный период» обязательно хотя бы отчасти хаотизирует и ослабит (и без того далёкую от совершенства) российскую систему правоустановления и правоприменения.

Если я правильно понял В.Д. Зорькина, будущее российской идеи права не исключает частичное поэтапное восприятие судебного нормотворчества, вся проблема — в выборе темпов этого продвижения. Конституционный Суд Российской Федерации в Постановлении от 21 января 2010 г. № 1-П признал, что осуществление высшими судами правомочия давать разъяснения по вопросам судебной практики объективно не может не основываться на вырабатываемых ими правовых позициях, содержащих толкование разъясняемых положений законодательства. Нельзя отрицать право, как минимум высших судов, давать на основе обобщения судебной практики абстрактное толкование

<sup>9</sup> 11.06.2014. Выступление Председателя Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации на Третих Сенатских Чтениях в Конституционном Суде Российской Федерации, 19 марта 2010 г. «Речь о прецеденте». <http://www.arbitr.ru/press-centr/news/speeches/27369.html>

<sup>10</sup> См.: В.Д. Зорькин. Экономика и право: новый контекст. «Российская газета», 22 мая 2014 г.

<sup>8</sup> Джон Р. Коммонс. Правовые основания капитализма. М., 2011.

применяемых норм права и формулировать соответствующие правовые позиции.

Однако, поддержав стратегическую линию, Конституционный Суд Российской Федерации обращал внимание и на важность постепенности и осторожности при внедрении квазипреcedентных начал. В Постановлении от 5 марта 2013 г. № 5-П, в развитие правовой позиции, содержащейся в Постановлении от 24 мая 2001 г. № 8-П, Конституционный Суд Российской Федерации указал на то, что изменение законодателем ранее установленных правил, оказывающее неблагоприятное воздействие на правовое положение лиц, которых оно затрагивает, должно осуществляться таким образом, чтобы соблюдался принцип поддержания доверия граждан к закону и действиям государства, предполагающий сохранение разумной стабильности правового регулирования и недопустимость внесения произвольных изменений в действующую систему норм, а также в случае необходимости предоставления гражданам возможности, в частности посредством временного регулирования, в течение разумного переходного периода адаптироваться к вносимым изменениям. Соблюдение данного принципа — при отсутствии должной нормативной определённости правового регулирования — имеет существенное значение и для обеспечения единства правоприменительной практики в рамках установленной статьями 126 и 127 Конституции Российской Федерации компетенции Верховного Суда Российской Федерации и, до недавнего времени, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

Целесообразно обратить внимание на ценность мысли профессора Зорькина о том, что различия между англосаксонским прецедентным правом и кодифицированным континентальным правом являются не просто формальными, а сущностными, поскольку отражаются в специфике юридического мышления. Развивая эту мысль, необходимо со всей серьёзностью заняться изучением структуры юридического мышления как объекта юридической гносеологии, являющейся частью философии права. Объектом научного исследования должно стать само юридическое мышление. По сути дела, это способ самопознания в юриспруденции, когда исследованию должны подвергаться не внешние для права объекты (субъективные права, федерализм, разделение властей и т.д.), а особенности мыслительных процессов, используемых при их изучении. И эти особенности вовсе не ограничиваются основными законами формальной логики. Всегда ли этот мыслительный процесс у нас рационален? В этом была суть исследовательского проекта, намеченного Е.В. Спекторским в его вступительной лекции, прочитанной ровно 100 лет назад, 16 сентября 1914 г., в Университете Св. Владимира в Киеве. Он говорил о том, что вместо руководства к познанию законодательства гносеология права должна быть руководством к познанию познания законодательства.

Легко просто рецептировать уже готовые правовые нормы. Нормы, формулировки нашей Конституции практически не отличаются от западных аналогов. И у нас, и на Западе признаётся юридическая свобода экономической деятельности, но значит ли это, что это одинаковая свобода, либо она подвержена влиянию множества факторов? Наши юридические представления об экономической свободе нельзя просто перенести из иностранного законодательства, мы их должны проверить на собственном опыте, найти своё сбалансированное сочетание различных интересов — публичных и частных. Очень хочется сразу получить всё, всё и сейчас, но в правовом развитии есть этапы, через которые надо пройти. Хочется во всём полагаться на свободу договора, на инициативных частных собственников, но государству приходится иметь дело не только с добросовестными предпринимателями, но и с сонмищем юридических «мёртвых душ», фирм-однодневок, которые создаются не для реальной предпринимательской деятельности, а для проведения мошеннических схем. Моё поколение юристов, прожившее и получившее образование в условиях социализма, а потом познавшее режим капитализма, обладает ценным человеческим опытом. Как минимум, у нас должен выработаться иммунитет к юридическим утопиям, вредной мечтательности, бессознательной вере в то, что западные правовые ценности без каких-либо поправок пригодны для наших условий. В общем, мы должны обладать полезной иронией, прагматизмом и бесконечным оптимизмом. Всё это позволит усилить энергию сопротивления утопическим и насильственным попыткам избрать такие революционные темпы правового развития, которые шокируют и дезорганизуют субъектов права. Авторы статьи об адаптации опыта систем прецедентного права в России также ратуют за постепенность<sup>11</sup>. Нам сейчас нужны трезво мыслящие юристы. Юридическая капитализация страны должна опираться на рациональное юридическое мышление, избавленное от мистики, убеждённости в неспособности российского народа к реформам и от предрассудков, выдаваемых за исторические традиции.

Что же касается «прецедентной революции» в России, то надо продолжить формирование правовых позиций высших судов. Это — магистральный путь по созданию своеобразного общественного капитала в виде совокупности разумных судебных правоприменительных и одновременно правотворческих решений.

Необходимо освоить методику судебной аналогической аргументации и не допускать преждевременного использования аналогической правоприменительной аргументации органами исполнительной власти.

<sup>11</sup> См.: *Архипов В.В., Поляков А.В., Тимошина Е.В.* Адаптация опыта систем прецедентного права. / Правоведение. 2013, № 3. С.133.

Очередной раз оказавшись в своём историческом развитии на развилке, мы должны извлечь уроки из судебных и правовых реформ Александра II. Недавно я взял в библиотеке Конституционного Суда РФ двухтомник «История Правительствующего Сената». С самого начала меня поразило то обстоятельство, что книгу никто никогда не читал, в ней оказались неразрезанные страницы! А ведь это некая метафора нашего отношения к собственной правовой истории. Из статей барона Нольде, В.А. Арцимовича, И.М. Тютрюмова мне стало ясно, что в последней четверти XIX века в правовой системе России происходили почти такие же процессы, что и сейчас в России. Я имею в виду преобразования Правительствующего Сената, образование в нём двух Кассационных Департаментов и последующее затем активное судебное нормотворчество. Как и тогда, так и сейчас, в XXI веке, оно оказалось объективно востребованным. Вспомним, что собой представляет русское законодательство после кодификации графа Сперанского. Взять в качестве примера хотя бы том X (1 часть) Свода законов Российской Империи о праве гражданском. Это было бессистемное, хаотичное, фрагментарное и противоречивое нагромождение гражданско-правовых норм. В начале 90-х годов прошлого века, после принятия новой Конституции России, страна также оказалась в состоянии, когда новые конституционные нормы вступили в противоречие почти со всем массивом текущего законодательства. Как и Правительствующий Сенат в XIX веке, Конституционный Суд России объективно вынужден был заняться судебным нормотворчеством. В Правительствующий Сенат перешли работать в качестве сенаторов умные и прогрессивные чиновники — те, которые и готовили Судебную реформу 1864 года. Это С.И. Зарудный, Н.А. Буцковский, Д.А. Ровинский, В.А. Арцимович, Н.А. Милютин, которые, продолжая реформаторскую деятельность в качестве высших судей, придали Правительствующему Сенату совершенно иной облик — облик Высшего Кассационного Суда. По сути, можно наблюдать, как благодаря тому, что у этих судей объективно происходил процесс масштабирования их профессионального честолюбия, этот процесс, дополненный полным доверием к своим сотрудникам со стороны Александра II, привёл к тому, что совершился очень важный переворот: решения Кассационных Департаментов Правительствующего Сената приобрели качество окончательных судебных решений и их перестали направлять на утверждение Императора, который был единственным законодателем в стране, как это было со времён образования Сената. Немаловажно и то, что Александр II понимал, что нельзя отставать в конкурентной борьбе правовых систем. Этим обстоятельством, видимо, можно объяснить то, что при организации работы двух Кассационных Департаментов Сената был заимствован опыт только что появившихся во Франции кассационных судов, которые в процессе проверки законности решений нижестоящих

судебных инстанций не перепроверяют фактические обстоятельства, занимаясь только вопросами права. Из этой деятельности Кассационных Департаментов объективно возникло свободное толкование явно устаревших нормативных текстов. Так, в результате судебных реформ Александр II в государственном устройстве Российской Империи появились рациональные европейские начала в виде независимого самостоятельного суда. Именно с этого момента в русской истории и следует вести отсчёт появления института разделения властей в русском конституционном праве. Обратим внимание на то, что оно появилось в результате самоограничения так называемого «единоличного начала». Следующим логическим шагом должно было быть введение сословного представительного органа, прообраза парламента, который должен был появиться по проектам министра внутренних дел Лорис-Меликова. Но жизнь Александра II оборвалась в результате террористического акта, который был задуман и использован для того, чтобы сохранить «единоличное начало». Запоздалые решения, принятые уже Николаем II, послужили одной из причин революции 1917 года.

Эти события поневоле заставляют задуматься о роли конституционного права в русской конституционной истории. В моём представлении, конституционное право по-своему универсально. Это юридический опыт человечества по организации общих дел, закодированный, зашифрованный в виде своего рода стенографических знаков. Разделение властей, уважение достоинства человека властью, верховенство прав, суверенитет народа, религиозные или экономические свободы и так далее — это важнейшие юридические символы, которые обозначают глубокие и сложные теоретические и судебные концепции. Как и всякий объективно сформировавшийся в социальной жизни опыт, в символической форме в конституционном праве кроются объективные закономерности. И горе тому, кто осмеливается их не признавать, ибо конституционное право мстительно.

В подкрепление этой своей, возможно, ошибочной, догадки поделюсь своим личным опытом и наблюдениями о таком важном для нашей страны элементе государственного устройства, каким является принцип федерализма.

Конституционные нормы о принципе федерализма (ст. 5 Конституции) и о федеративном устройстве (глава 3) относятся к числу наиболее политизированных. При их обсуждении возникали серьёзные конфликты. Надо вспомнить атмосферу начала 90-х годов XX века. На наших глазах и с нашим участием распалось федеративное государство — Союз Советских Социалистических Республик. Причём распалось в соответствии с процедурами, предусмотренными Конституцией СССР, статья 73 которой предусматривала, что за каждой союзной республикой сохраняется право свободного выхода из СССР. Норма о праве выхода законодательно закрепляла принцип добровольности

не только в отношении объединения республик в Союз ССР, но и в отношении их нахождения в нём. Причём это право республик носило безусловный характер и для его осуществления не требовалось согласия высших органов государственной власти ни Союза ССР, ни других союзных республик.

А в статье 76 Конституции СССР утверждалось, что союзная республика — это суверенное советское социалистическое государство, которое объединилось с другими советскими республиками в Союз Советских Социалистических Республик. Какой невероятный исторический парадокс! В тоталитарном государстве, предельно централизованном, с жёсткой властью коммунистической партии — и право сецессии! Как же это произошло, что в Конституции СССР было закреплено такое опасное, да и ошибочное с точки зрения современных концепций федерализма право республик? Я думаю, что история злорадно посмеялась на нами, над нашим отношением к конституционному праву, над нашим самодовольством, самоуверенностью в своей непогрешимости и преимуществах советского государственного права.

И из этого надо извлечь самые серьёзные уроки, преподнесённые нам нашей историей. Тем более что они нам дались невероятно, баснословно высокой ценой — ценой распада огромного государства, которое внесло огромный вклад в цивилизационные процессы.

Начну с нашего отношения к собственному государственному праву. Я учился в начале 70-х годов на юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова. Государственное право нам преподавал профессор Л.Д. Воеводин. Я помню его лекции, на которых он убеждённо доказывал, что в СССР, в соответствии с интересами советского народа и в целях укрепления социалистического строя, гражданам гарантируются свободы слова, печати, собраний, митингов, уличных шествий и демонстраций. Леонид Дмитриевич был честным человеком, но как-то его слова не убеждали, потому что все студенты знали, чем закончился в 1968 году выход на Красную площадь в Москве группы интеллигентов, протестовавших против ввода советских войск в Чехословакию. А когда на третьем курсе надо было определяться со специализацией, я помню, с каким недоумением я воспринял решение одногруппницы, блестящей московской студентки, отличницы Саши Покровской пойти на кафедру государственного права и советского строительства. Как, думал я, можно серьёзно относиться к этим юридическим нормам в Конституции СССР? Это же так, для видимости, обманка, это же чтобы, как говорят, пустить пыль в глаза, на самом же деле в жизни всё не так! И это моё отношение к Конституции было весьма типичным среди советских юристов. Именно поэтому они и не видели большой проблемы в том, чтобы продекларировать в Конституции СССР право на сецессию республик. «Кто же серьёзно попытается его

использовать, — думали в 1977 году разработчики конституционного текста, — когда у власти была всесильная КПСС!» И это была непротестительная небрежность, граничащая с некомпетентностью. Да и как ей было не взяться, если мы сами отгородились от мира, практически ничего не знали о современном конституционном праве.

Только какие-то отголоски того, о чём спорят современные конституционалисты Германии, Франции, США, доносились до нас, студентов, благодаря вольнолюбивым лекциям единственного либерального профессора на кафедре государственного права профессора Августа Алексеевича Мишина. Я помню его выступление перед студентами в общежитии МГУ на Ленинских горах о поездке в Бельгию, его язвительные и едкие высказывания в адрес советской системы, сделанные с помощью эзоповского языка. Какое же, однако, огромное значение имеет преподавание конституционного права в университетах! Из критического духа профессора Мишина появился мой интерес к современной западной конституционно-правовой доктрине.

Теперь что касается уровня советской научной доктрины государственного права. Я думаю, что, отгородившись идеологической железной занавесью, мы в СССР сами вырыли себе яму. Уже в середине XX века была выработана теория федеративного государства, исключающая возможность признания субъектов федерации государствами, и тем более — признания их суверенными. Только в таком случае федеративное государство можно считать единым государственным образованием. Мы же высокомерно утверждали преимущества Советской Конституции и критиковали конституции буржуазных государств с федеративным устройством, в которых нет права членов федерации на выход (сецессию). При этом наши учёные доказывали, что буржуазные федеративные государства, в отличие от СССР, не в состоянии решить так называемый национальный вопрос, который успешно решён Советской властью. Прошло десять лет — и мы все увидели, как был решён национальный вопрос в СССР! Из этого я извлёк для себя урок — надо очень серьёзно и глубоко изучать достижения современной западной конституционно-правовой мысли, без этого невозможно заниматься российским конституционным правом.

Нельзя запаздывать с проведением рациональных, продуманных и тщательно подготовленных правовых преобразований, не забывая о своей исторически сложившейся правовой идентичности.

Явно неразумно не доверять своему народу, укрываясь тезисом о его исторически сложившейся традиционности. Народ будет доверять своему государству, если только государство поверит в достоинства своего народа.

Правовая система России нуждается в ускоренной юридической капитализации, используя возможность судебного нормотворчества. Вместе с тем нельзя надеяться на модернизацию в короткие сроки,

ибо юридическое сознание консервативно и не подвержено быстрым изменениям.

Наконец, необходимо избавляться от во многом утопических юридических представлений, являющихся проявлениями «поверхностного либерализма». Как хорошо написала современная русская поэтесса Вера Полозкова:

Помни, что ни чужой войны, ни дурной молвы, ни злой немочи, ненасытной, будто волчица — ничего страшнее тюрьмы твоей головы никогда с тобой не случится.

Нельзя запаздывать с проведением рациональных, продуманных и тщательно подготовленных правовых преобразований, не забывая о своей исторически сложившейся правовой идентичности современной западной конституционно-правовой доктрине задуматься о роли конституционного права в русской конституционной истории.

В моем представлении, конституционное право по-своему универсально. Это юридический опыт человечества по организации общих дел, закодированный, зашифрованный в виде своего рода стенографических знаков.

В последней четверти XIX в. в правовой системе России происходили почти такие же процессы, что и сейчас в России. Я имею в виду активное судебное нормотворчество

Необходимо освоить методику судебной аналогической аргументации и не допускать преждевременного использования аналогической правоприменительной аргументации органами исполнительной власти.

Что же касается «прецедентной революции» в России, то надо продолжить формирование правовых позиций высших судов. Это — магистральный путь по созданию своеобразного общественного капитала в виде совокупности разумных судебных правоприменительных и одновременно правотворческих решений.

Юридическая капитализация страны должна опираться на рациональное юридическое мышление.

Нельзя отрицать право, хотя бы высших судов, давать на основе обобщения судебной практики абстрактное толкование применяемых норм права и формулировать соответствующие правовые позиции.

Судебные решения наряду с законами образуют так называемый «общественный капитал», благодаря которому, т.е. с учетом этой юридической капитализации, страны выигрывают в экономической конкуренции в мире.

Итак, Россия в правовом отношении, безусловно, является частью европейской цивилизации. Реформа 1864 г. лишь подтвердила исторический выбор нашей страны. При этом не было настоящей раз-

вилки: идти ли в сторону правовой системы стран общего права либо в сторону стран гражданского права — *Россия следует континентальной правовой традиции.*

Реформы Александра II носили поворотный характер — Россия стала частью правовой Европы, и в этом состоит сейчас ее правовая идентичность.

Но тема «особенности России» по-прежнему в центре внимания. Поскольку она имеет непосредственное отношение к текущей правовой реформе России, своевременный выбор в пользу рационализации, европеизации правовой системы позволил повысить юридическую капитализацию нашей страны.

Формирование правовых позиций высших судов— это магистральный путь по созданию своеобразного общественного капитала.

В статье раскрывается и значение судебного правотворчества. По мнению автора, все правовые реформы в России имели своей целью ускоренную европеизацию правовой системы. в этом процессе роль высших судов в превращение используя возможность судебного нормотворчества. Это — магистральный путь по созданию своеобразного общественного капитала.

На примерах из истории и современной действительности раскрывается такой феномен, как юридическая капитализация страны, т.е. превращение права в важный общественный капитал. А также раскрывается осуществляя правовые реформы нельзя забывать о своей исторически сложившейся правовой идентичности. мы должны извлекать уроки из судебных и правовых реформ Александра II.

Россия в правовом отношении, безусловно, является частью европейской цивилизации.

**Е.А. Борисова**, доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского процесса юридического факультета МГУ\*

## РЕФОРМА ГРАЖДАНСКОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА В РОССИИ: УРОКИ ИСТОРИИ<sup>1</sup>

*В статье рассматриваются вопросы истории, теории, практики реформирования российского гражданского судопроизводства, анализируются основные положения Устава гражданского судопроизводства, их влияние на современный гражданский процесс, гражданское процессуальное законодательство.*

**Ключевые слова:** судебная реформа, судебные уставы 20 ноября 1864 г., Устав гражданского судопроизводства, гражданское судопроизводство, принципы, судостроительство, единый Гражданско-процессуальный кодекс.

*The article considers the questions of history, theory, practice, reform of the Russian civil procedure, analyzes the major provisions of the Charter of civil procedure, their influence on modern civil process, civil procedural law.*

**Keywords:** judicial reform, legal statutes of November 20, 1864, civil proceedings, principles, judicature, uniform Code of Civil Procedure.

150 лет назад 20 ноября 1864 г. императором Александром II был подписан указ Правительствующему сенату об обнародовании Судебных уставов, среди которых был и Устав гражданского судопроизводства (далее также — УГС). С этого времени начинается «новая эра в юридическом развитии России»<sup>2</sup>.

Идея о реформировании судопроизводства не была новой для российских правителей. Например, в начале XIX в. Комиссией составления законов (образованной в 1796 г.) были подготовлены законопроекты, направленные на коренное изменение судостроительства и гражданского судопроизводства. В 1804 г. Комиссия приняла основные начала судостроительства, утвержденные 24 мая 1805 г. императором Александром I. Согласно плану судостроительства, многочисленные апелляции упразднялись и вместо шести судебных инстанций устанавливалось три.

\* eaborisovaea@gmail.com

<sup>1</sup> В статье изложены основные положения доклада на объединенном пленарном заседании ХУ Ежегодной международной научно-практической конференции юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова «Судебная реформа в России: прошлое, настоящее, будущее».

<sup>2</sup> Васильковский Е.В. Учебник гражданского процесса. М., 2003. С. 8.

В 1814 г. Комиссией был подготовлен проект Устава гражданского судопроизводства, который обсуждался в Министерстве юстиции и Государственном совете в 1821—1824 гг. В данном проекте нашли свое воплощение идеи гласности, состязательности, инициативы заинтересованных лиц и самостоятельности суда. По результатам обсуждения в Государственном совете в 1824 г. проект Устава принят не был.

В 1828 г. рассматривался проект судебного устройства, подготовленный М.А. Балугьянским. В основу судебного преобразования предлагалось положить два главных начала: 1) самостоятельность суда и независимость судей, 2) создание трехинстанционной судебной системы во главе с Сенатом, который не решал бы дел по существу, а был бы «верховным блюстителем закона»<sup>3</sup>. Этот проект получил положительный отзыв, а М.А. Балугьянский удостоился выражения Высочайшего благоволения.

Составленный к 1832 г. Свод законов Российской империи не оказал существенного влияния на порядок производства гражданских дел в судах. В 1848 г. «Государю Императору Николаю I благоугодно было повелеть заняться ...изготовлением проекта устава гражданского судопроизводства. ...Его Величество повелеть соизволил: не ограничиваясь отдельными исправлениями некоторых правил судопроизводства гражданского, составить полный проект нового устава»<sup>4</sup>.

Дальнейшие работы по реформированию судопроизводства и подготовке нового устава велись в царствование Александра II и завершились в 1864 г. принятием Устава гражданского судопроизводства<sup>5</sup>.

История реформы гражданского судопроизводства может свидетельствовать о том, что основные начала нового суда были «не ветром занесены, а явились плодом трудного и долгого, быть может, слишком долгого назревания»<sup>6</sup>.

Результат реформирования превзошел все ожидания. Уже в первое десятилетие действия судебных уставов стало очевидным, что «слово делом оправдалось». Когда судебное преобразование сделалось достоянием значительной части Европейской России, число гражданских дел, рассмотренных новыми судами, превысило один миллион. В первые 25 лет УГС, «спокойно двигаясь, не подвергался роковым крушениям». Как отмечалось в юридической литературе, «если окинуть взором четверть века, прожитую нашим уставом гражданского судопроизводства, то приходишь к тому, что это один из наиболее

<sup>3</sup> Подробнее о проекте М. Балугьянского см.: Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов: В 2 т. Т. 1: Устав гражданского судопроизводства / Под ред. Е.А. Борисовой. М., 2014. § 3, гл.1; § 2 гл. 7; гл.8.

<sup>4</sup> Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч. 1. Спб., 1867. С. 13—14.

<sup>5</sup> Подробнее см.: Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов. Т. 1.

<sup>6</sup> Коркунов Н.М. М.А. Балугьянский: Проект судебного устройства 1828 г. // Журн. Министерства юстиции. 1895. № 11—№ 12. С. 8.

счастливых судопроизводственных актов. Не говоря уже о том, что он не был (потому что не мог быть) ареной политических страстей, он в течение четвертьвекового своего существования в общем не регрессировал. Если оставить в стороне некоторые частности, то придется признать, что и рикошетных ударов от изменений в других областях он не испытал...»<sup>7</sup>

В 1899 г. был подготовлен проект новой редакции УГС с объяснительной запиской к нему<sup>8</sup>. По оценке Е.В. Васьковского, «в области гражданского процесса комиссия предложила действительно полезные изменения»<sup>9</sup>. Таким образом, вслед за современниками судебных преобразований второй половины XX в. можно утверждать, что УГС 1864 г. «имеет неоспоримые права на благодарность общества», потому что «вышел из честного стремления дать русскому народу прочные залогом правосудия»<sup>10</sup>; является «законодательным и умственным памятником, который должен служить в отдаленном потомстве величайшей честью того времени»<sup>11</sup>.

В настоящее время УГС может и должен служить маяком в современном реформировании гражданского судопроизводства<sup>12</sup>.

Чем же заслужил Устав гражданского судопроизводства благодарность современников и пристальное внимание потомков? Для ответа на этот вопрос необходимо обратиться к тем положениям, которые стали основой УГС.

К главным началам, определявшим всю российскую систему судостройства и гражданского судопроизводства, были отнесены: отделение судебной власти от исполнительной; введение по гражданским делам состязательного процесса; гласность судопроизводства; введение в гражданское судопроизводство «словесной системы» (устной формы); решение гражданских дел по существу только в двух инстанциях; кассационное рассмотрение окончательных судебных решений в случае явного нарушения или неправильного применения закона<sup>13</sup>. Основные положения гражданского судопроизводства получили свое развитие в общих положениях (ст. 1–28) Устава гражданского судопроизводства.

<sup>7</sup> Гольмстен А.Х. Первое двадцатипятилетие Устава гражданского судопроизводства (1864–1888 гг.) // Юридические исследования и статьи. СПб., 1894. С. 381, 392.

<sup>8</sup> См., напр.: Рошковский Л. Объяснительная записка к проекту новой редакции Устава гражданского судопроизводства. СПб., 1900. Т. 2.

<sup>9</sup> Васьковский Е.В. Курс гражданского судопроизводства. М., 1913 С. 17.

<sup>10</sup> Дмитриев Ф.М. Судебная реформа // Соч. Т. 2: Статьи и исследования. М., 1900. С. 543.

<sup>11</sup> Васьковский Е.В. Курс гражданского судопроизводства. С. 16.

<sup>12</sup> Подробнее см.: К 150-летию судебной реформы: комментарии экспертов // Закон. 2014. № 11. С. 18–28.

<sup>13</sup> Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч. 1. С. XI–XV.

Согласно УГС всякий спор о праве гражданском подлежит разрешению судебных установлений (ст. 1); «частные лица или общества, права которых на законе основанные, будут нарушены распоряжением правительственных мест или лиц, могут предъявить суду иск о восстановлении нарушенных прав; но такой иск не останавливает распоряжения правительственного места или лица, доколе не последует о том решение суда» (ст. 2). Данные нормы положили начало отделению судебной власти от власти исполнительной (административной).

В передовой статье «Московских ведомостей» от 16 апреля 1865 г. отмечалось: «...В отправлении суда имела право вмешиваться власть правительственная, если не прямо, то косвенно, и низшие органы суда были совсем подавлены надзором административной власти. Высшая администрация не могла уничтожать судебные приговоры, но могла ревизовать делопроизводство, требовать отчетов судей, налагать взыскания на суд и судей. Недобросовестным и ленивым судьям не было от этого помехи, но сколько бывало судей честных, горячих, деятельных, которым приходилось бросать свои должности только потому, что они чувствовали себя в зависимости от секретарей губернского правления или от правителя губернаторской канцелярии! Что может быть унижительнее для суда, и какого суда можно ожидать при такой зависимости? Новый устав снимает с судьи это иго и предоставляет суду свой круг деятельности, в которой ни прямо, ни косвенно не может вмешиваться общая администрация»<sup>14</sup>.

Государственный совет утрачивал право отмены судебных решений. Упраздняясь переход дел из судебных палат в департаменты Сената по апелляции тяжущихся, а из департаментов Сената в его общее собрание и из общего собрания в Государственный совет. Решения подлежали апелляционному обжалованию в судебные палаты, а после этого допускалась просьба об отмене судебных постановлений, адресуемая Сенату (ст. 69 Основных положений 1862 г., ст. 745, 892, 793–795 УГС)<sup>15</sup>.

Помимо этого, отделение судебной власти от властей законодательной и исполнительной выразилось в отмене существовавшего в дореформенном гражданском процессуальном законодательстве запрета судебным местам решать дела при неясности или неполноте закона. Все судебные места обязывались решать дела по точному разуму существующих законов. Останавливать решение дела под предлогом неполноты, неясности, недостатка или противоречивости законов воспрещалось. За нарушение этого правила виновные подвергались ответственности как за отказ в правосудии (ст. 12 Основных положений, ст. 9, 10 УГС).

<sup>14</sup> Катков М.Н. Собрание передовых статей «Московских ведомостей» за 1865 г. М., 1897. С. 220–221 (№ 82. 16 апреля 1865 г.).

<sup>15</sup> Подробнее см.: Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов. Т. 1. Гл. 6.

Отменялось и существовавшее правило, в силу которого *полиция* принимала и исследовала так называемые бесспорные дела и в случае спора сама отсылала их в суд, имея со своей стороны право решать некоторые спорные дела до определенной суммы (ст. 10 Основных положений, ст. 352, 364 УГС). Из ведения полиции также было исключено исполнение судебных решений (ст. 110 Основных положений)<sup>16</sup>. Выведение исполнительного производства из компетенции административных мест было безусловным достижением Устава гражданского судопроизводства.

Свидетельством отделения судебной власти от исполнительной стало создание в России нового судебного учреждения под названием *мировой суд*<sup>17</sup>. В речи, обращенной к московским столичным мировым судьям при открытии судебных установлений в Москве министр юстиции Д.Н. Замятнин следующим образом обозначил высокое значение мировой юстиции: «Вам, господа, впервые избранным совокупно всеми сословиями в этой важную должность, предоставлен широкий круг деятельности. Вам поручены дела тех именно лиц, которые наиболее нуждаются в скором и правом суде. На вас лежит непременная обязанность поставить должность мирового судьи на ту высокую степень значеня, которая предназначена ей священной волей Государя Императора, и сделать из нее краеугольный камень гласного, скорого, правого и милостивого суда. Если вы, избранные Москвою, сердцем России, пойдете рука об руку с судьями, назначенными Державным Главой, то, нет сомнения, ваши общие усилия увенчаются успехом и осуществится желание нашего возлюбленного Монарха: правда и милость будут царствовать в судах»<sup>18</sup>.

В первом всеподданнейшем отчете Министерства юстиции о деятельности новых судов указывалось: «...Простота мирового разбирательства, полная гласность и отсутствие обременительных формальностей вызвало всеобщее к мировому институту доверие. В особенности простой народ, найдя в мировом суде суд скорый и справедливый для мелких обыденных своих интересов, не перестает благословлять Верховного Законодателя за дарование России суда, столь близкого народу и вполне его потребностям. Доверие к мировым судьям доказывается в особенности тем, что со времени открытия действий мировых судебных установлений возбуждено громадное число таких гражданских исков, которые или по своей малоценности, или по неимению у сторон формальных доказательств в прежних судах вовсе не возникали»<sup>19</sup>.

Стремление к достижению суда «скорого, правого, милостивого и равного для всех» с неизбежностью отразилось на нормах УГС, создававшихся на совершенно новых принципах гражданского судопроизводства<sup>20</sup>. Среди них: состязательность, гласность, устность, рассмотрение дела по существу в двух судебных инстанциях. Именно эти начала обеспечивали искоренение таких существенных недостатков дореформенного процесса, как следственный процесс, канцелярская тайна, письменное производство, длительность судебного производства.

Знаковым событием в истории гражданского процессуального законодательства стал принятый в ходе реформы новый подход к оценке доказательств. За основу был взят принцип свободной оценки доказательств, пришедший на смену так называемому принципу формальной оценки доказательств<sup>21</sup>.

В целях ускорения и упрощения гражданского судопроизводства была осуществлена идея, согласно которой главные виды тяжб и исков, например судопроизводство вотчинное и иски по долговым обязательствам, были объединены в общие правила судопроизводства, и, таким образом, вместо нескольких главных и общего (составители Судебных уставов насчитывали в дореформенном процессе 63 порядка судопроизводства) УГС установил два порядка судопроизводства — общий, или пространный, и простой, или сокращенный<sup>22</sup>.

Признав систему двух судебных инстанций достаточным обеспечением законности судебных решений и объявив решения суда второй инстанции окончательными, создатели Уставов, учитывая законопроекты о судоустройстве начала XIX в., опыт судоустройства и гражданского судопроизводства европейских стран, сочли необходимым установить способ уничтожения незаконного решения, но без нарушения самостоятельности судов и увеличения числа судебных инстанций. С этой целью в Устав была проведена идея особых просьб об отмене вступивших в законную силу решений суда<sup>23</sup>, подаваемых в гражданский кассационный департамент Сената, об отмене решения суда второй инстанции и о передаче дела для нового рассмотрения в другой суд второй инстанции.

Высший суд, каковым являлся Правительствующий сенат, не постановлял сам решений (не ревизовал, как в прежние времена, решения), что давало ему полную возможность осуществлять одно из главных его назначений — надзирать за строгим соблюдением правила об однообразном толковании законов, ограждать твердость закона, не допускать и преследовать явное его нарушение — одним словом,

<sup>16</sup> Там же. Гл. 7.

<sup>17</sup> Там же. Гл. 8.

<sup>18</sup> Министерство юстиции за сто лет. 1802–1902. Исторический очерк. Спб., 1902. Переизд. (М., 2001) С. 131.

<sup>19</sup> Там же.

<sup>20</sup> Подробнее см.: Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов. Т. 1. Гл. 2.

<sup>21</sup> Там же. Гл. 3.

<sup>22</sup> Там же. Гл. 4.

<sup>23</sup> Там же. Гл. 6.

«сосредоточить в себе высший надзор и быть верховным блюстителем правосудия в Империи»<sup>24</sup>.

Достижения правовой культуры, «которые нашли отражение в Судебных уставах 1864 г.»<sup>25</sup>, были приняты во внимание при разработке Концепции судебной реформы в Российской Федерации 1991 г., подготовке ГПК РФ 2002 г.

В настоящее время, когда началась разработка нового (единого) ГПК, наметились изменения, которые не только не учитывают опыт Судебной реформы 1864 г., но и посягают на основные положения гражданского судопроизводства, обеспечивающие эффективную судебную защиту гражданских прав, что в свою очередь позволяет говорить не об очередных изменениях процессуального законодательства, а о реформе гражданского судопроизводства.

В первую очередь речь идет о принципах гражданского процесса. Если устное делопроизводство в пореформенный период гражданского судопроизводства неизменно рассматривалось как «главная характерная черта ново-проектированной формы суда, ее существеннейшее достоинство, обещающее обеспечить нам суд, чинимый судьями, а не канцеляриями»<sup>26</sup>, то в настоящее время эта характеристика не является безусловной. Предлагается ограничить начало устности в кассационном производстве и исключить его вовсе в надзорном производстве<sup>27</sup>. Мотив — процессуальная экономия. Принимая во внимание, что Президиум Верховного Суда РФ рассматривает в порядке надзора одно дело в год, необходимость в процессуальной экономии неочевидна. Правительствующий сенат Российской империи, действовавший на значительно большей, чем нынешняя, территории России и рассматривавший в разы больше обращений об отмене вступивших в законную силу судебных постановлений, проводил судебные заседания публично и допускал устные объяснения сторон, если стороны являлись в заседание. Современное зарубежное законодательство европейских стран и США допускает объяснения сторон в высших судах в соответствующем проверочном производстве<sup>28</sup>. Недопустимо и огра-

ничение устного начала в кассационном производстве, осуществляемом в том же суде общей юрисдикции, где проходит и апелляционная проверка судебного решения. Действующий порядок возбуждения кассационного производства уже ограничивает устное начало. Рассмотрение же кассационной жалобы в отсутствие лиц, участвующих в деле, их извещение по усмотрению суда кассационной инстанции (например, как это происходит сейчас применительно к рассмотрению частной жалобы в порядке ст. 333 ГПК РФ) приведет к неоднозначному применению правовых норм, обусловит отсутствие единства правоприменения, создаст возможность неограниченного усмотрения в правоприменительной практике при определении содержания прав и обязанностей участников кассационного производства. Если первая кассация требует от суда кассационной инстанции не только услышать, но и выслушать стороны по делу, то вторая кассация как последняя возможность проверить правильность судебного постановления требует этого еще больше. Важно также и то, что принцип устности неразрывно связан с принципом гласности (публичности). Ограничивая одно начало гражданского судопроизводства, неизбежно ограничивается и другое. Не вызывает сомнений, что «гласность в тесном смысле слова (или гласность по отношению к сторонам) ... является следствием, с одной стороны, принципов непосредственности и устности, требующих, чтобы суд входил в личное общение с тяжущимися, а с другой стороны — принципов состязательности и равноправности, из которых первый возлагает на самих тяжущихся подготовку процессуального материала, а второй — дает им одинаковые средства защиты и нападения. Проведение всех четырех названных принципов было бы совершенно невозможно, если бы действия одной стороны и вызванная ими деятельность суда были неизвестны другой стороне»<sup>29</sup>.

Предложения отказаться от принципа непрерывности гражданского судопроизводства<sup>30</sup> как не имеют под собой теоретической основы, так и не подкреплены опытом гражданского судопроизводства<sup>31</sup>. Как справедливо отмечает В.М. Шерстюк, доводы о том, что принцип формален, помеха оперативности, несостоятельны. Действительно, принцип непрерывности процесса (как и другие принципы) ставит иногда судей в жесткие рамки. И понятно, что такие рамки не всегда могут нравиться. Но если рассматривать сам арбитражный процесс как совокупность связанных между собой гарантий защиты прав организаций и граждан, гарантий вынесения судом законного и обоснованного решения, а не только как средство проявления власти суда «во вне», то становится очевидным практическая значимость этого принципа

<sup>24</sup> Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч. 1. С. 363.

<sup>25</sup> Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М., 1992. С. 4.

<sup>26</sup> Катков М.Н. Передовая статья «Московских ведомостей» № 81, 15-го апреля 1865 г. // Собрание передовых статей «Московских ведомостей» 1865 г. М., 1897. С. 553, 554.

<sup>27</sup> Берсенева Т. «Единому» ГПК прописали меньше судоговорения: URL: pda.pravo.ru (9 декабря 2014 г. 00:48); Концепция единого гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (одобрена решением Комитета по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству ГД ФС РФ от 08.12.2014 № 124(1)): Доступ из СПС КонсультантПлюс.

<sup>28</sup> См.: Проверка судебных постановлений в гражданском процессе стран ЕС, СНГ / Под ред. Е.А. Борисовой. М., 2012; Гражданский процесс зарубежных стран / Под ред. А.Г. Давтян. М., 2008.

<sup>29</sup> Васильковский Е.В. Указ. соч. С. 449–450.

<sup>30</sup> Концепция Кодекса гражданского судопроизводства обсуждалась 28.10.2014 г. в Екатеринбурге (URL: pda.pravo.ru).

<sup>31</sup> Подробнее см.: Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов. Т. 1. § 5, гл. 7.

в процессе. Принцип непрерывности укрепляет авторитет суда, обеспечивает уважительное отношение суда к участвующим в деле лицам, гарантирует вынесение судом законных и обоснованных решений<sup>32</sup>.

Существует опасность и для принципа непосредственности<sup>33</sup>. Предлагается взять за основу норму ч. 10 ст. 158 АПК РФ, согласно которой «судебное разбирательство в новом судебном заседании возобновляется с того момента с которого было отложено. Повторное рассмотрение доказательств, исследованных до отложения судебного разбирательства, не производится». Очевидно, что утрачивается различие между отложением судебного разбирательства дела и объявлением перерыва в судебном заседании, что не может не сказаться на гарантиях судебной защиты гражданских прав, справедливого судебного разбирательства.

Говоря о справедливости, которую предполагается в новом ГПК закрепить в качестве принципа гражданского судопроизводства<sup>34</sup>, следует отметить, что перечисленные выше «идеи», если они будут воплощены в жизнь, являются ярким свидетельством нарушения предлагаемого начала. Недостаточно закрепить в ГПК «принцип справедливости», важно законодательно обеспечить его реальное действие в гражданском судопроизводстве на всех стадиях процесса, во всех видах судопроизводства, гарантировать его взаимодействие с другими началами гражданского процесса.

Опыт Судебной реформы 1864 г. свидетельствует о том, что, не решив вопрос о количестве судебных инстанций, судебных округов и не создав апелляционных, кассационных судов, невозможно реорганизовать проверочные производства, чтобы их законодательная регламентация отвечала в первую очередь конституционным требованиям о судебной защите, об осуществлении правосудия по гражданским делам.

Подготовка УГС 1864 г., ГПК 2002 г. основывалась, среди прочего, на детальной теоретической проработке новых положений законопроекта, обязательности его публикации для всеобщего сведения, последующего обсуждения юридической общественностью, необходимости учета поступивших замечаний и последующей редакции соответствующих статей проекта. Важным для создателей и УГС, и ГПК было бережное отношение к нормам, применение которых не вызывало противоречий в новых политико-экономических, общественных условиях, вдумчивое отношение к заимствованию (возможности и необходимости) норм зарубежного гражданского процессуального права, аккуратное встраивание таких норм в систему российского гражданского процессуального права. Изменения ГПК РФ последних лет

происходят без учета этого опыта, что негативно отражается на содержании новых норм, а главное, на правах заинтересованных в судебной защите лиц.

Если движение гражданского процесса после 1864 г. не потрясло фундамент всего сооружения<sup>35</sup>, то движение гражданского судопроизводства после 2002 г., и особенно после 2010 г., создает такую угрозу.

Только концептуальный подход<sup>36</sup>, отражающий причины, необходимость, цели и задачи изменений процессуального законодательства в совокупности с использованием опыта подготовки и осуществления Судебной реформы 1864 г., Устава гражданского судопроизводства 1864 г., достижений доктрины гражданского процесса, с анализом зарубежного процессуального законодательства, судебной практики, с широким общественным обсуждением законопроекта, скрупулезной неспешной законопроектной работы позволит избежать ошибок, которые способны привести к утрате авторитета судебной власти и того «уважения к закону, без коего невозможно общественное благосостояние и которое должно быть постоянным руководителем действий всех и каждого, от высшего до низшего»<sup>37</sup>.

#### Список литературы

1. *Васьковский Е.В.* Курс гражданского судопроизводства. М., 1913.
2. Великая реформа: к 150-летию Судебных Уставов. В 2 т. Т. 1: Устав гражданского судопроизводства / под ред. Е.А. Борисовой. М., 2014.
3. *Гольмстен А.Х.* Первое двадцатипятилетие Устава гражданского судопроизводства (1864–1888 гг.) // Юридические исследования и статьи. Спб., 1894.
4. Гражданский процесс зарубежных стран / Под ред. А.Г. Давтян. М., 2008.
5. *Дмитриев Ф.М.* Судебная реформа // Соч. Т. 2: Статьи и исследования. М., 1900.
6. *Катков М.Н.* Собрание передовых статей «Московских ведомостей» за 1865 г. М., 1897 (№ 82. 16 апреля 1865 г.).
7. Концепция судебной реформы в Российской Федерации / Сост. С.А. Пашин. М., 1992.
8. *Коркунов Н.М.* М.А. Балугьянский: Проект судебного устройства 1828 г. // Журн. Министерства юстиции. 1895. № 11–12.
9. Министерство юстиции за сто лет. 1802–1902. Исторический очерк. Спб., 1902. Переизд. (М., 2001).

<sup>35</sup> Судебная реформа / Под ред. Н.В. Давыдова, Н.Н. Полянского. М., 1915. Т. 2. С. 80.

<sup>36</sup> См. об этом: *Молчанов В.В.* Судебное доказывание в будущем едином Гражданском процессуальном кодексе РФ // Арбитражный и гражданский процесс. 2015. № 3; *Кудрявцева Е.В.* Работа над Кодексом гражданского судопроизводства началась // Законодательство. 2015. № 1. С. 5–9; *Шерстюк В.М.* О концепции нового гражданского процессуального кодекса Российской Федерации // Законодательство. 2014. № 12.

<sup>37</sup> Указ Правительствующему Сенату 20 ноября 1864 г.

<sup>32</sup> *Шерстюк В.М.* Развитие принципов арбитражного процессуального права. М., 2004. С. 9–10.

<sup>33</sup> Концепция Кодекса гражданского судопроизводства.

<sup>34</sup> Там же.

10. Проверка судебных постановлений в гражданском процессе стран ЕС СНГ / Под ред. Е.А. Борисовой. М., 2012.

11. *Рошковский Л.* Объяснительная записка к проекту новой редакции Устава гражданского судопроизводства. Спб., 1900. Т. 2.

12. Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений на коих они основаны. Ч. 1. Спб., 1867.

13. *Шерстюк В.М.* Развитие принципов арбитражного процессуального права. М., 2004.

*Л.В. Головкин, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора юридического факультета МГУ\**

### **СУДЕБНАЯ РЕФОРМА 1864 г. И СОВРЕМЕННОЕ РАЗВИТИЕ ОТЕЧЕСТВЕННОГО УГОЛОВНОГО СУДОПРОИЗВОДСТВА<sup>1</sup>**

*Устав уголовного судопроизводства 1864 г. окончательно сформировал в России современную европейскую уголовно-процессуальную инфраструктуру континентального типа. В целом, несмотря на мощные удары, нанесенные по ней сначала «слева» (советский период), а затем «справа» (американизация постсоветского периода), она сохранилась до сих пор, чем доказала свою устойчивость. В условиях определенного обострения борьбы между континентальной и англо-американской правовыми идеологиями стало ясно, что компромисс вокруг наследия, оставленного Судебной реформой 1864 г., более невозможен. Это наследие будет либо окончательно разрушено сторонниками англо-американского пути развития, либо сохранено и реставрировано, если революцию «справа» удастся вовремя остановить, к чему и призывает автор статьи.*

**Ключевые слова:** уголовный процесс, Судебная реформа 1864 г., Устав уголовного судопроизводства, англо-американская модель, континентальная модель.

*Charter of criminal proceedings of 1864 finally formed in Russia a modern European criminal and procedural infrastructure of continental type. Overall, despite the powerful blows inflicted on it, first from the “left” (the Soviet period) and then from the “right” (americanization of the post-soviet period), it still exist, which proves its stability. In the context of a certain intensification of the struggle between the continental and the Anglo-American legal ideology, it became clear that a compromise around the legacy of the judicial reform of 1864, is no longer possible. This legacy will either be completely destroyed by the supporters of the Anglo-American way of development, or saved and restored if the revolution from the “right” will be stopped in time, what author advocates for.*

**Keywords:** criminal procedure, Judicial reform in 1864, Charter of criminal proceedings, Anglo-American model, continental model.

\* leogol1967@gmail.com

<sup>1</sup> Данная статья представляет собой основные тезисы доклада, прочитанного на объединенном пленарном заседании XV Международной научно-практической конференции юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова и VII Международной научно-практической конференции «Кутафинские чтения» МГЮУ имени О.Е. Кутафина (МГЮА) «Судебная реформа в России: прошлое, настоящее, будущее», прошедшем 25 ноября 2014 г. на юридическом факультете МГУ.

Нет ни малейшего резона в очередной раз описывать все достижения судебной реформы 1864 г. в сфере уголовного судопроизводства<sup>2</sup>. Если резюмировать значение одного из четырех Судебных уставов — Устава уголовного судопроизводства — для российского уголовного процесса, то оно сводится к тому, что этот Устав окончательно сформировал в России институциональную уголовно-процессуальную инфраструктуру, которая является, во-первых, *современной*<sup>3</sup>, во-вторых, *европейской*, в-третьих, по своей сущности *континентальной* (романо-германской). Никто, конечно, не отрицает, что данная инфраструктура начала складываться в нашей стране задолго до Судебной реформы<sup>4</sup>, однако именно Устав уголовного судопроизводства завершил процесс ее формирования. Более того, почти все сконструированные Уставом уголовно-процессуальные механизмы *mutatis mutandis* существуют и действуют до сих пор, что всегда позволяло отечественному уголовному процессу оставаться в русле европейской традиции даже в исторически сложные периоды его развития.

Есть ли в науке краткое «номинативное» обозначение имплементированной в России Уставом уголовного судопроизводства модели уголовного процесса, т.е. процесса современного, европейского и континентального? В западной доктрине оно никогда сомнений не вызывало, как не вызывало сомнений и в российской дореволюционной доктрине, хотя в последние два десятилетия почему-то привело в нашей стране к ожесточенным спорам, которые фактически раскололи российскую уголовно-процессуальную науку на два непримиримых лагеря. Таким обозначением является известный принцип *материальной истины* (франц. *vérité matérielle*; нем. *materiellen Wahrheit*), характеризующий все современные европейские уголовно-процессуальные правопорядки континентального типа (во Франции, Германии, Бельгии, Швейцарии и т.п.). В этом смысле не может быть уголовно-процессуальной системы, широко использующей институциональную инфраструктуру, производную от понятия «следствие» (предварительное следствие, судебное следствие, следствие, следственное действие и т.п.), которая бы ни опиралась на принцип материальной истины. Поэтому, в отличие от части современной российской доктрины, ни одному отечественному дореволюционному или западному исследователю, обнаруживавшему или обнаруживающему соответствующие понятия в уголовно-процессуальном праве Франции, Германии или Швейцарии, никогда не приходило даже в голову отрицать наличие в данной системе принципа материальной истины, который просто-на-

просто обозначает соответствующий тип процесса. Спорить здесь не о чем, так как об «азбучных положениях» не спорят.

Определения принципа материальной истины как такового в Уставе уголовного судопроизводства не содержалось. Во-первых, в этом не было ни малейшей надобности, так как необходимость нормативного закрепления того или иного положения возникает тогда, когда существует хотя бы гипотетическая альтернатива, а здесь ее просто-напросто не существовало, учитывая технический строй уголовного процесса. Во-вторых, Устав вовсе не содержал специальной главы о принципах — мода на них пришла позднее (уже во второй половине XX в.). Однако сам термин в Уставе уголовного судопроизводства использовался, например, в ст. 613, где провозглашалось, что председатель суда направляет «ход дела к тому порядку, который наиболее способствует раскрытию истины». Закреплялась там и знаменитая формула материальной истины, когда производство по делу ведется, как говорят французы, *à charge et à décharge*. Так, ст. 265 гласила, что «судебный следователь обязан с полным беспристрастием приводить в известность как обстоятельства, уличающие обвиняемого, так и обстоятельства, его оправдывающие»<sup>5</sup>. Еще более определенно высказывались составители Устава уголовного судопроизводства в своих «рассуждениях» к нему: «Задача уголовного суда есть открытие в каждом деле безусловной истины. В стремлении к этой цели суд уголовный не может принимать в уважение желания сторон — ни того, что сам подсудимый не хочет оправдывать свою невинность, ни того, что сам обвинитель потворствует виновному»<sup>6</sup>.

Итак, в 1864 г. Россия получила современную, европейскую модель уголовного процесса континентального типа или, что одно и то же, уголовно-процессуальную систему, основанную на принципе материальной истины. Предполагалось, что далее последует эволюционное развитие данной модели, которое имело место в других странах континентальной Европы (Германия, Франция и т.д.) и свелось преимущественно к постепенному расширению прав участников уголовного судопроизводства в рамках континентальной логики. Иначе говоря, сохраняя основные несущие конструкции, континентальный уголовный процесс очень аккуратно наращивал правозащитную составляющую, допустив защитника на предварительное следствие, предоставив заметные возможности потерпевшему и предприняв иные меры, направленные на обеспечение прав личности.

<sup>5</sup> Данную формулу можно сегодня обнаружить и в ст. 6 новейшего западного УПК Швейцарии, вступившего в силу с 1 января 2011 г., что только подтверждает современный характер уголовно-процессуальной инфраструктуры, оставленной нам Уставом уголовного судопроизводства.

<sup>6</sup> Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч. 2. Спб., 1866. С. 244.

<sup>2</sup> Из последних работ см.: Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов. Т. 2: Устав уголовного судопроизводства / Под ред. Л.В. Головки. М., 2014.

<sup>3</sup> Разумеется, в том смысле, который вкладывает в это понятие право, когда современными являются идеи Конституции, Декларации прав, Гражданского кодекса и т.п.

<sup>4</sup> См.: Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов. Т. 2. С. 13–14.

Однако вместо эволюционного развития российская модель уголовного процесса, сконструированная в ее технической составляющей в ходе Судебной реформы 1864 г., испытала за истекшие 150 лет два сильнейших удара или, если угодно, два революционных потрясения, каждое из которых несло в себе угрозу ее полного уничтожения. Один из этих ударов был нанесен *слева*, а другой — *справа*.

Что касается «удара слева», то он прекрасно известен. Речь идет о советских преобразованиях, особенно в первые десятилетия новой власти. Не вдаваясь в их детали, которые в целом достаточно хорошо изучены, отход от положений Устава уголовного судопроизводства на принципиальном уровне проявился в следующем:

— произошло очевидное размывание границ между полицией и юстицией, когда, например, следователи МВД на каком-то этапе начали выполнять функции, ранее принадлежавшие судебным следователям;

— наметилась деформация классического предварительного следствия, имевшего по Уставу судебную природу, с передачей следственных функций несудебным органам и связанное с этим сближение следствия (судебная деятельность) и дознания (полицейской деятельности), превратившихся в две формы предварительного расследования;

— произошло размывание границ между обвинительной и судебной властью, когда, с одной стороны, прокурор стал принимать решение о заключении под стражу, а с другой — суд в некоторых случаях возбуждать уголовные дела;

— оказалась разрушена дихотомия апелляции и кассации в связи с уничтожением апелляции и превращением кассации во вторую судебную инстанцию.

Однако, как ни удивительно, созданная Уставом уголовного судопроизводства уголовно-процессуальная инфраструктура оказалась столь мощной и устойчивой, что невзирая на потери все-таки в основе своей устояла, не будучи окончательно разрушенной советскими «левыми» реформами. Более того, в позднесоветский период она даже подверглась определенному «ремонту» (УПК РСФСР 1960 г.), чему в немалой степени способствовала правовая наука в лице таких своих представителей, как М.С. Строгович. Самое главное, что удалось сохранить не только институты, но и процессуальный язык Устава уголовного судопроизводства, выражающийся в русских эквивалентах европейских понятий, терминов, конструкций.

После того как, казалось бы, многие негативные последствия радикальных советских трансформаций «слева» были преодолены, последовал новый удар — на этот раз «справа». Связан он оказался с постсоветской ломкой институтов, последовавшей сразу вслед за распадом СССР, и сопутствовавшей ей попыткой радикальной «американиза-

ции» европейского по своему происхождению отечественного уголовного процесса при подготовке нового УПК РФ<sup>7</sup>. Снова не вдаваясь в детали, революционные преобразования «справа» прежде всего проявились в следующем:

— отказе в новом УПК РФ от адресованного органам расследования, прокурору и суду требования всестороннего, полного и объективного расследования и рассмотрения уголовных дел, т.е. от принципа материальной (объективной истины);

— гипертрофированной состязательности, под которой стал пониматься не тот принцип состязательности, соблюдения которого ЕСПЧ требует от всех европейских государств на основании ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод, а американская радикальная «состязательная модель», т.е. всего лишь один из сравнительно-правовых вариантов построения уголовного процесса (отнюдь не универсальный)<sup>8</sup>;

— причисление следователя, дознавателя и прокурора (когда он еще не является государственным обвинителем) к стороне обвинения (гл. 6 УПК РФ);

— попытка имплементации разнообразных «особых порядков», основанных на признании обвиняемым своей вины, не в качестве локальной дифференциации процессуальной формы, а в качестве основного способа разрешения уголовных дел (по аналогии с американскими «делками о признании»).

Примечательно, что «революция справа» происходила под лозунгом «Назад к ценностям судебной реформы и Уставу уголовного судопроизводства!», особенно на начальном этапе постсоветских уголовно-процессуальных реформ. Иного и быть не могло, учитывая символическую роль судебной реформы 1864 г. в истории отечественного права, сопоставимую с ролью Habeas corpus act для англичан или Гражданского кодекса для французов. Тогда казалось, что компромисс возможен: никто не посягнет на «общее наследие» в виде европейской модели уголовного процесса, привнесенной Уставом.

Но на самом деле это являлось иллюзией. Что бы ни говорили «отцы» постсоветских реформ, осуществлявшаяся ими американизация российского уголовного процесса, пусть и устранявшая какие-то локальные деформации советского происхождения, в реальности представляла собой не возврат к идеям Устава уголовного судопроизводства, а напротив — попытку окончательного слома доставшегося

<sup>7</sup> См., напр., описание соответствующих намерений и событий: *Vogler R. A World View of Criminal Justice*. Ashgate (UK), 2005. P. 177–186; *Spence M.J. The Complexity of Success: the U.S. Role in Russian Rule of Law Reform* // *Carnegie Papers*. 2005. N 60 (July).

<sup>8</sup> Подробнее см.: *Михеенкова М.А. Принцип состязательности и состязательная (англосаксонская) модель уголовного процесса: их соотношение и роль в современном российском уголовном судопроизводстве* // *Теория уголовного процесса: состязательность* / Под ред. Н.А. Колоколова. М., 2013. Ч. 2. С. 174–185.

нам от него в наследство институционального каркаса уголовного судопроизводства. Разве что на этот раз удар по данному каркасу наносился не «слева», а «справа».

Попутно заметим, что никакой компромисс вокруг Устава уголовного судопроизводства как определенного неприкасаемого «символа» сегодня уже невозможен. Происходит некое «обострение идеологической борьбы» между континентальной и англо-американской правовыми идеологиями, которое заметно радикализирует даже научный дискурс, вынужденный на данном этапе забыть о гипотетических «нейтральности» и «независимости». В сфере гражданского права появляются ранее немыслимые идеи о том, что сама концепция кодификации частного права (наличие Гражданского кодекса) противоречит принципу свободы договора<sup>9</sup>. Вопрос даже не в том, что эти идеи сами по себе абсурдны, поскольку нет никакой связи между техникой кодификации (чистой формой) и тем содержанием, которое мы в нее вкладываем (признание свободы договора, отрицание свободы договора и т.п.), а в том, что совсем недавно такие идеи выглядели абсолютным средневековьем, тогда как сегодня они вполне допустимы в уважаемой научной среде. Ясно также, что никаких внятных аргументов помимо того, что в «США нет Гражданского кодекса, значит не должно быть нигде», их сторонники высказать не могут, хотя иногда и пытаются скрыть «решающий аргумент» за многословными рассуждениями (чаще всего экономического толка). Если вернуться в сферу уголовного судопроизводства, то те же тенденции радикализации дискурса начинают наблюдаться и вокруг судебной реформы в целом и Устава уголовного судопроизводства в частности. Более никакие «реверансы» в их сторону для «революционеров *made in USA*» невозможны, поэтому в рамках все той же внешне уважаемой научной дискуссии начинают слышаться голоса, что 150-летний юбилей Судебных уставов должен быть не началом эры их подлинного ренессанса, а напротив поводом объявить начатый 150 лет назад проект закрытым<sup>10</sup>. Иначе говоря, речь идет о попытках закрыть в России «проект» европейского континентального уголовного процесса. Строго говоря, если исходить из логики сторонников американизации и «революции справа», то все закономерно. Их идеи с Уставом уголовного судопроизводства категорически несовместимы. Скрывать это больше нельзя, поэтому приходится переходить в открытую атаку на сам Устав, пытаясь «снести» этот памятник права с тем же рвением, с каким в некоторых соседних государствах сносят памятники советским вождям и военачальникам.

<sup>9</sup> URL: <http://www.law.msu.ru/node/33018>

<sup>10</sup> См., напр., выступление профессора А.В. Смирнова на научно-практической конференции, посвященной 100-летию со дня рождения профессора Николая Сергеевича Алексева, «Обвинение и защита по уголовным делам: исторический опыт и современность» (г. Санкт-Петербург, юридический факультет СПбГУ, 28–29 июня 2014 г.).

Как бы то ни было (и оставляя пока в стороне «радикальный дискурс»), невзирая на всю силу «удара справа», последовавшего в 90-е—начале 2000-х гг., сконструированная Уставом уголовного судопроизводства уголовно-процессуальная инфраструктура вновь устояла, доказав свою исключительную устойчивость. Без потерь, разумеется, не обошлось, но они не выглядят необратимыми. Удалось опять сохранить основные европейские уголовно-процессуальные институты, давно уже ставшие российскими, а также понятийный ряд, определяющий континентальное процессуальное мышление. Иными словами, выдержав два удара («слева» и «справа»), российский уголовный процесс не сломался настолько, чтобы утратить основные несущие конструкции, от которых зависит его идентичность, истоки которой лежат в 1864 г.

Однако нельзя сказать, что «удар справа» оказался бесследным. Наибольшие повреждения получил прежде всего концептуальный ряд, выраженный на уровне фундаментальных уголовно-процессуальных принципов. Самыми заметными потерями стали отказ от принципа материальной (объективной) истины и связанное с этим закрепление «чистой состязательности» в англо-американском духе (ст. 15 УПК РФ) в качестве некоего ментального «кода» нового российского уголовного процесса. Как следствие, возникло очевидное и неизбежное противоречие между, с одной стороны, открыто провозглашенной и отраженной в законе уголовно-процессуальной *идеологией*, а с другой — уголовно-процессуальной технической *инфраструктурой*. Мы получили англо-американскую идеологию, наложенную на континентальную европейскую инфраструктуру, что в динамике повлекло самые отрицательные последствия.

В результате отмеченного концептуального противоречия возникла *вилка развития*, когда уголовный процесс не только не развивается, но и **не может** развиваться позитивно. Эта «вилка» проявляется в том, что любые попытки «починки» деформированных уголовно-процессуальных механизмов немедленно наталкиваются на концептуальное несоответствие объявленным уголовно-процессуальным принципам. Характерный пример: позитивное постановление КС РФ от 2 июля 2013 г., исправляющее очень важную деформацию института возвращения уголовного дела судом прокурору, оказалось очень сложно реализовать на законодательном уровне именно в силу его «несоответствия» заложенной в УПК идеологии. В свою очередь любые попытки дальнейшей реализации заложенных в УПК принципов, характерных для англо-американской модели, неизбежно приводят либо к ломке, либо к деформации классических институтов, характерных для континентальной модели, и уничтожению наследия Устава уголовного судопроизводства. Иначе говоря, они приводят к технической деградации российского уголовного процесса и разрушению у нас европейской уголовно-процессуальной инфраструктуры. В этом смысле заложен-

ная в УПК РФ в ходе «революции справа» программа развития направлена не на созидание, а на разрушение.

При этом «запрограммированность» разрушительных тенденций проявляется все более и более. Так, возникли уже предложения отказаться от процедуры привлечения в качестве обвиняемого и от процессуальной фигуры обвиняемого как такового<sup>11</sup>. Возможно ли это технически? Нет. Возможен разве что терминологический «ребрендинг», что доказывает опыт нового УПК Казахстана, вступающего в силу с 1 января 2015 г., в котором законодатель по совету западных экспертов отказался от института привлечения в качестве обвиняемого и от процессуального статуса обвиняемого, сохранив лишь статус подозреваемого. Изменила ли данная реформа хоть что-то по существу, скажем, с точки зрения оптимизации сроков уголовного судопроизводства? Отнюдь. Теперь в Казахстане надо выносить постановление о квалификации деяния подозреваемого (ст. 204 УПК РК), лично «объявлять его подозреваемому» (ст. 206), после чего допрашивать последнего. Чем это отличается от постановления о привлечении в качестве обвиняемого, предъявления обвинения, допроса обвиняемого? Абсолютно ничем. Но зато в результате возникла невообразимая терминологическая путаница, когда понятие «подозреваемый» используется в трех смыслах: подозреваемый № 1 (задержанное лицо), подозреваемый № 2 (лицо, в отношении которого вынесено затем постановление о признании подозреваемым), подозреваемый № 3 (лицо, в отношении которого в дальнейшем вынесено постановление о квалификации его деяния). Удобно ли это? Понятно ли это гражданам? Вопросы риторические. Тогда зачем? Нет ответа, кроме одного: несоответствие континентальной инфраструктуры англо-американской идеологии, в рамках которой нет и не может быть ни привлечения в качестве обвиняемого, ни предъявления обвинения (инкультурации), ни разграничения обвиняемого и подозреваемого.

В целом ясно, что разрушение уголовно-процессуальной инфраструктуры в России продолжится, если мы не будем исходить их двух важнейших постулатов:

а) альтернатив континентальной уголовно-процессуальной инфраструктуре, заложенной еще в ходе Судебной реформы 1864 г., нет и быть не может; даже если она будет сломана, то новая инфраструктура (англо-американская) на ее месте не появится, так как она технически не менее сложна и не сводится к нескольким лозунгам;

б) провозглашенная на уровне принципов уголовно-процессуальная идеология не может противоречить техническому насыщению

уголовного процесса — в противном случае возникает институциональный «коллапс».

В такой ситуации, если содержание не соответствует обозначению, менять надо *не содержание*, создававшееся десятилетиями или даже веками кропотливой доктринальной работы, тем более что оно вполне современное и европейское, а *обозначение*, отказываясь от иллюзий «чистой состоятельности» и переосмысливая наше отношение к фундаментальному принципу материальной (объективной) истины. Это позволит нам сохранить и в поврежденной части восстановить модель уголовного процесса, сконструированную в 1864 г. «отцами Судебной реформы», что в конечном итоге позволит иметь устойчивый уголовный процесс, отвечающий современным стандартам. Как сделать это технически — известно: и в части взаимоотношения следствия и прокурорского надзора, где корень проблемы лежит не в пресловутом «едином» следственном органе, а в институциональной природе следствия, судебной (тогда прокурор взаимодействует с судебным следователем на уровне ходатайств) или несудебной (тогда прокурор легитимирует следствие полноценным прокурорским надзором), и в части построения судебных инстанций, где вектор развития должен идти в сторону превращения Верховного суда РФ в полноценную и единственную кассационную инстанцию с освобождением его от апелляционных функций.

Наконец, нельзя не обратить внимания еще на один аспект, который лишь на первый взгляд не имеет отношения ни к Судебной реформе 1864 г., ни к современным проблемам российского уголовного процесса. Совсем недавно, 23 октября 2014 г., в известнейшей французской газете *Le Figaro* было опубликовано интервью с председателем Кассационного суда (аналог нашего Верховного) Франции Б. Лувелем, в котором он сообщает, что высшая французская судебная инстанция столкнулась с новым вызовом в лице вездесущего ЕСПЧ, все более активно ставящего под сомнение ни много ни мало — *ее raison d'être*<sup>12</sup>. В чем проблема?

Как известно, Кассационный суд Франции рассматривает в среднем в год 30 000 гражданских (примерно 2/3) и уголовных (примерно 1/3) дел<sup>13</sup>, причем только по уголовным делам он ежегодно выносит около 600 решений об отмене в порядке кассации решений нижестоящих судов, что позволяет гражданам добиться исправления судебных ошибок по конкретным делам. Для сравнения: Верховный суд США рассматривает около 80 дел в год, т.е. порядком 1 % от поступивших в него апелляций (8000–9000), причем эта цифра неуклонно снижается, так как еще в 1960 г. «суд Уоррена» рассматривал около 300 дел в год

<sup>11</sup> См., напр., выступление профессора Б.Я. Гаврилова на Международной научно-практической конференции «150 лет Уставу уголовного судопроизводства России: современное состояние и перспективы развития уголовно-процессуального законодательства» (г. Москва, Академия управления МВД РФ, 9–10 апреля 2014 г.).

<sup>12</sup> *Louvel B. L'affaire des écoutes nous a heurtés au point le plus sensible // Le Figaro. 2014. 23 oct. P. 8.*

<sup>13</sup> *Ibid.*

(13 % от числа поступивших апелляций)<sup>14</sup>. В производстве нового Верховного суда Великобритании находится примерно 50–60 дел в год<sup>15</sup>. В Канаде примерно те же цифры: 31 уголовное дело в 2012 г.<sup>16</sup> Если добавить к ним гражданские дела, то мы выйдем фактически на те же цифры. На самом деле все закономерно, поскольку в отличие от Франции в англосаксонских странах Верховные суды «стали менее ориентированными на исправление судебных ошибок, но прежде всего — на решение вопросов, имеющих общегосударственное значение»<sup>17</sup>. Иначе говоря, они в большей степени выполняют функции органов конституционной юстиции, которые в континентальных правовых порядках относятся к полномочиям специализированных судов.

Итак, с одной стороны, 30 000 дел в год и стремление исправлять ошибки в интересах граждан, с другой — 70 дел в год и решение исключительно общегосударственных задач. Но, оказывается, именно континентальные высшие судебные инстанции, по мнению ЕСПЧ, *неэффективны* с точки зрения защиты прав индивида<sup>18</sup>, тогда как к англо-американскому «минимализму» никаких вопросов нет. Более того, континентальные правовые порядки должны задуматься об имплементации англосаксонского опыта деятельности Верховных судов, т.е. если они начнут рассматривать 1 % от поступивших к ним в год жалоб, то никаких вопросов по части защиты прав человека к ним не будет. Явный нонсенс. Чем он объясняется? Разве что усилением той самой «идеологической борьбы» между англо-американским и континентальным правом, которое мы уже отметили выше, и тем, что ЕСПЧ становится очевидным инструментом этой борьбы.

Почему это столь важно для России, особенно в период разнообразных судебных и процессуальных реформ? Потому что мы находимся сегодня в значительно более непростом положении, нежели «отцы» Судебной реформы 1864 г., именно в связи с перманентным давлением международных инстанций в целом и ЕСПЧ в частности. Каково бы ни было качество проводимых реформ, оно в любой момент может быть подвергнуто ревизии со стороны уважаемых инстанций, причем нередко по причинам скорее политико-идеологического, чем собственно правового характера. Скажем, длительные усилия по реставрации в России классической континентальной кассации, утраченной в 1917 г., могут в любой момент, как мы видим по опыту Франции, столкнуться с критикой со стороны ЕСПЧ, которому покажется,

что они не в полной мере соответствуют современным англо-американским «трендам». Что тогда делать? Начинать немедленную и не менее дорогостоящую контрреформу? Но если ее перспектива реальна, причем по причинам, далеким от проблем национальной социальной эффективности, то зачем тогда сама реформа?

Поэтому на самом деле есть только два варианта:

а) не предпринимать никаких системных усилий по возведению адекватной судебной-правовой архитектуры, лишь ситуативно реагируя на бесчисленные претензии ЕСПЧ и превращая отечественную юридическую систему в хаотичный набор разнообразных наслоений, напоминающий латиноамериканские фавелы;

б) продолжать выстраивать судебную-правовую систему по классическим канонам в интересах граждан, тратя на это деньги, ресурсы и т.п. и имея также в виду необходимость достаточно жесткого политического реагирования на любые претензии, в том числе ЕСПЧ, если они заведомо абсурдны и исходят из того, что 70 дел в год эффективнее для тяжущихся, нежели 30 000. Примеры такого реагирования известны, например со стороны Италии по делу о распылках в итальянских школах (*Lautsi v. Italy*), и в современной правовой литературе они именуются отнюдь не пренебрежением национальных властей общеперспективными ценностями, а позитивным «коммуникативным процессом с тщательным обсуждением вопросов» между ЕСПЧ и отдельными влиятельными в Европе государствами<sup>19</sup>. Хотя на самом деле применительно к Италии этот процесс свелся к консолидированному «нет» со стороны итальянских политических элит, жестко вставших в данном конкретном случае на защиту своих культурных традиций.

Какой из этих вариантов выбрать — вопрос для нас риторический. Но тогда надо быть готовыми к непростому «коммуникативному процессу».

### Список литературы

1. Ван Хук М. Конституционные суды и делиберативная демократия // Правоведение. 2013. № 2.
2. Великая реформа: к 150-летию Судебных уставов. Т. 2: Устав уголовного судопроизводства / Под ред. Л.В. Головки. М., 2014.
3. Судебные уставы 20 ноября 1864 года, с изложением рассуждений, на коих они основаны. Ч. 2. Спб., 1866.
4. *Louvel B.* L'affaire des écoutes nous a heurtés au point le plus sensible // *Le Figaro*. 2014. 23 oct.

<sup>19</sup> Ван Хук М. Конституционные суды и делиберативная демократия // Правоведение. 2013. № 2. С. 145.

<sup>14</sup> Евсеев А. Верховный суд США сегодня. Харьков, 2014. С. 23.

<sup>15</sup> Евсеев А. П. Верховный суд Соединенного Королевства: становление. Харьков, 2014. С. 118.

<sup>16</sup> Ведерникова О., Сулейманова С. Роль судебного прецедента в системе источников уголовного права Канады // Уголовное право. 2013. № 6. С. 12–13.

<sup>17</sup> Там же. С. 12.

<sup>18</sup> *Louvel B.* Op. cit. P. 8.

Л.Т. Ульянова, кандидат юридических наук, доцент юридического факультета МГУ\*

## ЭВОЛЮЦИЯ ИНСТИТУТА ОЦЕНКИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВ ПО ВНУТРЕННЕМУ УБЕЖДЕНИЮ В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ РОССИИ

*В статье анализируются основные этапы эволюции института оценки доказательств по внутреннему убеждению: в период действия Устава уголовного судопроизводства 1864 г., Уголовно-процессуального кодекса РСФСР 1960 г. и УПК РФ 2001 г.*

**Ключевые слова:** оценка доказательств по внутреннему убеждению, уголовно-процессуальные кодексы.

*The article analyzes main stages of evolution of the institution of evaluation of evidence according to internal conviction in accordance with the Charter of the Criminal Procedure 1864, the Code of Criminal Procedure of the Russian Soviet Federative Socialist Republic 1960 and the Code of Criminal Procedure of the Russian Federation 2001.*

**Keywords:** evaluation of evidence according to internal conviction, codes of criminal procedure.

Значение Устава уголовного судопроизводства 1864 г.<sup>1</sup> для развития уголовного процесса велико: им была введена смешанная форма уголовного судопроизводства, предусмотрена система, основанная на свободной оценке доказательств, не имеющих заранее установленной силы. Устав определил систему принципов уголовного судопроизводства, к которым были отнесены: внутреннее судебное убеждение, непосредственность, устность, непрерывность, неизменность состава суда.

Усилиями отечественных ученых-юристов<sup>2</sup> была разработана теория судебных доказательств русского уголовного процесса. Они отмечали, что преступление совершается не на глазах судей, а принадлежит прошлому, поэтому средством познания обстоятельств уголовного дела являются доказательства. Только внутреннее убеждение судей

может быть критерием для правильного разрешения вопроса о виновности обвиняемого.

Ученые отмечали, что внутреннее убеждение судей — это субъективная уверенность в существовании фактов, которые подвергались исследованию. Для того чтобы выработка внутреннего убеждения судьи оставалась свободной и не переходила в систему произвола в решении дел, были определены правила выработки внутреннего убеждения судьи по закону:

1) судебное убеждение должно основываться на доказательствах, представленных суду и проверенных в судебном порядке;

2) каждое доказательство оценивается по его собственной природе и по связи с делом;

3) суд должен разрешить подлежащее ему дело на основании доказательств, им собранных или ему представленных во всей их совокупности.

Средствами, способствующими формированию внутреннего убеждения, являются:

5. 1. *Непосредственность* оценки доказательств — в чистом виде в уголовном процессе не существует, так как событие преступления совершается в прошлом, поэтому суду необходимо пользоваться тем материалом, который собирает следователь и фиксирует в протоколах. Непосредственность требует, чтобы было меньше посредствующих звеньев между судьей и субъектом, дающим показания.

6. 2. *Устность* — находится в близкой связи с непосредственностью; только через применение условия устности устраняются посредники между судьей и исследуемыми доказательствами.

7. 3. *Неизменность* состава суда — означает, что уголовное дело должно рассматриваться одними и теми же судьями. Изменение состава судей приводит к разным мнениям судей, из которых нельзя образовать единое судебное убеждение.

8. 4. *Непрерывность* судебного заседания — понимается в том смысле, что суд не должен смешивать рассмотрение одного дела с рассмотрением другого, так как это приводит к потере целостности впечатления от происходящего исследования доказательств на судебном следствии.

В исследовании доказательств оценка доказательств имеет особое значение. Являясь мыслительной деятельностью, она сопутствует собиранию, проверке доказательств. Судья, придя к выводу о наличии совокупности достаточных доказательств, выносит приговор по уголовному делу. Ученые-юристы утверждали, что материальная истина выясняется на основе доказательств, которые свободно оцениваются по внутреннему убеждению.

Эволюционное развитие уголовного процесса было прервано Октябрьской революцией 1917 г. Декретами о суде № 1 от 24 ноября

\* deperp@law.msu.ru

<sup>1</sup> Устав уголовного судопроизводства 1864 года // Российское законодательство X–XX веков. Т. 8: Судебная реформа / Отв. ред. Б.В. Виленский. М., 1991.

<sup>2</sup> Владимиров Л.В. Учение об уголовных доказательствах. Части общая и особенная. СПб., 1910; Викторский С.М. Русский уголовный процесс. М., 1912; Позднышев С.В. Элементарный учебник русского уголовного процесса. М., 1913; Розин Н.Н. Уголовное судопроизводство. Пг., 1916; Случевский В. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство—судопроизводство. СПб., 1910; Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. Т. 1. СПб., 1912; *Его же*. Курс уголовного судопроизводства. Т. 2. Пг., 1915.

1917 г.<sup>3</sup> были упразднены царские суды, прокуратура, адвокатура; вместе с тем допускалось судопроизводство по Уставу уголовного судопроизводства 1864 г. Декрет о суде № 2 от 7 марта 1918 г.<sup>4</sup> также допускал уголовное судопроизводство по правилам Судебных уставов 1864 г. Декретом о народном суде РСФСР от 30 ноября 1918 г.<sup>5</sup> запрещено делать в приговорах и решениях ссылки на законы свергнутых правительств. Единственным основанием для решения судебных дел признавалось личное убеждение и социалистическое правосознание судьи.

В годы Гражданской войны рассмотрение уголовных дел в революционных или революционно-военных трибуналах также осуществлялось на основе личного убеждения судьи, который руководствовался революционной совестью. По окончании Гражданской войны был принят первый УПК РСФСР 1922 г.<sup>6</sup>, в нем была отражена свобода суда от каких бы то ни было формальных ограничений в искании материальной истины. 31 октября 1924 г. постановлением ЦИК СССР были приняты Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и Союзных республик. В ст. 20–23 содержался принцип оценки доказательств по внутреннему убеждению судьи, не связанному формальными доказательствами. В УПК 1923 г. также были предусмотрены положения, в силу которых суд не ограничивался никакими формальными доказательствами и мог по обстоятельствам дела допустить то или иное доказательство (ст. 57 УПК). А также суд производит оценку доказательств во всей их совокупности на основании внутреннего убеждения (ст. 319 УПК).

Анализируя содержание первых декретов советской власти, некоторые ученые утверждали, что судьи в гражданских и военных трибуналах выносили решения не по внутреннему убеждению, а на основании революционного правосознания. А.Я. Вышинский с этими высказываниями был не согласен и утверждал, что уже в первые годы революции судьи выносили решения по внутреннему убеждению. Он писал: «Во всех случаях, где говорится в этих актах о революционном правосознании или социалистическом правосознании, закон имеет в виду именно принцип внутреннего революционного социалистического судебного убеждения»<sup>7</sup>. А.Я. Вышинский определял роль правосознания в формировании внутреннего убеждения следующим образом: «Правосознание — это конкретное, историческое, обоснованное представление о должном, необходимом, обязательном, законном; представление, сложившееся в условиях классовой борьбы»<sup>8</sup>.

По вопросу о роли правосознания в формировании внутреннего убеждения данный автор утверждает: «Внутреннее убеждение и правосознание судьи неразрывно связаны между собой: больше того, первое в известном смысле обусловлено вторым, относясь к нему, как частное относится к общему»<sup>9</sup>. Из изложенного явствует, что правосознание определяет внутренние убеждения и судьям для вынесения приговора достаточно одного социалистического правосознания.

При разработке Основ уголовного судопроизводства союза ССР и союзных республик 1958 г. и при принятии УПК РСФСР 1960 г. мнение А.Я. Вышинского было учтено. В ст. 71 УПК РСФСР 1960 г. было записано: «Суд, прокурор, следователь и лицо, производящее дознание, оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном и объективном рассмотрении всех обстоятельств дела в их совокупности, руководствуясь законом и социалистическим правосознанием». Положительные черты этого определения, содержащего указания на различные субъекты оценки доказательств и на условия формирования внутреннего убеждения, нивелируются социалистическим правосознанием, которым надлежит руководствоваться суду при вынесении приговора. От свободной оценки доказательств по внутреннему убеждению, провозглашенной Уставом уголовного производства 1864 г., не осталось и следа.

Время идет, социально-экономические условия жизни общества и государства меняются, возникает необходимость в новом законодательстве. В 2001 г. был принят новый УПК РФ. Свободная оценка доказательств предусмотрена ст. 17 УПК РФ, которая гласит: «Судья, присяжные заседатели, а также прокурор, следователь, дознаватель оценивают доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на совокупности имеющихся в уголовном деле доказательств, руководствуясь законом и совестью».

Если сравнить этот текст с формулировкой оценки доказательств, предусмотренной Уставом, то сравнение оказывается не в его пользу. Ключевое слово в этом определении «совокупность имеющихся в уголовном деле доказательств». Термин «совокупность» характеризует количественную сторону доказательств, а для формирования внутреннего убеждения этого недостаточно. Не случайно ч. 1 ст. 88 УПК РФ требует, чтобы каждое доказательство оценивалось с точки зрения относимости, допустимости, достоверности, а все собранные доказательства в совокупности — достаточности для решения уголовного дела. Для того чтобы добиться качественной характеристики совокупности доказательств, необходимо исследовать их в судебном разбирательстве всестороннее, полно и объективно.

<sup>9</sup> Там же. С. 181.

<sup>3</sup> СУ РСФСР. 1917. № 4. Ст. 50.

<sup>4</sup> Там же. № 26. Ст. 420.

<sup>5</sup> Там же. 1918. № 85. Ст. 889.

<sup>6</sup> Там же. 1922. № 20. Ст. 61.

<sup>7</sup> *Вышинский А.Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. М., 1950. С. 166.

<sup>8</sup> Там же. С. 158.

Законодатель не требует исследования собранных доказательств, он ограничивается лишь наличием совокупности доказательств в уголовном деле, хотя без исследования доказательств нельзя установить достоверность вывода.

Содержание ст. 17 УПК РФ можно характеризовать с учетом пассивного положения судьи в судебном разбирательстве, а также применительно к особому порядку судебного разбирательства. В соответствии с ч. 3 ст. 15 УПК судья не является органом уголовного преследования, не выступает на стороне обвинения или на стороне защиты. Суд создает необходимые условия для исполнения сторонами их процессуальных обязанностей и осуществления предоставленных им прав. Судья в судебном разбирательстве довольствуется лишь доказательствами, представленными сторонами, ссылаясь на ст. 291 УПК РФ. Он не заботится об исследовании доказательств, так как в любом случае судья найдет основание для вынесения решения:

1. Если в ходе судебного разбирательства прокурор докажет виновность подсудимого в совершении преступления, то судья может вынести обвинительный приговор.

2. Если в ходе судебного разбирательства, государственный обвинитель придет к выводу, что представленные доказательства не подтверждают предъявленные обвинения, то он отказывается от обвинения, а суд в этом случае прекращает уголовное дело или уголовное преследование по реабилитирующим основаниям.

3. Если в судебном разбирательстве вина подсудимого не будет доказана, суд выносит оправдательный приговор по п. 3 ч. 2 ст. 302 УПК.

4. Если в суде не будет собрано достаточно доказательств и останутся неустранимые сомнения, то суд выносит оправдательный приговор по п. 2 ч. 2 ст. 302 УПК РФ.

Больше всего формулировка ст. 17 УПК подходит к особому порядку разрешения уголовных дел. В соответствии с ч. 5 ст. 316 УПК судья не проводит в общем порядке исследование и оценку доказательств, собранных по уголовному делу: для него важно, чтобы в уголовном деле была совокупность доказательств, собранных на предварительном расследовании. Формирование внутреннего убеждения судьи будет осуществляться в тиши совещательной комнаты. Никто из других участников судебного разбирательства не узнает, есть ли совокупность доказательств, достаточная для признания подсудимого виновным, так как судья не обязан давать анализ доказательств и их оценку судьей в приговоре. Более того, проверить обоснованность приговора доказательственно нельзя ни в апелляционном, ни в кассационном, ни в надзорном порядке (ст. 389.27, ст. 401.15, ст. 412.9 УПК РФ). Только высокий профессионализм и нравственные устои побуждают судей, несмотря на признание подсудимым своей вины, тщательно исследо-

вать материалы, предоставленные предварительным расследованием, и сформировать внутреннее убеждение о виновности подсудимого или усомниться в том, что обвинение, с которым согласился подсудимый, обоснованно. В последнем случае судья выносит постановление о прекращении особого порядка судебного разбирательства и назначает расследование уголовного дела в общем порядке (ч. 7 ст. 316 УПК РФ).

На основании вышеизложенного прихожу к выводу, что нормативное регулирование процесса формирования внутреннего убеждения зависит от целей и задач правосудия. В советские времена внутреннее убеждение опиралось на социалистическое правосознание, обеспечивало применение, толкование и восполнение советских законов.

В настоящее время требование соблюдения разумного срока уголовного судопроизводства, а также экономия материальных средств определили введение упрощенной формы судопроизводства, которая уже охватывает 70% уголовных дел (гл. 40, 40<sup>1</sup>, 32<sup>1</sup> УПК РФ).

В стремлении меньшими усилиями достичь поставленных целей как-то забыли о назначении уголовного судопроизводства защищать права и законные интересы потерпевшего от преступлений, а также защищать личность от незаконного обвинения и осуждения.

Мы не идеализируем дореволюционный уголовный процесс — у него, безусловно, были средства защиты интересов господствующего класса. Однако процессуальные формы оценки доказательств были сформулированы так, что позволили использовать их в любых процессах.

#### Список литературы

1. *Владимиров Л.Е.* Учение об уголовных доказательствах. Части общая и особенная. Спб., 1910.
2. *Вышинский А.Я.* Теория судебных доказательств в советском праве. М., 1950.
3. *Случевский В.* Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство — судопроизводство. Спб., 1910.
4. Устав уголовного судопроизводства 1864 года // Российское законодательство X–XX веков. Т. 8: Судебная реформа / Отв. ред. Б.В. Виленский. М., 1991.

## ПРОБЛЕМЫ СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

**Н.А. Лопашенко**, доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной юридической академии\*

### УГОЛОВНАЯ ПОЛИТИКА ПО ПРИНЦИПУ «ЧЕГО ИЗВОЛИТЕ?», ИЛИ УГОЛОВНЫЙ ЗАКОН КАК СРЕДСТВО РЕШЕНИЯ ВСЕХ ПРОБЛЕМ

*В статье идет речь о перекосах уголовной политики в последнее время. Они, по мнению автора, выражаются в следующих новых тенденциях: стремлении путем законотворчества угодить руководству страны или руководству правоохранительных и судебных органов; желании подкрепить спорные регулятивные законы уголовно-правовым запретом; профилактике движения несогласных уголовным законом (путем принятия уголовного-правового запрета на определенное поведение). Приводятся многочисленные примеры, подтверждающие эти тенденции.*

**Ключевые слова:** уголовная политика, уголовно-правовой запрет, криминализация, качество уголовного закона, уголовное законотворчество, реформа уголовного закона.

*The article deals with the distortions of the criminal policy in recent years. According to the author, they are expressed in the following new tendencies: the desire to please by lawmaking to country leaders or the leadership of law enforcement and the judiciary; desire to reinforce the controversial regulatory laws by criminal prohibitions; preventing the movement of dissenters by criminal law (through the criminal prohibition of certain behavior). Contain numerous examples that prove these tendencies.*

**Keywords:** criminal policy, criminal law prohibition, criminalization, the quality of the criminal law, criminal law-making, reform of the criminal law.

Качество российской уголовной политики последних лет (можно говорить даже о десятилетии), а точнее его полное отсутствие, давно уже никого в науке, к сожалению, не удивляет. При этом законодатель слеп и глух к нашим безысходным попыткам предложить разумные меры по ограничению произвола в реформации Уголовного кодекса, да и вообще к позиции науки — она ему не интересна.

Результат всем известен: за неполных восемнадцать лет существования УК РФ подвергался изменениям федеральными законами 163 раза в такой последовательности:

1997 г. — правок не было,  
1998 г. — 2 закона,  
1999 г. — 7 законов,  
2000 г. — правок не было,  
2001 г. — 8 законов,  
2002 г. — 8 законов,  
2003 г. — 7 законов,  
2004 г. — 5 законов,  
2005 г. — 2 закона,  
2006 г. — 4 закона,  
2007 г. — 10 законов,  
2008 г. — 8 законов,  
2009 г. — 13 законов,  
2010 г. — 22 закона,  
2011 г. — 11 законов,  
2012 г. — 15 законов,  
2013 г. — 22 закона,  
2014 г. — 19 законов.

Таким образом, в год в среднем принималось 9,1 закона, которыми вносились изменения и дополнения в Уголовный кодекс. Думаю, и эта цифра отлично показывает деформации в уголовной политике, потому что ничем невозможно обосновать такое количество поправок в Кодекс, который в любом государстве должен быть стабильным и даже почти неизменным, потому что именно он предусматривает самые жесткие из возможных мер государственного принуждения. Кроме того, это уголовный закон мирного времени и глубинные потрясения случались в этот временной промежуток далеко не каждый год (лишь последний, 2014-й, конечно, внес в нашу жизнь много потрясений). Однако, как видим, даже в относительно спокойный для общества год — 2010-й (даже к мировому экономическому кризису, который начался в 2007–2008 гг., мы на тот момент уже приспособились) в России было принято рекордное число федеральных законов, менявших УК, — 22 (!), что просто абсурдно в условиях все той же страны, с тем же общественно-политическим и экономическим устройством.

Малейший анализ принятых во изменение УК законов показывает, что чаще всего законодатель шел по пути проб и ошибок, интуитивно, не понимая до начала правоприменения (если оно оказывалось возможным по «кривым» нормам), будет ли новая норма эффективна. Но это корректный, или политический вывод. Можно сделать и некорректный, но соответствующий, по моему глубокому убеждению, действительности: часть законов была явно пролоббирована теми, кому они были выгодны, по разным мотивам — начиная от примитивных, экономических, и заканчивая политикой; еще часть — чтобы продемонстрировать высокую рабочую активность отдельных депута-

\* lopashenko@yandex.ru

тов (как известно, «все разбираются» в двух вещах — медицине и уголовном праве!); кому-то это нужно было для апробации кандидатской (докторской) диссертации и т.д.: вывод можно продолжить.

Но все это, повторюсь, грустно, хотя достаточно привычно.

В последние несколько лет в уголовном законодательстве страны стали отчетливо проявляться тенденции, которых раньше не было (во всяком случае на уровне тенденций). Совокупно их можно определить так, как это указывается в названии настоящей статьи — уголовная политика по принципу «чего изволите?». Суть данной политики такова: уголовный закон безжалостно кроится Государственной Думой, улавливающей (а иногда и додумывающей) малейшее неудовольствие высшего руководства страны и правоохранительных органов ситуацией в отдельных сферах жизнедеятельности государства. А уж если это руководство вдруг инициировало какой-то законопроект, то он, скорее всего, обязательно будет принят, каким бы «безумным» он ни был.

Еще одно проявление указанного принципа в уголовной политике последних лет — это «подкрепление» спорных не-уголовных законов уголовно-правовым запретом. Для того чтобы непопулярное законодательство выполнялось, придумывают тут же уголовно-правовые нормы с ответственностью за его неисполнение. Подобные запретительные меры могут использоваться и для борьбы с оппозицией, а точнее — для предупреждения ее борьбы с неудобными законами. Этакая профилактика движения несогласных уголовным законом.

Все сказанное приводит к выводу, что все проблемы в стране законодатель пытается решить одним способом — изменением Уголовного кодекса. Таким образом, последний превращается постепенно, но верно в универсальное «лекарство от всех болезней» (которое, как известно, в мире не существует), т.е. в «пустышку».

Приведу несколько иллюстраций в подтверждение сказанного. Сначала о вопиющей непоследовательности законодательства.

В марте 2010 г. все СМИ наперебой трубили о такой президентской инициативе, как «гуманизация» уголовного экономического законодательства, и, в частности, о предложении президента Д.А. Медведева исключить из УК ст. 173 «Лжепредпринимательство»<sup>1</sup>. В это время в Государственную Думу президентом был внесен соответствующий законопроект с указанием в пояснительной записке: «Как показывает анализ правоприменительной практики, статья 173 “Лжепредпринимательство” УК РФ практически не применяется. Связано это с неопределенностью ее формулировки, а также с тем, что предусмотрен-

ные в ней деяния охватываются другими составами преступлений. По изложенным причинам эту статью предлагается признать утратившей силу». Федеральный закон № 60-ФЗ был принят 7 апреля 2010 г. и ст. 173 УК РФ перестала существовать.

Однако уже в январе 2011 г. президент Д. Медведев сообщил: «Фирмы-однодневки, которые раньше использовались только для обналичивания денежных средств, сейчас превратились в один из каналов, при помощи которых чиновники получают деньги. Нести ответственность за фирмы-однодневки должны не только те, кто их использует, но и те, кто дал паспорт»<sup>2</sup>. В феврале 2011 г. в Государственную Думу был внесен законопроект о введении уголовной ответственности за создание фирм-однодневок (по сути, то же самое лжепредпринимательство). 13 октября 2011 г. президент призвал «как можно скорее принять закон о введении уголовной ответственности за создание фирм-однодневок и пообещал в случае задержек принять “организационные решения”»<sup>3</sup>. Федеральный закон от 7 декабря 2011 г. № 419-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации» включил в уголовный закон две статьи — ст. 173.1 УК «Незаконное образование (создание, реорганизация) юридического лица» и ст. 173.2 УК «Незаконное использование документов для образования (создания, реорганизации) юридического лица». Замечу, не вдаваясь в детали, что качество этих норм гораздо хуже качества ранее исключенной ст. 173 УК, хотя и она была далека от совершенства. Интересно другое: в пояснительной записке к законопроекту вообще ничего не говорится о том, что же побудило законодателя принять этот закон, не указан ни один аргумент, если не считать таковым следующее положение: «Проект Федерального закона “О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и статью 151 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации”... разработан в соответствии с пунктом 6 Перечня поручений Президента Российской Федерации от 26 августа 2010 г. № Пр-2507». В записке просто повторяется содержание новых статей без каких-либо пояснений.

Рассмотрим другой пример. До декабря 2011 г. в УК РФ благополучно существовала ст. 188, которая предусматривала уголовную ответственность за разные виды контрабанды. В декабре 2011 г. по инициативе президента был принят федеральный закон, согласно которому общая норма о контрабанде исключалась с одновременным появлением двух специальных норм — ст. 226.1 «Контрабанда сильнодействующих, ядовитых, отравляющих, взрывчатых, радиоактивных

<sup>1</sup> Президент Медведев предложил Госдуме отменить статью УК «Лжепредпринимательство» // Общая газета. 2010. 2 марта; Медведев отменил лжепредпринимательство: URL: [http://megaconcept.ru/publ/dk/novosti/medvedev\\_otmenil\\_quot\\_lzhepredprinimatelstvo/165-1-0-397](http://megaconcept.ru/publ/dk/novosti/medvedev_otmenil_quot_lzhepredprinimatelstvo/165-1-0-397); Медведев решил отменить уголовную статью «Лжепредпринимательство»: URL: [http://deathtalker.ucoz.ru/news/medvedev\\_reshil\\_otmenit\\_ugolovnuju\\_statju\\_lzhepredprinimatelstvo/2010-03-02-35](http://deathtalker.ucoz.ru/news/medvedev_reshil_otmenit_ugolovnuju_statju_lzhepredprinimatelstvo/2010-03-02-35); и др.

<sup>2</sup> Яковенко Д. Уроки борьбы с однодневками // Эксперт online. 2011. 21 февр.: URL: <http://expert.ru/expert/2011/07/>

<sup>3</sup> Штраф за лжепредпринимательство // Там же. 18 окт.: URL: <http://expert.ru/2011/10/18/>

веществ, радиационных источников, ядерных материалов, огнестрельного оружия или его основных частей, взрывных устройств, боеприпасов, оружия массового поражения, средств его доставки, иного вооружения, иной военной техники, а также материалов и оборудования, которые могут быть использованы при создании оружия массового поражения, средств его доставки, иного вооружения, иной военной техники, а равно стратегически важных товаров и ресурсов или культурных ценностей» и ст. 229.1 «Контрабанда наркотических средств, психотропных веществ, их прекурсоров или аналогов, растений, содержащих наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры, либо их частей, содержащих наркотические средства, психотропные вещества или их прекурсоры, инструментов или оборудования, находящихся под специальным контролем и используемых для изготовления наркотических средств или психотропных веществ». В обоснование этого решения в пояснительной записке отмечалось: «В связи с созданием Таможенного союза в рамках ЕврАзЭС требуется корректировка диспозиции статьи 188 “Контрабанда” Уголовного кодекса Российской Федерации. В то же время давно назрел вопрос о декриминализации деяния, предусмотренного частью первой этой статьи, устанавливающей ответственность за так называемую товарную контрабанду. Следует отметить, что **в странах с развитыми правовыми системами контрабанда товаров, не запрещенных к обороту, не является преступлением** (выделено мною. — *Н.Л.*). Такая контрабанда, как правило, совершается в целях уклонения от уплаты таможенных платежей. Ответственность за это в полной мере предусмотрена статьей 194 Уголовного кодекса Российской Федерации. К этому следует добавить, что в соответствии со статьями 16.1 и 16.2 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях предусмотрена конфискация предметов контрабанды. Кроме того, анализ практики применения части первой статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации позволяет говорить о коррупциогенности этой нормы».

Однако 28 июня 2013 г. по инициативе Правительства РФ был принят закон, которым гл. 22 УК была дополнена новой статьей — ст. 200.1 «Контрабанда наличных денежных средств и (или) денежных инструментов». Таким образом, существенная часть товарной контрабанды (в отношении денежных средств и финансовых инструментов, к которым пока законодатель отнес только дорожные чеки, векселя, чеки (банковские чеки), а также ценные бумаги в документарной форме, что расходится с пониманием финансовых инструментов в позитивном законодательстве, в котором к ним отнесены также товары и пр.) вновь (спустя менее чем 2 года) стала уголовно-наказуемой. При этом произошла криминализация даже более широкая, чем раньше, — за счет существенного снижения размера криминализующего признака. Ранее крупным размером признавалась сумма свыше 1,5 млн р.,

теперь — свыше 20 тыс. долл., т.е. более чем в два раза (это на момент введения нормы, сейчас эта разница еще больше). В пояснительной записке ничего в обоснование этой нормы опять не говорится, кроме общих фраз, относящихся ко всему закону (им вносились изменения и в другие нормы): «Проектом вносятся в федеральные законы изменения, направленные на создание условий для предотвращения, выявления и пресечения финансовых операций, в том числе с использованием фирм-однодневок, и легализации преступных доходов, финансирования терроризма, уклонения от уплаты налогов и таможенных платежей, а также получения коррупционных доходов».

Примеры из того же ряда — злополучные нормы о посягательствах на честь и достоинство личности. Тот же закон, которым была исключена из УК ст. 188, принятый по инициативе президента 7 декабря 2011 г., признал ненужными в уголовном законе составы, связанные с клеветой и оскорблением (ст. 129, 130, 298 УК). Ответственными комитетами, обеспечивавшими прохождение законопроекта, выступили Комитет по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству и Комитет по информационной политике, информационным технологиям и связи. В пояснительной записке указано: «Оскорбление и клевета по степени общественной опасности... более соответствуют деяниям, предусмотренным Кодексом Российской Федерации об административных правонарушениях, нежели Уголовным кодексом Российской Федерации, в связи с чем предлагается статьи 129, 130 и 298 Уголовного кодекса Российской Федерации признать утратившими силу, а ответственность за деяния, предусмотренные указанными статьями, установить в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях».

Не проходит и восьми месяцев, как законом от 28 июля 2012 г. в уголовный закон возвращена уголовная ответственность за клевету с введением новых ст. 128.1 и 298.1 УК. Авторы законопроекта — депутаты П.В. Крашенинников, И.А. Яровая, Д.Ф. Вяткин, В.А. Поневежский, А.Е. Хинштейн, М.Ю. Маркелов и др. Ответственный комитет по прохождению и продвижению законопроекта — Комитет по гражданскому, уголовному, арбитражному и процессуальному законодательству. Согласно пояснительной записке, «проект Федерального закона... направлен на усиление ответственности в части нарушения конституционных прав граждан. В соответствии с Конституцией Российской Федерации достоинство личности охраняется государством. Наряду с этим существующие меры защиты чести и достоинства личности, закрепленные в Кодексе Российской Федерации об административных правонарушениях... регламентирующие законодательные положения о клевете и оскорблении, **в полной мере недостаточны** (выделено мной. — *Н.Л.*). Так, закрепленные санкции в части первой статьи 5.60 “Клевета” КоАП РФ в виде штрафа для граждан в размере от

двух тысяч до трех тысяч рублей представляются неэффективными. Кроме того, **правопорядки практически всех стран мира устанавливают уголовную ответственность за клевету** (выделено мной. — *Н.Л.*). Так, в американском праве клевета делится на письменную и устную. Уголовный кодекс Франции содержит ряд статей, предусматривающих ответственность за клеветнический донос, а уголовное законодательство Китая содержит единую уголовную ответственность за фальсификацию фактов, оговор и клевету в отношении третьих лиц. Уголовная ответственность за клевету предусмотрена и в законодательстве многих государств—участников СНГ. Учитывая специфику уголовно-правовой доктрины российского права, законопроектом предлагается УК РФ дополнить новой статьей 129 «Клевета», установив повышенные санкции, а также новые квалифицирующие признаки по сравнению с ранее действующей аналогичной статьей. Статью 5.60 «Клевета» КоАП РФ предлагается признать утратившей силу».

Возникают вопросы: как за столь короткое время так кардинально мог измениться мировой правопорядок; или же его в свое время просто никто не анализировал? Обращает на себя внимание «степень самостоятельности» российского законодателя в принятии решения: он все же «свою лепту» в законопроект внес — новая норма включена в УК не под предлагавшимся «номером» 129, а под «номером» 128.1(!).

Несколько слов о тех неудачных законах, которые не были бы приняты, если бы российский законодатель был бы самостоятельным и квалифицированным, а не стремился угодить тем, кому нельзя отказать. Например, о внесенном Верховным судом РФ и принятом Государственной Думой федеральном законе, согласно которому в Уголовном кодексе теперь имеется семь (!) статей, посвященных мошенничеству. При этом закон еще на стадии проекта был категорически не поддержан наукой, против него возражали практики; в отзывах на проект Правительства РФ профильных комитетов Государственной Думы содержались многочисленные замечания и указывалось на концептуальные недостатки. Тем не менее он был принят практически в неизменном виде: только санкции статей претерпели изменения — они стали отличаться одна от другой и от общей нормы.

Все новые составы мошенничества — это специальные виды мошенничества, выделенные из основного состава. Необходимость и даже разумность этого шага законодателя вызывают большие сомнения, а то, какими характеристиками наделили эти новые разновидности мошенничества, часто не поддается никакому объяснению. Фактически в ряде случаев были выхолощены и понятие предмета, и понимание объективной стороны мошенничества, а разницей в квалифицирующих признаках и наказании может быть охарактеризован одним словом — не юридическим, но точным и верным — *безобразие*. Верно замечает А.И. Коробеев: «Расскассировать мошенничество на

конкретные шесть видов, оставив в неприкосновенности его общий состав, это все равно что, сохранив общую норму об изнасиловании, предусмотреть уголовную ответственность за изнасилование отдельно взятых Маши, Даши, Глаши и Наташи»<sup>4</sup>.

Результат такого законотворчества наконец стал очевиден, точнее почти очевиден для Конституционного суда РФ. 11 декабря 2014 г. было принято постановление Конституционного Суда РФ № 32-П «По делу о проверке конституционности положений статьи 159.4 Уголовного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Салехардского городского суда Ямало-Ненецкого автономного округа», которым положения ст. 159.4 УК РФ были признаны не соответствующими Конституции РФ, ее ст. 19 (ч. 1), 46 (ч. 1) и 55 (ч. 3) в той мере, в какой эти положения устанавливают за мошенничество, сопряженное с преднамеренным неисполнением договорных обязательств в сфере предпринимательской деятельности, если оно совершено в особо крупном размере, несоизмерное его общественной опасности наказание в виде лишения свободы на срок, позволяющий в системе действующих уголовно-правовых норм отнести данное преступление к категории преступлений средней тяжести, в то время как за совершенное также в особо крупном размере такое же деяние, ответственность за которое без определения его специфики по субъекту и способу совершения применительно к тем или иным конкретным сферам предпринимательской деятельности предусмотрена общей нормой ст. 159 УК РФ, устанавливается наказание в виде лишения свободы на срок, относящий его к категории тяжких преступлений, притом что особо крупным размером применительно к наступлению уголовной ответственности по ст. 159 УК признается существенно меньший размер похищенного, нежели по его ст. 159.4 УК. Но это касается пока только одной из шести специальных норм о мошенничестве, да и конституционность самого существования специальной нормы Конституционного суда РФ подтверждена, к сожалению.

Или можно сказать еще об одной новелле, внесенной тем же, инициатором Правительством РФ законом от 28 июня 2013 г., — изменении составов, посвященных легализации (отмыванию) денежных средств или иного имущества, приобретенных преступным путем. Благодаря ей мы получили две практически одинаковые нормы, отличающиеся лишь субъектом преступления: в ст. 174.1 УК — это лица, совершившие предикатное преступление, в ст. 174 УК — все иные лица. Имевшаяся прежде разница в диспозициях (по ст. 174.1 УК условием ответственности был крупный размер) и в санкциях, которые хоть как-то оправдывали наличие двух статей, ликвидирована. Возникает в таком случае вопрос о необходимости сохранения второй статьи,

<sup>4</sup> Коробеев А.И. Лоскутное одеяло Уголовного кодекса // Независимая газета. 2013. 5 февр.

коль скоро все равно вносили правку в УК. Проще, очевидно, было бы вернуться к первоначальной редакции состава легализации в рамках одной статьи — ст. 174 УК, которая существовала до августа 2001 г.

Применительно к этому изменению УК можно также обратить внимание на очередные проблемы с границами криминализации. В апреле 2010 г. законодатель посчитал, что уголовная ответственность за легализацию, совершенную лицом, которое совершило первичное преступление, должна наступать только при условии легализации в «крупном размере», который до этого реформирования УК характеризовал квалифицированный состав. При этом крупным размером легализации признавалась сумма, превышающая шесть миллионов рублей. Соответствующий законопроект был внесен президентом РФ. В пояснительной записке при обосновании нормы указывалось: «Статья 174.1 “Легализация (отмывание) денежных средств или иного имущества, приобретенных лицом в результате совершения им преступления” УК Российской Федерации ... применяется неоправданно широко».

Однако в принятом летом 2013 г. федеральном законе, инициированном Правительством РФ (одними и теми же людьми, что понятно, в связи с рокировкой президента и премьера), крупный размер как криминообразующий признак был из ст. 174.1 УК исключен и снова стал квалифицирующим признаком, однако с гораздо меньшей начальной суммой — с превышением полутора миллионов рублей. Отмывание имущества на сумму, превышающую шесть миллионов рублей, образует теперь особо квалифицированный состав с признаком «в особо крупном размере», которого раньше не было. Пояснительная записка не содержит аргументации и этого решения, кроме общих фраз по обоснованию всех изменений ряда законодательных актов.

В ряде приводимых примеров я намеренно не даю свое видение того, какой должна быть криминализация и изменения УК: это не важно в данном случае. Важно другое: в уважающем себя государстве уголовный закон не может меняться эклектически и «по мановению» власть предержащих.

Есть и еще один и, наверно, самый грустный аспект этого вопроса. Политическая ангажированность уголовного закона растет и растет стремительно. Увы, создается запас уголовно-правовых норм, которые могут быть использованы в политической борьбе внутри страны. Как правило, эти нормы продвигаются в УК без широкого обсуждения и стремительно, если оценивать время внесения законопроекта и время его принятия. Примеров, к сожалению, много.

Так, федеральным законом от 20 июля 2012 г. УК был дополнен новой статьей — ст. 330.1 «Злостное уклонение от исполнения обязанностей, определенных законодательством Российской Федерации о некоммерческих организациях, выполняющих функции иностранного агента». Сама по себе эта статья — непревзойденный «шедевр»

уголовного законодательства. Согласно диспозиции, наказывается «злостное уклонение от исполнения обязанностей по представлению документов, необходимых для включения в предусмотренный пунктом 10 статьи 13.1 Федерального закона от 12 января 1996 года № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» реестр некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента». Вот это уголовно-правовая гарантия действия конкретной нормы позитивного законодательства! И какой резерв для дальнейшего совершенствования уголовного закона! Позитивных законов — тьма, статей в них — еще большая тьма, а уж пунктов в этих статьях — тьма и тьма, и тьма. И формулировка хороша, универсальна: злостное уклонение от исполнения пункта такого-то статьи такой-то закона такого-то. Это — если ерничать (правда, замечу в скобках, что не ерничать не получается никак; разумных доводов уже давно не хватает, да и не слышит их наш законодатель).

А если серьезно, то появление подобных норм в уголовном законе навеивает печальные параллели с тридцатыми годами прошлого столетия. При этом, обратите внимание: уголовный запрет вводится одновременно с изменением позитивного законодательства и появлением в нем понятия «иностраннный агент». Законопроект был инициирован большой группой депутатов (досчитав до ста, я сбилась со счета, но это еще не было и половины авторов), внесен в Государственную Думу РФ 29 июня 2012 г., 6 июля 2012 г. принят в первом чтении, 13 июля — во втором и в третьем, 18 июля одобрен Советом Федерации, 20 июля 2012 г. — подписан Президентом РФ. Хорошо хоть в действие вступил спустя 120 дней. Аргументация сводится к следующей фразе в пояснительной записке: «Настоящий проект Федерального закона ... подготовлен с целью обеспечения открытости и публичности в деятельности некоммерческих организаций, выполняющих функции иностранного агента, и направлен на организацию должного общественного контроля за работой некоммерческих организаций, осуществляющих политическую деятельность на территории Российской Федерации и финансируемых из иностранных источников». Таким образом, мало того, что осуществлено на законодательном уровне дискриминационное «клеймение» некоммерческих организаций, к числу которых в связи с размытостью понятия «политическая деятельность» (по этому поводу обращался в Конституционный суд страны, как известно, уполномоченный по правам человека, однако, по сути, его позицию Конституционный суд не поддержал<sup>5</sup>) могут быть отнесены все

<sup>5</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 08.04.2014 № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 6 статьи 2 и пункта 7 статьи 32 Федерального закона “О некоммерческих организациях”, части шестой статьи 29 Федерального закона “Об общественных объединениях» и части 1 статьи 19.34 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях в связи с жалобами Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации, фонда «Костромской центр пол-

без исключения некоммерческие организации, получающие любое финансирование (в том числе в виде научных грантов) из-за рубежа (и тоже любого, хоть из Украины или Беларуси, хоть из США, хоть из Тринидад и Тобаго), так еще и установили строгую уголовную ответственность (в том числе и лишение свободы до двух лет) для тех представителей некоммерческих организаций, кто не желает получить такой позорящий статус. Дабы не повадно было.

Другой пример. Федеральный закон от 12 ноября 2012 г. № 190-ФЗ внес существенные изменения в ст. 275 УК «Государственная измена». Законопроект был внесен в Государственную Думу РФ Правительством РФ осенью 2008 г., но в декабре этого же года был мягко заморожен: направлен в различные инстанции для проработки. К нему вернулись спустя четыре года, в июле 2012 г. 23 октября 2012 г. законопроект был принят во втором и третьем чтениях, 12 ноября 2012 г. — подписан президентом РФ, 14 ноября 2012 г. — опубликован и в этот же день вступил в действие.

Суть поправок сводится к тому, что вместо понятной и привычной формы государственной измены («иное оказание помощи иностранному государству, иностранной организации или их представителям в проведении враждебной деятельности в ущерб внешней безопасности Российской Федерации») внесена в закон следующая формулировка: «оказание финансовой, материально-технической, консультационной или иной помощи иностранному государству, международной либо иностранной организации или их представителям в деятельности, направленной против безопасности Российской Федерации». Крайне примечательна аргументация изменений закона в пояснительной записке. В ней сказано: «...такая форма измены, как “оказание помощи иностранному адресату в проведении враждебной деятельности в ущерб внешней безопасности Российской Федерации”, нуждается в корректировке. На неопределенность признаков данной формы государственной измены, дающую основания к ее противоречивому и произвольному толкованию правоприменителем, обращалось внимание судьями Конституционного Суда РФ (см. особые мнения Витрука Н.В. и Кононова А.Л. в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 20 декабря 1995 г. № 17-П “По делу о проверке конституционности ряда положений пункта “а” статьи 64 Уголовного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданина В.А. Смирнова”). Указанная форма государственной измены в действующем редакционном оформлении является крайне сложной для доказывания, поскольку ссылки на недоказанность наличия в действиях лица признаков проведения именно “враждебной” деятельности используются защитой в качестве основного аргумента для освобождения обвиняемых и подсу-

держки общественных инициатив», граждан Л.Г. Кузьминой, С.М. Смирнского и В.П. Юкечева».

димых от уголовной ответственности и наказания». И далее: «Внесение изменений в диспозицию статьи 275 УК России в целях конкретизации объективной и субъективной сторон состава данного преступления применительно к трем традиционным формам государственной измены, а также субъекта такой формы государственной измены, как выдача государственной тайны, позволят, с одной стороны, исключить саму возможность произвола и злоупотреблений со стороны правоприменителей в случае привлечения к ответственности по указанной статье, с другой стороны, в полной мере реализовать назначение уголовного судопроизводства, состоящее как в защите потерпевших от преступных посягательств, так и защите личности от незаконного и необоснованного обвинения, осуждения, ограничения ее прав и свобод».

Однако в действительности все обстоит с точностью до наоборот, и, думаю, упомянутые в записке судьи Конституционного суда РФ даже не предполагали, КАК будет использовано их особое мнение. Не надо быть большим специалистом в уголовном праве и даже в праве вообще, чтобы понять, что новая формулировка диспозиции ст. 275 УК такова, что позволяет усмотреть тягчайшее преступление — государственную измену — в любых отношениях с иностранными гражданами, организациями и государствами, поскольку любой контакт может быть расценен как помощь: если не материальная, то консультативная, если не консультативная, то неопределенная и, следовательно, неограниченная ничем «иная помощь»; да и любой шаг иностранного гражданина, опять-таки, может быть отнесен к направленной против государственной безопасности деятельности. Образно говоря, да и не образно тоже: помог иностранному гражданину разыскать нужный дом на улице — предал Родину. А в современных сложных политических и экономических условиях такая реакция становится не просто возможной, увы...

Подводить итоги написанного грустно. Но очевидно одно: уголовный закон не должен превращаться стараниями законодателя в погрешку для власть предержащих и в дубинку для оппозиции. Он уважаем только тогда, когда сохраняет аполитический нейтралитет и борется с реальной, общественно (а не точно и индивидуально) опасной преступностью.

### Список литературы

1. *Коробеев А.И.* Лоскутное одеяло Уголовного кодекса // Независимая газета. 2013. 5 февр.
2. Президент Медведев предложил Госдуме отменить статью УК «Лже-предпринимательство» // Общая газета. 2010. 2 марта.
3. *Яковенко Д.* Уроки борьбы с однодневками // Эксперт-online. 2011. 21 февр.

**А.П. Кузнецов**, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ, профессор кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Нижегородской академии МВД России\*

## ПРОБЛЕМЫ РАССОГЛАСОВАННОСТИ ПОЛОЖЕНИЙ ГЛАВЫ 22 УК РФ С ПОЛОЖЕНИЯМИ ОТРАСЛЕВЫХ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВ

*В статье автор обращает внимание на проблему правовых несогласований (коллизий), допущенных в процессе правотворческой деятельности законодателем, на примере исследований уголовного и смежных с ним законодательств.*

**Ключевые слова:** правовая несогласованность, системность уголовного законодательства, правотворчество законодателя.

*The author draws attention to the problem of legal inconsistencies (collision), made in the process of law-making by the legislator, on the example of the criminal and contiguous legislation.*

**Keywords:** legal inconsistencies, system of criminal law, law-making of legislator.

В юридической литературе ученые традиционно рассматривают проблемы согласования правовых положений на уровне всей правовой системы. Наряду с другими категориями (экономической, политической, социальной систем) правовая система прочно вошла в научный и практический оборот. Несмотря на определенную специфику применения различных юридико-технологических приемов, используемых в различных отраслях права, законодатель должен стремиться к унификации правовых предписаний, их гармонизации для целенаправленного регулирования правового поведения субъектов с учетом тех или иных социальных интересов. В рамках правовой системы достигается согласованность, взаимосвязь правовых средств, правовых категорий, всего правового инструментария. Так должно быть, но российская действительность свидетельствует об обратном. В процессе законотворческой деятельности при изготовлении правового продукта наблюдается многополярность содержательного и оформительского характера, выражающаяся в неудачном формулировании норм-дефиниций, дублировании и искажении терминов, путанице текста, игнорировании системных связей, сомнительном названии статей и обозначении их частей и др.<sup>1</sup> В представленной статье автор обра-

щает внимание научной общественности на проблему правовых несогласований (коллизий), допущенных в процессе правотворческой деятельности законодателем, на примере исследований уголовного и смежных с ним законодательств.

*Ситуация 1.* Законодатель в примечании 4 к ст. 178 УК РФ предусмотрел, что неоднократным злоупотреблением доминирующим положением признается совершенное лицом злоупотребление доминирующим положением более двух раз в течение трех лет, за которое указанное лицо было привлечено к административной ответственности. По мнению Л.В. Иногамовой-Хегай, в данном случае требуется выполнение трех условий: а) нарушений должно быть не менее трех; б) нарушения должны быть совершены в промежуток в три года; в) за каждое нарушение должно быть вынесено административное взыскание<sup>2</sup>. Как видно, текст данного примечания противоречит административному законодательству, так как оно сформулировано без учета положений ст. 4.6 КоАП РФ, не приняты во внимание сроки административного взыскания. В соответствии с указанной статьей «лицо, которому назначено административное наказание за совершение административного правонарушения, считается подвергнутым данному наказанию в течение одного года со дня окончательного исполнения постановления о назначении административного взыскания». Таким образом, по истечении указанного срока между двумя административными правонарушениями (административное наказание утрачивает свои правовые последствия, т.е. погашается) лицо считается не подвергнутым за первое из них административному наказанию, что в свою очередь исключает признак неоднократности злоупотребления доминирующим положением. Поэтому обстоятельства, изложенные в примечании 4 к ст. 178 УК РФ, не могут иметь место, если перерыв между двумя из трех случаев привлечения к административной ответственности за злоупотребление доминирующим положением за три года превышает годичный срок. Соответственно состав преступления не наличествует, но преступление совершено быть не может<sup>3</sup>.

*Ситуация 2.* В ч. 2 ст. 180 УК РФ законодатель предусмотрел ответственность за «незаконное использование предупредительной маркировки в отношении незарегистрированного в РФ товарного знака или наименования места происхождения товара, если это деяние совершено неоднократно...». Исходя из законодательной фабулы, речь

<sup>2</sup> См.: Иногамова-Хегай Л.В. О системности и сбалансированности норм Уголовного кодекса Российской Федерации в начале XXI века // Науч. тр. РАЮН: В 3 т. Т. 2. М., 2004. С. 548; *Ее же*. Тенденции уголовной политики в сфере борьбы с экономическими преступлениями // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: Материалы совместного российско-германского круглого стола (9 октября 2009 г.). М., 2009. С. 120.

<sup>3</sup> См.: Благов Е.В. Состав экономического преступления и преступление, которого... нет // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. С. 45.

\*  
<sup>1</sup> См.: Тихомиров Ю.А. Законодательная техника как фактор эффективности законодательной и правоприменительной деятельности // Проблемы юридической техники: Сб. ст. / Под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 44.

идет об административно-правовой преюдиции, т.е. лицо должно быть привлечено к административной ответственности за административное правонарушение. Выполнить указанное условие представляется не только проблематичным, но и неосуществимым, так как в административном законодательстве отсутствует норма об ответственности за незаконное использование предупредительной маркировки. Таким образом, ч. 2 ст. 180 УК РФ обречена на неприменение.

*Ситуация 3.* Примером межотраслевой рассогласованности могут служить положения уголовного и административного законодательства в части установления ответственности за незаконное использование товарного знака. Законодатель в ст. 180 УК РФ предусмотрел ответственность за «незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ним обозначений для однородных товаров, если это деяние совершено *неоднократно* (курсив мой. — А.К.) или причинило крупный ущерб». Одновременно с этим законодатель также предусмотрел ответственность за незаконное использование товарного знака в ст. 14.9 КоАП РФ и изложил ее в следующей редакции: «незаконное использование чужого товарного знака, знака обслуживания, наименования места происхождения товара или сходных с ним обозначений для однородных товаров».

Таким образом, исходя из законодательной фабулы, изложенной в ч. 1 ст. 180 УК РФ, на практике может возникнуть такая ситуация, когда лицо за первое правонарушение было подвергнуто административному наказанию в соответствии со ст. 14.10 КоАП РФ и после этого совершило вновь правонарушение (не повлекшее крупный ущерб). В этой связи его действия необходимо рассматривать как совершенные неоднократно, если не истек срок, в течение которого лицо считается подвергавшимся административному наказанию<sup>4</sup>. В данном случае лицо совершает однородные действия, предусмотренные одной статьей, и подлежит уголовной ответственности по ч. 1 ст. 180 УК РФ. На первый взгляд здесь не возникает никаких проблем, но исследование административно-правовых норм показывает, что проблемы все же имеются. Если принять во внимание положение п. 2 ч. 1 ст. 4.3 КоАП РФ, привлечение лица к уголовной ответственности невозможно. Согласно указанной статье повторное совершение однородного административного правонарушения признается обстоятельством, отягчающим административную ответственность, если за совершение первого административного правонарушения лицо уже подвергалось административному наказанию, по которому не истек срок, в течение которого лицо считается подвергнутым административному наказанию. Исходя из важнейшего уголовно-правового принципа — экономии уголовно-

правовой репрессии, в случае повторного незаконного использования товарного знака приоритет должен отдаваться административному законодательству. Объясняется это тем, что уголовно-правовая норма не может применяться к лицу, совершившему деяние, до тех пор пока не будет исчерпан в полном объеме правовой потенциал, установленный в норме административного законодательства. Следует отметить, что в уголовно-правовой литературе признак неоднократности, используемый в уголовном законодательстве применительно к ст. 180 УК РФ понимался как повторность действий, которые необязательно должны преследоваться предварительно в административном порядке. С данным суждением трудно согласиться исходя из того, что лицо, совершившее деяние, связанное с незаконным использованием чужого товарного знака, будет привлекаться к уголовной ответственности, которая не регламентирована правовыми предписаниями на основании только самого деяния. Такой подход нельзя считать приемлемым и противоречащим принятым установкам в правовом государстве.

*Ситуация 4.* Нормой, свидетельствующей о нарушении принципа системности уголовного законодательства и иного законодательства, является ст. 171<sup>1</sup> УК РФ, устанавливающая ответственность за производство, приобретение, хранение, перевозку в целях сбыта или сбыт немаркированных товаров и продукции, которые подлежат обязательной маркировке марками акцизного сбора, специальными марками или знаками соответствия, защищенными от подделок, совершенные в крупном размере. Конструкция ее диспозиции является бланкетной и отсылает правоприменителя к различным правовым актам, т.е. на системность, сбалансированность и правильность применения уголовно-правовой нормы оказывают влияние нормативные положения других отраслей права.

Отметим, что знаки соответствия, защищенные от подделок, были введены в России Постановлением Правительства РФ от 17 мая 1997 г. № 601 «О маркировании товаров и продукции на территории РФ знаками соответствия, защищенными от подделок»<sup>5</sup>. Обращение к правовому массиву показало, что Конституционный Суд РФ Постановлением № 15-П от 22 ноября 2001 г. признал не соответствующим Конституции РФ введение не относящейся к сертификации обязательной маркировки конкретной продукции марками учетной информации с оплатой соответствующих расходов субъектами предпринимательской деятельности. Правительство РФ на основании указанного Постановления Конституционного Суда отменило свое Постановление от 17 мая 1997 г., а также все последующие изменения и дополнения, которые были в него внесены. Полагаем, что с февраля 2002 г. уголовная ответственность перестала распространяться на лю-

<sup>4</sup> См.: Кондрашина В.А. Ответственность за незаконное использование товарного знака по уголовному праву России. Казань, 2004. С. 36.

<sup>5</sup> Собрание законодательства РФ. 1997. № 21. Ст. 2487.

бые действия, связанные с оборотом знаков соответствия, защищенных от подделок (оборот немаркированной знаками соответствия аудио-, видео-, компьютерной техники и оргтехники (ст. 171 УК)<sup>6</sup>).

*Ситуация 5.* В действующем российском уголовном законодательстве предусмотрена ответственность за: уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с физических лиц (ст. 198 УК РФ); уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с организаций (ст. 199 УК РФ); неисполнение обязанностей налогового агента (ст. 199<sup>1</sup> УК РФ); сокрытие денежных средств либо имущества организации или индивидуального предпринимателя, за счет которых производится взыскание налогов и (или) сборов.

Конструкции составов налоговых преступлений настолько сложны и неопределенны как с точки зрения юридико-технического, так и с точки зрения лексического построения, что с неизбежностью затрудняет их применение. Во всех случаях при квалификации указанных противоправных деяний, посягающих на налоговые отношения, правоприменитель в соответствии с диспозициями статей должен обращаться к законодательству Российской Федерации о налогах и сборах.

При описании признаков объективной стороны составов преступлений законодатель в качестве криминообразующих признаков использовал термины: «уклонение», «налоги», «сборы». В свою очередь при конструировании объективной стороны налогового правонарушения, указанного в ч. 1 ст. 122 Налогового кодекса РФ, законодатель использовал другую терминологию и изложил диспозицию в следующей редакции: «*Неуплата* или *неполная* уплата сумм *налога, сбора* (курсив мой. — А.К.) в результате занижения налоговой базы, иного неправильного исчисления налога (сбора) или других неправомерных действий (бездействия)».

Сравнительное исследование налогового и уголовного законодательства позволило установить существенные противоречия в применении терминологического инструментария. При описании криминообразующих признаков объективной стороны, во-первых, использовано существительное «налоги», «сборы» во множественном числе, а не «налог», «сбор» в единственном числе, как в налоговом законодательстве. Согласно филологическому способу толкования, уголовная ответственность может наступать только в том случае, если уклонение будет совершаться в отношении двух налогов, сборов, а не одного налога, сбора, независимо от размера.

Во-вторых, при конструировании признаков объективной стороны законодатель использовал термин «уклонение» (в налоговом законодательстве — «неуплата» или «неполная уплата»), тем самым создал определенные трудности в процессе квалификации ст. 198, 199 УК РФ.

<sup>6</sup> *Иногамова-Хегай Л.В.* О системности и сбалансированности норм Уголовного кодекса Российской Федерации в начале XXI века. С. 548.

Исходя их законодательной конструкции уголовно-правовых норм, можно в установленном порядке представлять налоговые документы без внесения в них заведомо ложных сведений, но налог не платить, так как за неуплату налога ответственность не наступает.

Возникшие расхождения стали возможны в результате нечетко сформулированных положений, несовершенства конструкции смежных отраслей права — уголовного и налогового, их противоречивости. Межотраслевые коллизии необходимо устранить путем внесения изменений в уголовный закон.

*Ситуация 6.* В Уголовном кодексе РФ в ст. 198, 199, 199<sup>1</sup>, 199<sup>2</sup> законодатель предусматривает ответственность за уклонение от уплаты сборов. В данном случае законодательная регламентация сбора как предмета налоговых преступлений вызывает определенные сомнения. В соответствии с Налоговым кодексом РФ (ч. 2 ст. 8) сбор — это обязательный взнос, взимаемый с организаций и физических лиц, уплата которого является одним из условий совершения в отношении плательщика сборов государственными органами, органами местного самоуправления, иными уполномоченными органами и должностными лицами юридически значимых действий, включая предоставление определенных прав или выдачу разрешения (лицензии). Таким образом, сбор — это плата организации или физического лица за услугу в виде юридически значимых действий, предоставляемых государством. Учитывая возникшие противоречия между положениями, сформулированными в уголовном законе и налоговом законодательстве, представляется целесообразным возложить ответственность за уклонение от уплаты сборов исключить. Объяснение этому видится в том, что, во-первых, в соответствии с налоговым законодательством в систему налогов и сборов включены только два вида сбора (государственная пошлина и сборы за пользование объектами животного мира и за пользование объектами водных биологических ресурсов), размеры которых являются незначительными; во-вторых, обязанности предоставления соответствующих документов, возлагаемой на плательщика сборов, не существует, поскольку уплата сбора происходит, в отличие от налога, в силу существующей правовой обязанности, а не в силу реализации субъективного права лица. Несмотря на то что закон криминализирует возможность уклонения от уплаты сбора путем не предоставления документов, предъявление которых в соответствии с налоговым законодательством обязательно, на практике такая ситуация невозможна; в-третьих, правовая природа сборов отличается от правовой природы налоговых платежей<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> См.: Уголовно-правовой анализ составов и проблемы квалификации отдельных преступлений в сфере экономической деятельности // Основные проблемы реформирования уголовно-правовых норм об экономических преступлениях и практики их при-

В соответствии со ст. 24 Налогового кодекса РФ налоговыми агентами признаются лица, на которых в соответствии с настоящим Кодексом возложены обязанности по исчислению, удержанию у налогоплательщика и перечислению налогов в бюджетную систему. Исходя из текста указанной статьи, законодатель в ст. 24 НК РФ закрепил обязанность налогового агента исчислять, удерживать и перечислять налоги. Удержание и перечисление страховых взносов на налогового агента не возлагается. В связи с этим лишним является криминализация в УК ответственности налоговых агентов за неисполнение ими обязанностей по исчислению, удержанию и перечислению в бюджетную систему сборов.

Следует также согласиться с высказанными суждениями об исключении из диспозиции ст. 199<sup>2</sup> УК РФ термина «внебюджетный фонд», так как для налогового агента обязанность удержания и перечисления налогов действующим налоговым законодательством не предусмотрена<sup>8</sup>.

*Ситуация 7.* Законодатель в ст. 198 УК РФ «Уклонение от уплаты налогов и (или) сборов с физического лица» устанавливает ответственность за «непредставление налоговой декларации или иных документов, представление которых в соответствии с законодательством Российской Федерации о налогах и сборах является обязательными, либо путем включения в налоговую декларацию или таких документов заведомо ложных сведений». Как видно из диспозиции указанной статьи, законодатель криминализировал два деяния: а) лицо не представило в налоговый орган декларацию или иной документ либо б) представило декларацию или иные документы, но заведомо исказило их данные.

В соответствии со ст. 163 Налогового кодекса РФ налогоплательщики, являющиеся физическими лицами, уплачивают транспортный налог на основании налогового уведомления, направляемого налоговым органом. Одновременно с этим в ст. 397 Налогового кодекса РФ предусматривается аналогичное правило в отношении земельного налога, т.е. обязанность по информированию налогоплательщика об уплате им налогов возлагается на налоговый орган. Данный пример свидетельствует, что законодатель допустил несогласованность положений, сформулированных в двух федеральных законах — Налоговом и Уголовном кодексах РФ. Вводя уголовную ответственность за указанные выше деяния, законодатель не учел закрепленное в НК РФ положения, согласно которому налоговый агент для уплаты налога не по всем их видам предусматривает обязанность подачи декларации или иных документов. В настоящее время сложилась ситуация, согласно

которой сознательная неуплата данных налогов налогоплательщиками (физическими лицами) не является уголовно наказуемой<sup>9</sup>.

Юридино-технические ошибки, выразившиеся в неточности, неясности, неопределенности уголовного закона, порождают возможности неоднозначного толкования и, следовательно, применения его норм в противоречии конституционным принципам, из которых вытекает обобщенное к законодателю требование определенности, ясности, недвусмысленности правовых норм, их согласованности в системе действующего правового регулирования<sup>10</sup>.

*Ситуация 8.* В Российской Федерации экономическая политика государства реализуется в рамках бюджетной системы с помощью финансово-кредитного механизма, регламентированного Бюджетным кодексом Российской Федерации<sup>11</sup>. Несоблюдение требований, установленных в указанном нормативно-правовом акте, или отступление от них признаются неправомерными действиями, нарушающими бюджетное законодательство. В этой связи неслучайно законодатель Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ в Уголовный кодекс РФ включил ст. 285<sup>1</sup> «Нецелевое расходование бюджетных средств» и ст. 285<sup>2</sup> «Нецелевое расходование средств государственных внебюджетных фондов». Потребность в уголовно-правовой охране финансовых отношений в деятельности государства объяснялась тем, что в результате совершения названных преступлений нарушается не только законодательно регламентированная деятельность государственного аппарата управления и местного самоуправления, но и подрываются основы бюджетной системы, создаются благоприятные условия для различных форм злоупотреблений должностными лицами, причиняется существенный имущественный ущерб охраняемым законом интересам граждан, общества и государства.

Так, в соответствии со ст. 285<sup>1</sup> УК РФ уголовно наказуемым деянием признается расходование бюджетных средств должностным лицом получателя бюджетных средств на цели, не соответствующие условиям их получения, определенным утвержденным бюджетом, бюджетной росписью, уведомлением о бюджетных ассигнованиях, сметой доходов и расходов либо иным документом, являющимся основанием для получения бюджетных средств, совершенное в крупном размере. Бланкетная диспозиция конструкции указанной статьи обязывает правоприменителя обращаться к положениям Бюджетного кодекса РФ и использовать их при установлении признаков объективной стороны преступления.

<sup>9</sup> См.: Кузнецов А.П. Государственная политика противодействия налоговым преступлениям: проблема формирования, законодательной регламентации и практического осуществления / Под ред. П.Н. Панченко. Н.Новгород, 2003. С. 120.

<sup>10</sup> Вестник Конституционного Суда РФ. 2008. № 4. Ст. 23.

<sup>11</sup> Собрание законодательства РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

менения на современном этапе развития России / Л.Л. Кругликов, А.В. Иванчин, О.В. Комарова и др. Ярославль, 2012. С. 155 (авт. гл. 5 — О.Г. Соловьев).

<sup>8</sup> Там же. С. 233.

В частности, ст. 160 Бюджетного кодекса РФ устанавливает ответственность главного распорядителя и распорядителя бюджетных средств за нецелевое использование выделенных в их распоряжение бюджетных средств. Следует отметить, что согласно данному правовому акту главный распорядитель средств федерального бюджета — это орган государственной власти Российской Федерации, имеющий право распределять средства федерального бюджета по подведомственным распорядителям и получателям бюджетных средств, определенный ведомственной классификацией расходов федерального бюджета. Главный распорядитель средств бюджета субъекта РФ и главный распорядитель средств местного бюджета — соответственно органы государственной власти субъекта РФ, органы местного самоуправления, бюджетное учреждение, имеющее право распределять бюджетные средства по подведомственным распорядителям и получателям средств бюджета субъекта РФ, средств местного бюджета, определенные ведомственной классификацией расходов соответствующего бюджета (ст. 158 БК РФ). Распорядитель бюджетных средств — это орган государственной власти или орган местного самоуправления, имеющий право распределять бюджетные средства по подведомственным получателям бюджетных средств (п. 1 ст. 59 БК РФ). Как видно, Бюджетный кодекс РФ различает *распорядителей* бюджетных средств и *получателей* бюджетных средств. Исходя из того, что в ст. 285<sup>1</sup> УК РФ устанавливается ответственность за нецелевое расходование бюджетных средств получателя бюджетных средств, можно предположить, что нецелевое использование бюджетных средств, совершенное должностным лицом главного распорядителя или распорядителя бюджетных средств, не подпадает под действие ст. 285<sup>1</sup> УК РФ и в связи с этим ее нахождение в главе 30 УК РФ становится бесполезной<sup>12</sup>. Таким образом, можно констатировать имеющиеся несогласования положений Бюджетного кодекса РФ и Уголовного кодекса РФ.

*Ситуация 9.* В соответствии со ст. 289 Бюджетного кодекса РФ нецелевое использование бюджетных средств выражается в направлении и использовании их на цели, не соответствующие условиям получения указанных средств, определенным утвержденным бюджетом, бюджетной росписью, уведомлением о бюджетных ассигнованиях, сметой о доходах и расходах либо иным основаниям их получения. Отметим, что одним из принципов бюджетной системы Российской Федерации является принцип адресности и целевого характера бюджетных средств, означающий, что бюджетные средства выделяются в распоряжение конкретных получателей бюджетных средств с обозначением направления их на финансирование конкретных целей. Несоблюдение

требований адресности предусмотренных бюджетных средств либо их направление на цели, не установленные в бюджете при выделении конкретных сумм средств, признаются неправомерными действиями, нарушающими бюджетное законодательство<sup>13</sup>. Как видно, законодательные дефиниции уголовного и бюджетного законодательства имеют определенные различия. Если в уголовном законе предусмотрена ответственность за *нецелевое расходование* бюджетных средств, то в бюджетном законе ответственность наступает за *нецелевое использование* бюджетных средств. Несмотря на некоторые семантические сходства, более точным и правильным с точки зрения юридической техники и филологии является применение термина «использование», так как использование бюджетных средств предполагает не только их расходование, но и пользование в любых других формах<sup>14</sup>. Несогласованность правовых предписаний, выразившихся в установлении признаков деяния, в данном случае требует, на наш взгляд, устранения.

*Ситуация 10.* Примером несогласованности уголовного законодательства с другими отраслевыми законами может служить ст. 197 УК РФ «Фиктивное банкротство». Учитывая бланкетный характер этой нормы, толкование термина «объявление несостоятельности» требует обращения к гражданскому законодательству, в частности законодательству о банкротстве. Гражданское законодательство до недавнего времени различало два способа объявления о несостоятельности: объявление о несостоятельности в качестве внесудебной процедуры; обращение с заявлением в суд, в результате которого должник признавался банкротом, — в качестве судебной процедуры. Однако принятый 26 октября 2002 г. Федеральный закон № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>15</sup> исключил норму о добровольном объявлении о банкротстве должника, а Федеральный закон от 3 января 2006 г. № 6-ФЗ «О внесении изменений в первую часть гражданского кодекса Российской Федерации и Бюджетный кодекс Российской Федерации»<sup>16</sup> внес изменения в ГК РФ, согласно которым из гражданского законодательства исключен институт объявления должника банкротом. В итоге такая внесудебная процедура, как объявление о банкротстве, исключена из сферы правового регулирования как в ГК РФ, так и в законе о банкротстве, поскольку оставлен только судебный порядок обращения с заявлением в суд. В результате чего уголовно-правовая норма о фиктивном банкротстве полностью утратила свое юридическое значение. Исходя из действующего гражданского законодательства и закона

<sup>13</sup> Собрание законодательства РФ. 1998. № 3. Ст. 3823.

<sup>14</sup> Тимченко В.А., Вершинин А.В. Уголовно-правовая квалификация хищения и нецелевого расходования бюджетных средств // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. 2007. № 1. С. 149.

<sup>15</sup> Собрание законодательства РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

<sup>16</sup> Там же. 2006. № 2. Ст. 171.

<sup>12</sup> См.: Волженкин Б.В. Служебные преступления: комментарий законодательства и судебной практики. СПб., 2005. С. 125.

о банкротстве, совершение этого преступления невозможно. Таким образом, наличие ст. 197 УК РФ нарушает системность уголовного и гражданского законодательства в связи с невозможностью ее применения на практике. Возникшую коллизию можно устранить только путем декриминализации фиктивного банкротства и исключения ст. 197 из уголовного закона.

### Список литературы

1. *Благов Е.В.* Состав экономического преступления и преступление, которого... нет // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: Материалы совместного российско-германского круглого стола (9 октября 2009 г.). М., 2009.
2. *Волженкин Б.В.* Служебные преступления: комментарий законодательства и судебной практики. СПб., 2005.
3. *Иногамова-Хегай Л.В.* О системности и сбалансированности норм Уголовного кодекса Российской Федерации в начале XXI века // Науч. тр. РАЮН: В 3 т. Т. 2. М., 2004.
4. *Кондрашина В.А.* Ответственность за незаконное использование товарного знака по уголовному праву России. Казань, 2004.
5. *Кузнецов А.П.* Государственная политика противодействия налоговым преступлениям: проблема формирования, законодательной регламентации и практического осуществления / Под ред. П.Н. Панченко. Н.Новгород, 2003.
6. *Соловьев О.Г.* Уголовно-правовой анализ составов и проблемы квалификации отдельных преступлений в сфере экономической деятельности // Основные проблемы реформирования уголовно-правовых норм об экономических преступлениях и практики их применения на современном этапе развития России / Л.Л. Кругликов, А.В. Иванчин, О.В. Комарова и др. Ярославль, 2012.
7. *Тимченко В.А., Вершинин А.В.* Уголовно-правовая квалификация хищения и нецелевого расходования бюджетных средств // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. 2007. № 1.
8. *Тихомиров Ю.А.* Законодательная техника как фактор эффективности законодательной и правоприменительной деятельности // Проблемы юридической техники: Сб. ст. / Под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000.

## ИСТОРИЯ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА

**О.Л. Лысенко**, кандидат юридических наук, доцент кафедры истории государства и права юридического факультета МГУ\*

### «ПРЕДТЕЧА» СУДОВ ПО ТРУДОВЫМ СПОРАМ В ГЕРМАНИИ: ПРОМЫШЛЕННЫЕ И КУПЕЧЕСКИЕ СУДЫ (КОНЕЦ XIX — ПЕРВЫЕ ДЕСЯТИЛЕТИЯ XX в.)<sup>1</sup>

*В статье анализируется организация и деятельность промышленных и купеческих судов, их роль в рассмотрении споров из трудовых отношений в Германии в конце XIX—первые десятилетия XX в. В силу целого ряда исторических причин данные суды стали «предтечей» судов по трудовым спорам; многие положения, закрепленные в законах о промышленных и купеческих судах, впоследствии были использованы при создании самостоятельной трудовой юстиции в Германии (Закон о судах по трудовым спорам 1926 г.).*

**Ключевые слова:** трудовое право Германии, Веймарская республика, промышленные и купеческие суды, суды по трудовым спорам.

*The article analyzes the organization and operation of industrial and merchant courts, their role in the disputes of the labor relations in Germany in the late XIXth century — early decades of the XXth century. For a variety of historical reasons, these courts were "forerunner" of labor courts; many of the provisions enshrined in the laws of industrial and merchant ships were later used to create the self-employed in Germany Justice (Law on the labor courts, 1926).*

**Keywords:** German labor law, the Weimar Republic, industrial and merchant courts, labor courts.

В настоящее время ФРГ относится к числу государств, обладающих развитым трудовым правом. Одним из достижений Германии в данной области является наличие самостоятельной трудовой юстиции. В 1926 г. в период Веймарской республики впервые в истории страны был принят Закон о судах по трудовым спорам (Arbeitsgerichtsgesetz), в настоящее время в ФРГ действует Закон 1953 г., вобравший в себя значительное число положений предшествующего Закона.

Своеобразным «предтечей» судов по трудовым спорам в Германии стали промышленные и купеческие суды.

\* ollysenko@mail.ru

<sup>1</sup> Данная статья является продолжением цикла статей автора, посвященных проблемам истории трудового права Германии во второй половине XIX — первой трети XX в., в частности становлению трудовой юстиции.

**Промышленные или промысловые суды** (*Gewerbegerichte*) были созданы в 1890 г. (*Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte*)<sup>2</sup> как следствие реализации положений принятого в 1869 г. в рамках Северогерманского союза знаменитого **Промышленного (промыслового) устава** (*Gewerbeordnung*), в основу которого был положен Промышленный (промысловый) устав Пруссии 1845 г.<sup>3</sup> В Промышленном уставе делались значительные уступки рабочему классу, закреплялись определенные гарантии, в частности соблюдение условий труда, техника безопасности на производстве, оплата временной трудоспособности, произошла легализация профсоюзов (§ 105–108, 127–141, 152–153) Таким образом, вновь созданные промышленные суды должны были рассматривать споры, возникающие на предприятиях между работодателем и наемными рабочими.

**Купеческие суды** (*Kaufmannsgerichte*) возникли в 1904 г. (*Gesetz, betreffend Kaufmannsgerichte*)<sup>4</sup>. Они должны были рассматривать споры, возникающие между хозяином торгового предприятия (коммерсантом) и служащими торгового предприятия: торговыми помощниками и торговыми учениками (*Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge*). Обращает на себя внимание тот факт, что именно купеческие и промышленные суды стали «предтечей» судов по трудовым спорам в Германии. По существу, торговое право стало здесь своеобразной «колыбелью» для становления института индивидуального трудового договора. Но это произошло не случайно. Основная причина состояла в том, что именно в рамках торгового права впервые было сформулировано понятие «предприятие», являющееся ключевым для понимания сущности индивидуального трудового договора. Эту глубокую связь трудового права с торговым правом в Германии в XIX в. отмечали и отдельные германские правоведы. Так, в работе Е. Молитора «Торговое право и трудовое право» (1928 г.) дается определение торгового предприятия. Под последним понималось «объединение лиц, имущества и

нематериальных ресурсов для достижения определенной цели в торговом обороте, в котором наемный работник (торговый служащий) рассматривается лишь как одно из средств для достижения данной цели наряду с другими средствами»<sup>5</sup>.

Неслучайно поэтому *первые положения об усиленной защите наемного работника в Германии были закреплены в Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch 1861 г.* (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch)<sup>6</sup>. Принятый еще до политического объединения Германии в рамках созданного под эгидой Пруссии Таможенного союза, этот первый Торговый кодекс Германии после политического объединения германских земель (сначала в виде Северогерманского союза 1867 г., а затем Германской империи 1871 г.) стал союзным, а впоследствии имперским законом. В § 60 Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch закреплялось требование оплаты временной нетрудоспособности работника (в течение 6 недель), а в § 63 — возможность одностороннего расторжения договорных отношений по инициативе работника вследствие грубого нарушения его прав хозяином предприятия: «служебные отношения могут быть прекращены по требованию торгового помощника, если, например, хозяин не платит ему жалованья, отказывает ему в условленном содержании или окажется виновным в истязании помощника или в нанесении ему тяжких оскорблений». Впоследствии эти положения вошли и были развиты в Промышленном уставе 1869 г., а затем были закреплены в нескольких параграфах Германского гражданского уложения (ГГУ) 1896 г.<sup>7</sup> Положения, содержащиеся в § 612, 616, 618, 624, 630 ГГУ, известны как знаменитые «капли социального масла» (“Tropfen des sozialen Öls”), по образному выражению выдающегося германского правоведа XIX в. Отто фон Гирке<sup>8</sup>.

Таким образом, юрисдикции созданных в конце XIX — начале XX в. промышленных и купеческих судов подлежали споры из трудовых отношений промышленных рабочих, а также служащих торговых предприятий (торговых помощников и торговых учеников). Это могли быть споры о прекращении или продолжении трудового правоотношения; о выплате заработной платы; о содержании выполняемой обязанности; о размере обязательных страховых взносов на случай болезни или несчастного случая<sup>9</sup>; о выдаче и содержании трудовой книжки или

<sup>5</sup> Molitor E. Handelsrecht und Arbeitsrecht // Zentralblatt für Handelsrecht. 1928. N 2. S. 33–43.

<sup>6</sup> Германское торговое уложение (Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch) / Пер. с нем. СПб., 1889.

<sup>7</sup> Гражданское уложение Германской империи / Пер. с нем. СПб., 1898.

<sup>8</sup> Об этом подробнее см.: Лысенко О.Л. Становление института трудового договора в германском праве в конце XIX—начале XX в. // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2010. № 6. С. 32–55.

<sup>9</sup> В соответствии с Законом об обязательном страховании рабочих на случай болезни или от несчастного случая (Gesetz, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter) от 15.06.1883 (RGBl. 1883. S. 73).

<sup>2</sup> Закон о промышленных судах (Gesetz, betreffend die Gewerbegerichte) от 29.07.1890 // RGBl. 1890. N 24. S. 141.

<sup>3</sup> Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund. Vom 21.06.1869 // RGBl. 1869. N 26. S. 245. Следует обратить внимание на то, что немецкий термин *Gewerbeordnung* не может быть дословно переведен как «порядок на производстве», как это зачастую делается в современной отечественной литературе по трудовому праву. В данном случае *Ordnung* используется в значении «устав, положение, постановление» (см.: Немецко-русский юридический словарь (Deutsch-Russisches Juristisches Wörterbuch) / Под ред. П.И. Гришаева, М. Беньямина. М., 1995).

<sup>4</sup> Закон о купеческих судах (Gesetz, betreffend Kaufmannsgerichte) от 06.07.1904 // RGBl. 1904. N 3059. S. 266. Немецкий термин *Kaufmannsgericht* следует переводить именно как купеческий суд (суд коммерсанта), а не как торговый суд. На тот момент в Германии уже существовали суды для рассмотрения споров, связанных с торговыми сделками (Handelsgerichte): 5 августа 1870 г. в Лейпциге был создан Высший торговый суд (Bundesoberhandelsgericht) для Северогерманского союза, который после создания в 1871 г. Германской империи был переименован в Имперский высший торговый суд (Reichsoberhandelsgericht). После вступления в силу 1 октября 1879 г. Закона о судостроительстве Германской империи этот суд стал одним из подразделений общего Имперского суда (Reichsgericht).

трудового свидетельства (die Aushändigung oder der Inhalt des Arbeitsbuches oder Zeugnisses) (§ 3 Закона о промышленных судах, § 5 Закона о купеческих судах) и др.

На другие виды наемных работников, кроме указанных в Законе, юрисдикция промышленных и купеческих судов не распространялась<sup>10</sup>.

Необходимо отметить, что Закон о купеческих судах 1904 г. во многом повторял положения Закона о промышленных судах 1890 г., причем в его более поздней редакции 1901 г.<sup>11</sup>, а иногда и прямо отсылал к нему. Так, в § 16 Закона о купеческих судах указывалось, что при рассмотрении споров должны действовать процессуальные нормы (§ 26–61) Закона о промышленных судах, в силу чего Закон о купеческих судах был довольно небольшим по объему, включая в себя всего 20 параграфов. (Для сравнения, Закон о промышленных судах состоял из 84 параграфов, т.е. был в четыре раза больше.)

Как промышленные, так и купеческие суды создавались сугубо на местном уровне: расходы на их содержание ложились на *коммунальные объединения (Kommunalverbände)* и *местные общины (Gemeinden)* (§ 1, 8 Закона о купеческих судах, § 8 Закона о промышленных судах). Согласно § 2 Закона о купеческих судах, в тех общинах, где проживало не менее 20 тыс. человек, должен был создаваться один купеческий суд.

Особенностью как промышленных, так и купеческих судов был *особый порядок замещения должности председательствующего судьи (der Vorsitzende)* и *судебных заседателей (die Beisitzer)*. Судьями в данных судах были непрофессионалы. Они избирались не менее чем на один год местными магистратами или при отсутствии последних представителями местных коммун (durch den Magistrat und, wo ein solcher nicht vorhanden ist...durch die Gemeindevertretung auf mindestens ein Jahr gewählt) (§ 11 Закона о промышленных судах, § 11 Закона о купеческих судах).

Важным элементом деятельности данных судов было обязательное участие в рассмотрении трудовых споров наряду с председательствующим судьей (der Vorsitzende) еще и определенного числа так называемых *заседателей (die Beisitzer)* — своеобразных «общественных судей», состоящих из равного количества избранных представителей от каждой из сторон. Минимальное количество заседателей как в про-

мышленных, так и в купеческих судах — 4 человека (§ 9 Закона о промышленных судах, § 9, 12 Закона о купеческих судах).

В промышленных судах заседатели избирались от работодателей и работников конкретного предприятия: заседатели от работодателей избирались представителями работодателей, заседатели от рабочих — самими рабочими. При этом под работодателем в данном случае понимались все руководители предприятия или его отдельных подразделений (§ 14). Выборы были прямыми и осуществлялись при тайном голосовании. В выборах могли участвовать лица, которым исполнилось 25 лет и которые проработали на данном предприятии в качестве рабочих или работодателей не менее одного года (§ 12, 13 Закона о промышленных судах).

Перед началом своей деятельности судьи и заседатели промышленных судов приносили *клятву* в местных органах власти (§ 20). За свою деятельность судьи и заседатели промышленных судов получали небольшое вознаграждение, а также компенсацию транспортных расходов (§ 18).

Заседатели в купеческих судах избирались наполовину от коммерсантов, наполовину от торговых служащих (zur Hälfte aus den Kaufleuten... zur Hälfte aus den Handlungsgehilfen entnommen werden). Выборы также были прямыми с тайной подачей голосов. В качестве коммерсантов, имеющих возможность участвовать в выборах заседателей, выступали лишь те владельцы торговых предприятий, которые в течение года непрерывно или в течение определенного времени пользовались услугами хотя бы одного торгового помощника или торгового ученика (§ 12 Закона о купеческих судах). К подобного рода коммерсантам относились и все члены правления акционерного общества или зарегистрированного в торговом реестре товарищества или другого юридического лица, выступающего в торговом обороте, а также исполнительные директора ООО (GmbH) (§ 14).

Новацией Закона о купеческих судах являлось закрепление закрытого перечня лиц, которые не могут быть заседателями. К ним относились все лица женского пола; иностранцы; лица, которые не могут занимать официальные должности вследствие имеющейся судимости; лица, находящиеся под следствием; лица, чье право распоряжения имуществом ограничено судом; лица моложе 30 лет; лица, которые сами или их семья в течение года, предшествующего выборам, получали официальную финансовую помощь по бедности (die Armenunterstützung aus öffentlichen Mitteln empfangen) (§ 10 Закона о купеческих судах).

В целом на порядок рассмотрения споров в промышленных и купеческих судах распространялись общие положения гражданско-процессуального права, однако были и определенные исключения. Так, в данные суды *не допускались профессиональные адвокаты* (§ 29 Закона о

<sup>10</sup> В § 76 Закона о промышленных судах прямо указывалось, что его положения не распространяются на «работников аптек, а также на рабочих, работающих на военных и морских объектах». Что же касалось рабочих горных предприятий, рудников, солеварен, то отнесение споров с их участием к компетенции промышленных судов требовало принятия соответствующего постановления правительства конкретной германской земли, причем в подобных постановлениях допускались небольшие расхождения с содержанием Закона о промышленных судах (§ 77 Закона о промышленных судах).

<sup>11</sup> Об основных изменениях, внесенных в Закон о промышленных судах в 1901 г., см. далее.

промышленных судах), рассмотрение спора проходило при обязательном личном присутствии сторон, в случае неявки одной из сторон судья мог возложить на нее штраф в размере до 100 марок (§ 37, 40 Закона о промышленных судах).

Яркой особенностью процедуры рассмотрения споров в промышленных и купеческих судах являлось *ограничение возможности обжалования решений*: подача апелляции (Berufung) была возможна лишь в том случае, если стоимость иска превышала 1 тыс. марок — в промышленных судах (§ 55 Закона о промышленных судах) или 300 марок — в купеческих судах (§ 16 Закона о купеческих судах). В качестве апелляционной инстанции выступал суд II инстанции общей юрисдикции (Landgericht) данного территориального округа.

В отличие от судов общей юрисдикции при подаче иска в промышленные и купеческие суды взималась *очень небольшая пошлина*, определяемая в зависимости от суммы иска: 1 марка — при сумме иска до 20 марок; 1,5 марки — от 20 до 50 марок; 3 марки — от 50 до 100 марок. При увеличении суммы иска на каждые 100 марок размер судебной пошлины возрастал на 3 марки, причем максимальный ее размер не должен был превышать 30 марок. Если было вынесено заочное решение, а также если решение было вынесено в результате признания иска или иск был отклонен без судебных прений, то взималась пошлина в размере половины суммы, указанной в Законе. Если стороны приходили к примирению, даже в случае судебных прений, пошлина вообще не уплачивалась (§ 57 Закона о промышленных судах). Столь незначительные размеры судебных пошлин, а также особый порядок их взимания делали правосудие в промышленных и купеческих судах доступным для всех категорий рабочих и служащих торговых предприятий — даже с самым скромным жалованием.

Особенностью промышленных и купеческих судов являлось и то, что наряду с судебными функциями они должны были заниматься так называемой *медиацией*, т.е. пытаться привести стороны к примирению до судебного разбирательства. Этому виду деятельности в Законе о промышленных судах 1890 г. полностью посвящен раздел III «Деятельность промышленного суда в качестве органа по улаживанию спора» (“Thätigkeit des Gewerbegerichts als Einigungsamt”).

Согласно § 61 Закона о промышленных судах «при возникновении споров между работодателями и наемными рабочими об условиях продолжения или возобновления трудовых отношений (über die Bedingungen der Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses) промышленные суды действуют в качестве органа по улаживанию спора». В процедуре улаживания спора должны были участвовать председательствующий судья, четыре заседателя (Beisitzer) и равное количество представителей на стороне работодателя и рабочего (Vertreter) — как правило, не более трех человек с каждой стороны (§ 62–63). Представители

сторон должны были быть старше 25 лет: правда, в Законе содержалась оговорка о том, что если со стороны рабочего не находилось необходимое число представителей такого возраста, то в качестве представителей могли быть допущены и более молодые лица (§ 62 абз. 3).

Цель медиации, согласно § 64, состояла в том, чтобы «в качестве органа по улаживанию спора, промышленный суд, внимательно выслушав всех представителей сторон, установил существо спора и все обстоятельства, имеющие значение для его оценки (квалификации)»<sup>12</sup>. При этом не только председательствующий (судья), но и все заседатели, а также представители любой из сторон могли задавать вопросы другой стороне. Далее на совместном заседании каждой из сторон давалось право высказаться о своем видении проблемы и возможных путях ее решения (§ 64 абз. 1, § 65).

Если стороны приходили к примирению, то составлялся соответствующий документ за подписью председательствующего, заседателей, а также представителей обеих сторон (§ 66). Если же в ходе медиации примирения достичь не удавалось, то промышленный суд из органа по улаживанию спора мог превратиться в своеобразный третейский суд, который принял бы решение по существу спора (Schiedsspruch). Для этого необходимо было провести голосование всех участников: требовалось простое большинство. При принятии решения промышленным судом в качестве третейского суда (Schiedsspruch) представители сторон в течение определенного срока должны были подтвердить, что они считают себя связанными этим решением. Отсутствие подобного заявления в течение определенного срока означало, что стороны не считают себя связанными данным решением. По истечении данного срока промышленный суд издавал подписанный всеми участниками процесса документ о непризнании решения третейского суда обеими сторонами или одной из сторон (§ 67–68).

Подобно промышленным судам, купеческие суды также должны были выступать в качестве органов по улаживанию спора, о чем свидетельствует содержание § 17 Закона о купеческих судах 1904 г. Функцию медиации купеческие суды должны были осуществлять «при возникновении спора между коммерсантом и его торговыми помощниками или торговыми учениками об условиях продолжения или возобновления отношений по оказанию услуг или отношений ученичества (über die Bedingungen der Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Dienst- oder Lehrverhältnisses)». Далее указывалось, что подобная деятельность купеческих судов будет регулироваться § 63–73 Закона о промышленных судах.

Помимо выполнения вышеуказанных функций промышленные и купеческие суды должны были выступать в качестве *экспертных бюро*.

<sup>12</sup> “Das Einigungsamt hat durch Vernehmung der Vertreter beider Theile die Streitpunkte und die für die Beurtheilung derselben in Betracht kommenden Verhältnisse festzustellen“ (§ 64).

Этому вопросу в Законе о промышленных судах был посвящен раздел IV «Экспертные заключения и ходатайства промышленных судов» (“*Gutachten und Anträge der Gewerbegerichte*”), в Законе о купеческих судах — § 18 «Экспертные заключения и ходатайства купеческих судов» (“*Gutachten und Anträge der Kaufmannsgerichte*”). Согласно § 70 Закона о промышленных судах, промышленный суд обязан по заявке государственных органов или председателя коммунального объединения, при котором данный суд был учрежден, составить экспертное заключение по различным промышленным вопросам (*Gutachten über gewerbliche Fragen*). Составлением экспертного заключения должен был заниматься специально созданный для этого комитет в рамках промышленного суда, в состав которого на паритетных началах должны были входить представители работодателей и рабочих. В свою очередь сам промышленный суд мог направлять ходатайства и делать запросы соответствующим государственным органам и коммунальным объединениям, если речь шла о промышленных вопросах, связанных с деятельностью предприятия, находящегося в округе данного суда и подлежащего его юрисдикции.

То же правило действовало и в отношении купеческих судов, которые по заявке государственных органов или председателя коммунального объединения, при котором данные суды учреждены, должны были составлять экспертные заключения по вопросам служебных или ученических отношений на торговом предприятии (*über Fragen, welche kaufmännische Dienst- oder Lehrverhältnis betreffen*). В свою очередь купеческие суды, как и промышленные суды, могли направлять запросы соответствующим государственным органам и коммунальным объединениям. Составлением заключения также должен был заниматься специально создаваемый для этого комитет в рамках купеческого суда, состоящий наполовину из коммерсантов, наполовину из представителей торговых служащих (§ 18).

Одной из особенностей (а в целом серьезным недостатком) промышленных и купеческих судов было то, что они не образовывали единой системы на всей территории Германии, а существовали лишь в отдельных, наиболее экономически развитых промышленных областях. Таким образом, в этот период в Германии отсутствовало единообразие в рассмотрении споров из трудовых отношений.

В тех областях, где промышленные и купеческие суды отсутствовали, трудовые споры должны были рассматривать *управляющие органы местных коммун* — *бургомистры (Bürgermeister), шультгейсы (Schultheiß)* и др. Их компетенции подлежали трудовые споры, возникающие на территории данной коммуны, о чем говорится в § 71 Закона о промышленных судах и в § 19 Закона о купеческих судах. По окончании рассмотрения трудового спора указанные коммунальные органы принимали соответствующее решение, составленное в письменной

форме, которое вступало в силу через 10 дней. Препятствием для его вступления в силу была лишь подача одной из сторон спора иска в суд общей юрисдикции (*ordentliche Gericht*). Решения коммунальных органов по трудовым спорам могли быть принудительно исполнены. В то же время Закон о промышленных судах вводит в этом вопросе определенные ограничения: исполнительное производство в отношении этих решений в полном объеме не могло быть осуществлено, если с большой долей уверенности можно было полагать, что исполнение решения приведет к возникновению у должника невозможных потерь (*daß die Vollstreckung dem Schuldner einen nicht zu ersetzenden Nachtheil bringen würde*) (§ 72 абз. 3).

Кроме того, правительства отдельных германских земель путем принятия специального постановления могли наделить компетенцией рассмотрения трудовых споров вместо управляющих органов местных коммун *соответствующие государственные органы* (§ 75 Закона о промышленных судах), а также создать для рассмотрения споров из трудовых отношений между коммерсантом и торговыми служащими или торговыми учениками *специальные примирительные комитеты (Vergleichskammern) или примирительные службы (Vergleichsämtter)* (§ 20 Закона о купеческих судах). Наконец, согласно § 79 Закона о промышленных судах его принятие никоим образом не должно было затрагивать компетенции *судов отдельных корпораций (Innungs-Schiedsgerichte)* по рассмотрению трудовых споров, возникших в рамках данной корпорации, которые также продолжали существовать.

В 1901 г. в Закон о промышленных судах были внесены важные поправки, которые еще больше усилили позиции рабочего класса<sup>13</sup>. Отныне промышленные суды создавались во всех коммунах с численностью жителей более 20 тыс. человек независимо от желания местных властей, а также представителей работодателей и рабочих (§ 1a). Была конкретизирована и несколько расширена компетенция промышленных судов (§ 3). Отныне к их компетенции были отнесены также споры между работодателями и рабочими по поводу выдачи и содержания различной трудовой документации (справки о зарплате, трудовые расписки и др.); о возмещении ущерба или выплате неустойки вследствие невыполнения или некачественного выполнения своей трудовой обязанности; о незаконных или неправильных записях в трудовой документации. Причем теперь отнесение спора к ведению того или иного промышленного суда могло определяться не только возникновением спора в округе данного суда, но и местонахождением работодателя или местом проживания обеих спорящих сторон (§ 25).

Согласно Закону 1901 г. запрещалось заключение между работодателями и рабочими таких соглашений, которые выводят возникаю-

<sup>13</sup> Gesetz zur Abänderung des Gesetzes, betreffend die Gewerbegerichte, vom 29. Juli 1890. Vom 30. Juni 1901 // RGBl. 1901. N 29. S. 249.

щие между ними споры из подведомственности промышленных судов и передают их на рассмотрение третейского суда (своеобразная «арбитражная оговорка» — *Schiedsvertrag*). Исключение мог составлять лишь тот случай, когда в третейском суде в вынесении решения наряду с нейтральным лицом — председательствующим судьей (*Vorsitzende*) на паритетных началах должны были участвовать представители работодателей и рабочих (§ 5 абз. 2).

Произошло уточнение содержания понятия «работодатель»: под ним отныне понимались все руководители предприятия или его отдельных подразделений, в подчинении которых в течение одного года постоянно или в определенные периоды находился хотя бы один рабочий (§ 14 абз. 1).

Значение промышленных и купеческих судов еще больше усилилось в период *Веймарской республики*. В § 157 Конституции Германской империи (Веймарской) 1919 г. прямо указывалось, что «рабочая сила стоит под особым покровительством империи. Империя вырабатывает единообразное рабочее право»<sup>14</sup>. В 1920–1923 гг. благодаря внесению многочисленных поправок в Законы о промышленных и купеческих судах, а также принятию целого ряда Постановлений Имперского правительства организация и деятельность данных судов была усовершенствована: в условиях инфляции повышалась зарплата судей и заседателей, увеличивался минимальный размер иска для обжалования и др. Была несколько расширена и компетенция данных органов. В частности, к компетенции промышленных судов были отнесены споры, вытекающие из соглашения между наемным рабочим и работодателем об ограничении профессиональной деятельности наемного рабочего после прекращения трудового правоотношения. Таким образом, промышленные суды получили право рассматривать споры, связанные с действием принципа «запрещения конкуренции», которые до этого момента подлежали исключительному ведению судов общей юрисдикции. (Первоначально германские юристы полагали, что данные дела являются довольно сложными и в силу этого не могут рассматриваться непрофессиональными судьями.) В свою очередь компетенция купеческих судов теперь распространялась и на споры о выдаче коммерсантом «трудового свидетельства» своим торговым помощникам и ученикам (*Auskünfte über Handlungsgehilfen und Lehrlinge*)<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Die Verfassung des Deutschen Reiches („Weimarer Verfassung“) vom 11.08.1919 // RGBl. 1919. N. 152. S. 1383.

<sup>15</sup> Verordnung zur Abänderung des Gewerbegerichtsgesetzes vom 30.06.1901 und des Gesetzes, betreffend Kaufmannsgerichte vom 06.07.1904. Vom 12.05.1920 // RGBl. 1920. N 7526. S. 958; Verordnung zur Abänderung des Gewerbegerichtsgesetzes vom 30.06.1901 und des Gesetzes, betreffend Kaufmannsgerichte vom 06.07.1904. Vom 29.10.1920 // RGBl. 1920. N 7828. S. 1843; Gesetz zur Abänderung des Gewerbegerichtsgesetzes vom 30.06.1901 und des Gesetzes, betreffend Kaufmannsgerichte vom 06.07.1904. Vom 14.01.1922 // RGBl. 1922. N 9. S. 155; Gesetz zur Abänderung des Gewerbegerichtsgesetzes vom 30.06.1901 und des Gesetzes, betreffend Kaufmannsgerichte vom 06.07.1904. Vom 27.11.1922 // RGBl. 1922. N 79. S. 887; Ge-

С целью усиления эффективности деятельности органов по улаживанию трудовых споров в условиях сохранения тяжелого экономического и финансового положения в Германии были приняты *Закон «О предоставлении полномочий» (Ermächtigungsgesetz)* от 13.10.1923<sup>16</sup>, наделяющий Имперское правительство правом принимать любые меры, «которые будут считаться необходимыми в финансовой, экономической и социальных областях» (§ 1 абз. 1), а также общее *Постановление «Об основах урегулирования споров» (Verordnung über das Schlichtungswesen)* от 30.10.1923<sup>17</sup>. Согласно последнему те споры из трудовых отношений, которые изначально не имели своей целью привести стороны к примирению и в которых невозможно было применение примирительной процедуры, были отнесены к компетенции промышленных и торговых судов.

Примечательно, что в указанном Постановлении промышленные и купеческие суды, по существу, приравнивались к судам по трудовым спорам; в § 2 абз. 1 закреплялось следующее положение: «В качестве судов по трудовым спорам вплоть до их создания рассмотрение споров, в которых на стороне наемных работников будут находиться лишь торговые помощники и торговые ученики, будут осуществлять купеческие суды, во всех остальных случаях — промышленные суды»<sup>18</sup>.

Таким образом, компетенция промышленных и купеческих судов в этот период была значительно расширена и отныне распространялась и на иные категории наемных работников (по сравнению с тем, что первоначально предусматривалось в Законах о промышленных и купеческих судах). Следствием этих преобразований стало привлечение к участию в выборах заседателей для промышленных и купеческих судов гораздо более широкого круга наемных работников.

Сама же процедура рассмотрения споров после принятия Постановления от 30.10.1923 не сильно изменилась и продолжала основываться на процессуальных положениях Законов о промышленных и купеческих судах. Однако уже вскоре в данной области произошли существенные изменения: согласно Постановлению «О применении положений Постановления “Об основах урегулирования споров”» (*Verordnung zur Ausführung der Verordnung über das Schlichtungswesen*)

setz zur Abänderung des Gewerbegerichtsgesetzes vom 30.06.1901 und des Gesetzes, betreffend Kaufmannsgerichte vom 06.07.1904. Vom 15.03.1923 // RGBl. 1923. N 22. S. 193; Verordnung zur Abänderung von Geldbeträgen im Gewerbegerichtsgesetz und im Gesetz, betreffend Kaufmannsgerichte vom 16.06.1923 // RGBl. 1923. N 22. S. 384; vom 12.07.1923 // RGBl. 1923. N 22. S. 614; vom 09.08.1923 // RGBl. 1923. N 22. S. 765; vom 30.08.1923 // RGBl. 1923. N 22. S. 845; *Sawall S.* Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit. Aachen, 2007. S. 262.

<sup>16</sup> Ermächtigungsgesetz. Vom 13.10.1923 // RGBl. 1923. N 98. S. 943.

<sup>17</sup> Verordnung über das Schlichtungswesen vom 30.10.1923 (*SchlichtungsVO*) // RGBl. 1923. N 111. S. 1043.

<sup>18</sup> “Als Arbeitsgericht gelten bis zur Errichtung allgemeiner Arbeitsgerichte bei Streitfällen, in denen auf Arbeitnehmerseite nur Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge beteiligt sind, das Kaufmannsgericht, im übrigen das Gewerbegericht” (Cit.: *Sawall S.* Op. cit. S. 262. Fussnote 19).

от 10.12.1923<sup>19</sup> были введены *два порядка рассмотрения споров* из трудовых отношений — *Urteilsverfahren u Beschlussverfahren* (вошедшие впоследствии в Закон о судах по трудовым спорам 1926 г. и существующие в Германии в настоящее время).

В общем судебном порядке (*Urteilsverfahren*) должны были рассматриваться все споры из индивидуальных трудовых отношений, при этом сама процедура в значительной мере основывалась на процессуальных нормах Закона о промышленных судах 1890 г. Судебные издержки ложились на наемного работника лишь в том случае, если он сам подавал иск и проигрывал дело. В любом другом случае судебные издержки не возмещались (§ 4 Постановления «О применении положений общего Постановления “Об урегулировании споров”»).

В особом порядке (*Beschlussverfahren*) рассматривались споры, связанные с применением норм *Закона о советах на предприятиях (Betriebsrätegesetz)* от 4.02.1920<sup>20</sup>. Здесь также применялись общие процессуальные положения Закона о промышленных судах 1890 г. Однако специфика данного процесса состояла в том, что он мог быть как устным, так и письменным, судебные издержки здесь вообще не возмещались, а решение суда было окончательным и не подлежало обжалованию (§ 3 абз. 1; § 5 Постановления «О применении положений Постановления “Об основах урегулирования споров”»).

Значительное расширение компетенции, а также введение нового порядка рассмотрения споров (*Beschlussverfahren*) создавало для судей промышленных и купеческих судов определенные трудности. Часто судьи не могли сразу понять, какой орган и в каком порядке должен рассматривать тот или иной спор из трудовых отношений<sup>21</sup>. Статистика на 1924 г. такова: из 45 630 поданных исков по поводу трудовых отношений и рассмотренных в порядке *Urteilsverfahren* лишь 26 % закончились вынесением судебного решения (*Urteil*), 17 % — мировым соглашением, в 32 % случаев в иске было отказано<sup>22</sup>.

В конце концов деятельность германского законодателя, направленная на усовершенствование системы органов по рассмотрению трудовых споров и применяемых в них процессуальных положений, привела к отделению правосудия от медиации и других видов деятельности и возникновению самостоятельной трудовой юстиции в рамках общей судебной системы Германии. Созданная благодаря принятию 23 декабря 1926 г. Закона о судах по трудовым спорам (*Arbeitsgerichtsgesetz*) единая на всей территории страны система судов по трудовым спорам

заменила собой существовавшие до этого и сыгравшие столь важную роль в рассмотрении споров из трудовых отношений промышленные и купеческие суды, а также иные органы, наделенные компетенцией рассмотрения споров из трудовых отношений (суды корпораций, согласительные комитеты и комиссии и др.). В то же время Закон 1926 г. воспринял многие положения предшествующего законодательства о промышленных и купеческих судах<sup>23</sup>.

### Список литературы

1. Германское торговое уложение (*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch*) / Пер. с нем. Спб., 1889.
2. Гражданское уложение Германской империи / Пер. с нем. Спб., 1898.
3. *Graf G.* Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1926. Weimarer Verfassungsvollzug auf justizpolitischen Irrwegen des Kaiserreichs? Goldbach, 1993.
4. *Molitor E.* Handelsrecht und Arbeitsrecht // *Zentralblatt für Handelsrecht.* 1928. N 2.
5. *Sawall S.* Die Entwicklung der Arbeitsgerichtsbarkeit. Aachen, 2007.
6. *Weiß J.* Arbeitsgerichtsbarkeit und Arbeitsverband im Kaiserreich und in der Weimarer Republik. Frankfurt-am-Main, 1994.

<sup>19</sup> Verordnung zur Ausführung der Verordnung über das Schlichtungswesen vom 10.12.1923 // *RGBl.* 1923. N 128. S. 119.

<sup>20</sup> *Betriebsrätegesetz.* Vom 04.02.1920 // *RGBl.* 1920. N 26. S. 147.

<sup>21</sup> *Graf G.* Das Arbeitsgerichtsgesetz von 1926. Weimarer Verfassungsvollzug auf justizpolitischen Irrwegen des Kaiserreichs? Goldbach, 1993. S. 235.

<sup>22</sup> *Ibid.*

<sup>23</sup> *Arbeitsgerichtsgesetz.* Vom 23.12.1926 // *RGBl.* 1926. N 68. S. 507. Подробнее о содержании Закона 1926 г. см.: *Лысенко О.Л.* Закон о судах по трудовым спорам Германии 1926 г. // *Государство и право.* 2014. № 10. С. 104–113.

## ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

**Е.В. Машкова**, ассистент кафедры международного права юридического факультета МГУ

### ПОРЯДОК РАЗРЕШЕНИЯ МЕЖГОСУДАРСТВЕННЫХ СПОРОВ МЕЖДУ ГОСУДАРСТВАМИ—ЧЛЕНАМИ ЕВРОПЕЙСКОЙ АССОЦИАЦИИ СВОБОДНОЙ ТОРГОВЛИ

*Статья посвящена вопросам разрешения межгосударственных споров в рамках Европейской ассоциации свободной торговли. Дается правовой анализ положений международных договоров и соглашений, которые регулируют порядок разрешения споров, рассматриваются способы рассмотрения споров, а также определяется значение решений, принятых в рамках механизмов разрешения споров для практики реализации государствами договоров и соглашений ЕАСТ и ЕЭП.*

**Ключевые слова:** ЕАСТ, межгосударственный спор, консультации, межгосударственный арбитраж, Суд ЕАСТ.

*The article deals with the issues of dispute resolving within the European Free Trade Association. analyzed are International treaties and agreements governing dispute resolution, defined is the role of decisions made within the dispute resolution framework for the practice of implementing EFTA and EEA treaties and agreements.*

**Keywords:** EFTA, international dispute, consultations, international arbitration, EFTA Court.

Основными целями создания Европейской ассоциации свободной торговли (ЕАСТ) являются: содействие постоянному росту экономической активности и финансовой стабильности государств—членов, обеспечение гармоничного развития и роста мировой торговли, а также повышение уровня жизни на территории государств—членов. Достижение этих целей в рамках Ассоциации осуществляется посредством устранения дискриминации во взаимной торговле, ликвидации торговых барьеров и неравенства в условиях снабжения сырьем, а также создания добросовестных правил конкуренции<sup>1</sup>.

Государствами—членами ЕАСТ в настоящее время являются Исландия, Лихтенштейн, Норвегия и Швейцария.

Вопрос о механизме урегулирования межгосударственных споров является одним из наиболее сложных, так как касается порядка создания и функционирования такой системы в рамках Зоны свободной

торговли, которая могла бы обеспечить единообразие при толковании и применении соглашений, создающих и регулирующих ее деятельность.

Впервые вопрос о разрешении споров между государствами, которые впоследствии образовали ЕАСТ, был затронут в двустороннем Договоре «О присоединении Княжества Лихтенштейн к Швейцарской таможенной территории»<sup>2</sup>, заключенном 29 марта 1923 г. и вступившем в силу 1 января 1924 г. между Швейцарией и Лихтенштейном<sup>3</sup>. В соответствии с данным договором Лихтенштейну принадлежат в таможенной области те же права, что и кантонам Швейцарии, и на Лихтенштейн распространяются правила соглашений, которые Швейцария уже заключила или заключит в будущем в сфере таможенной политики, т.е. фактически территория Лихтенштейна включается в Швейцарскую таможенную зону<sup>4</sup>.

При этом ст. 43 Договора определяет порядок разрешения могущих возникнуть споров между государствами Швейцария и Лихтенштейн. Вопросы, которые возникают при толковании настоящего договора, должны быть разрешены по дипломатическим каналам или с помощью арбитража, который создается в составе двух третейских арбитров, выбираемых сторонами, а в случае недостижения ими согласия по рассматриваемому спору эти арбитры могут самостоятельно избирать третьего независимого арбитра для окончательного вынесения решения.

В настоящее время арбитраж продолжает оставаться актуальным способом разрешения споров между Швейцарией и Лихтенштейном по вопросам, охватываемым договором 1923 г., несмотря на то, что оба государства являются членами ЕАСТ. Это связано с тем, что Лихтенштейн является стороной Соглашения о Европейском экономическом пространстве<sup>5</sup>, а Швейцария нет, таким образом, основные проблемы возникают при реализации взятых на себя государствами отчасти различных обязательств в рамках Договора 1923 г. и Соглашения о ЕЭП.

<sup>2</sup> Vertrag vom 29. März 1923 zwischen der Schweiz und Liechtenstein über den Anschluss des Fürstentums Liechtenstein an das schweizerische Zollgebiet: URL: <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19230011/201012100000/0.631.112.514.pdf>

<sup>3</sup> Таможенный договор устанавливает правило, в соответствии с которым таможенное законодательство, а также многочисленные другие федеральные законы и нормативные акты, принимаемые на территории Княжества в рамках таможенной политики, не должны противоречить внутреннему законодательству Швейцарии в указанной сфере. Несмотря на членство Лихтенштейна в ЕАСТ и присоединение к Соглашению о ЕЭП на территории Княжества продолжает действовать швейцарское таможенное законодательство.

<sup>4</sup> Швейцария долгое время представляла интересы Княжества Лихтенштейн в ЕАСТ, поскольку Лихтенштейн с 1924 г. находится в Таможенном союзе со Швейцарией. На этом основании Лихтенштейн был ассоциированным членом ЕАСТ, что подтверждалось специальным Протоколом от 4 января 1960 г. Полноправное членство Лихтенштейна в ЕАСТ было оформлено в 1991 г.

<sup>5</sup> Соглашение о Европейском экономическом пространстве (ЕЭП) (European Economic Area, EEA) было заключено в 1992 г., в 1994 г. вступило в силу. Лихтенштейн является участником этого Соглашения с 1 мая 1995 г.

\* maschkova@gmail.com

<sup>1</sup> Baudenbacher C. The EFTA Court in Action. Stuttgart, 2010. P. 3–5.

В связи с этим в Договор 1923 г. были внесены изменения (последнее в 2012 г.) в части соотношения его норм и норм соглашения о ЕЭП, предусматривающие приоритет норм последнего перед нормами национального права Швейцарии.

Но сложности тем не менее остались, например, в связи с реализацией Лихтенштейном таможенных правил Единого экономического пространства о происхождении товара или установлении размера ввозного тарифа, которые должны соответствовать стандартам ЕЭП и при этом не должны нарушать нормы швейцарского таможенного законодательства, а также в связи с определением страны происхождения товара, так как если речь идет о товарах, произведенных в странах ЕЭП, то эти вопросы относятся к ведению национальных властей Лихтенштейна, а если о товарах, произведенных в Швейцарии, то к ведению Федеральной таможенной службы Швейцарии<sup>6</sup>.

Конвенция «Об учреждении ЕАСТ» (European Free Trade Association, EFTA) была подписана 20 ноября 1959 г. в Стокгольме и вступила в силу 3 мая 1960 г.<sup>7</sup> К 2001 г. в текст конвенции были внесены существенные изменения с учетом практики функционирования ЕАСТ, положений Соглашений, заключенных за прошедшее время между государствами—членами ЕАСТ и Европейским союзом, а также отдельных Соглашений, заключенных Швейцарией и государствами—членами ЕАСТ, Европейским союзом и государствами—членами ЕС (Вадуцкая конвенция 2001 г.)<sup>8</sup>.

Порядку разрешения межгосударственных споров в Конвенции ЕАСТ и в Приложении к ней уделено отдельное внимание. В частности, предусмотрен порядок разрешения межгосударственных споров, включающий консультации в рамках институциональной системы ЕАСТ и арбитражное разбирательство.

При возникновении спорной ситуации государства—члены ЕАСТ проводят консультации для разрешения вопросов, возникающих между ними при толковании и применении положений Конвенции ЕАСТ. Консультации осуществляются непосредственно сторонами возникшего спора<sup>9</sup> или при участии Совета ЕАСТ<sup>10</sup>, к которому любая из спорящих сторон может обратиться для оказания помощи<sup>11</sup>.

Функциями Совета ЕАСТ являются: проведение контроля за реализацией государствами принятых на себя обязательств в рамках ЕАСТ и разрешение любых вопросов, которые могут при этом возникать. В рамках Совета ЕАСТ работает ряд комитетов, обеспечивающих Совет ЕАСТ и спорящие стороны всей необходимой информацией, которая может быть использована для исследования сложившейся ситуации с целью достижения приемлемого решения.

Проведение межгосударственных консультаций в случае возникновения спорных ситуаций является традиционным для международного права способом разрешения возникших разногласий, однако такая особенность настоящего договора, как уведомление заинтересованных сторон о сложившейся спорной ситуации и принятом решении, а также взаимобязанность государств—участников и институциональных структур ЕАСТ обеспечивать друг друга необходимой информацией направлена непосредственно на достижение единообразного толкования и применения как положений Конвенции ЕАСТ, так и иных договоров, регулирующих международные экономические отношения на пространстве ЕАСТ.

В случае если стороны после проведения консультаций так и не найдут выхода из сложившейся спорной ситуации, и при этом одна из сторон будет продолжать считать, что нарушение не устранено, то дело может быть передано на рассмотрение в арбитраж посредством письменного уведомления, направляемого одной стороной другой<sup>12</sup>.

Государства—члены ЕАСТ, которые не являются участниками спора, уведомляются и о предстоящем арбитраже, и о вынесенном решении. Необходимость закрепления такого правила вызвана тем, чтобы указанные государства могли бы: определить степень своей заинтересованности в разрешении спора, заявлять письменные и устные ходатайства арбитражному трибуналу, запрашивать письменные объяснения сторон спора, участвовать во всех слушаниях, а также представлять в трибунал и получать от арбитражного трибунала и спорящих сторон материалы интересующие ее, принимать участие в заседаниях арбитражного трибунала, в том числе и с целью заявления своей позиции по рассматриваемому вопросу.

Арбитражный трибунал состоит из трех арбитров, два из которых определяются спорящими сторонами самостоятельно, а кандидатура третьего арбитра должна быть согласована спорящими сторонами, при этом суперарбитр (председатель) не может быть гражданином ни одной из спорящих сторон и не должен постоянно проживать в одном из спорящих государств. В случае недостижения спорящими сторонами согласия в отношении кандидатур арбитров одна из сторон спора может обратиться к Председателю Международного суда ООН с

<sup>12</sup> Ibid. Art. 48; ANNEX T Arbitration (Art. 48): URL: <http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/efta-convention/annexes/AnnexTArbitration.pdf>

<sup>6</sup> *Bühlmann L. Der Zollvertrag mit dem Fürstentum Liechtenstein // BR-News. 2012. 20 Nov.*

<sup>7</sup> 20 ноября 1959 г. в Итоговом Коммюнике Стокгольмского саммита, на котором присутствовали министры государств Австрии, Великобритании, Дании, Норвегии, Португалии, Швейцарии и Швеции, было провозглашено создание Европейской ассоциации свободной торговли (Communiqué and resolution adopted by Great Britain, Austria, Denmark, Norway, Portugal, Sweden, and Switzerland at the occasion of the establishment of the European Free Trade Association. Stockholm, 20 November, 1959 // Great Britain. Foreign Policy and the Span of Empire, 1689—1971. N.Y.; L., 1972. P. 1689—1971).

<sup>8</sup> Convention establishing the European Free Trade Association.

<sup>9</sup> Ibid. Art. 47.1.

<sup>10</sup> Ibid. Art. 43 (Совет ЕАСТ состоит из представителей государств—членов ЕАСТ).

<sup>11</sup> Ibid. Art. 47.2.

просьбой определить членов (состав) арбитражного трибунала, при этом Председатель Суда ООН в этом случае также не должен являться гражданином государства стороны спора<sup>13</sup>.

Порядок рассмотрения спора может быть определен спорящими сторонами самостоятельно или в отсутствие соглашения между сторонами спор рассматривается согласно Факультативным правилам Постоянной палаты третейского суда (ППТС) для арбитражного рассмотрения споров между двумя государствами, введенным в действие 20 октября 1992 г.<sup>14</sup>

Решение арбитража окончательно и обязательно для сторон спора. Арбитражный трибунал выносит решения большинством голосов, особое мнение члена арбитражного трибунала, оказавшегося в меньшинстве, не раскрывается<sup>15</sup>.

Решение арбитражного суда, как правило, направлено на запрещение применения или отмену меры, принятой государством—стороной спора и не соответствующей (противоречащей) нормам и правилам Конвенции ЕАСТ, но суд также может назначить определенную сумму в качестве компенсации.

В случае непринятия государством мер по исполнению арбитражного решения соответствующее государство—участник (соответствующие государства—участники), подавшее (подавшие) жалобу, может (могут):

а) потребовать компенсацию по соглашению с государством—участником, в отношении которого подана жалоба, либо

б) прекратить предоставление государству—участнику, в отношении которого подана жалоба, соразмерных выгод до того момента, как государства—участники спора не достигнут соглашения по вопросу о разрешении спора<sup>16</sup>.

В 1992 г. было заключено, а в 1994 г. вступило в силу Соглашение о Европейском экономическом пространстве — ЕЭП (European Economic Area, ЕЕА)<sup>17</sup>, посредством которого на Исландию, Норвегию и Лихтенштейн был распространены режим общего рынка, включая свободу перемещения товаров, капиталов, работ и услуг, а также политика Европейского союза (ЕС) в сфере конкуренции. Иными словами, Соглашение объединяет 28 государств—членов ЕС и три государства—члена ЕАСТ. Швейцария не присоединилась к ЕЭП, она только заключила с

ЕС ряд двусторонних соглашений. Соглашение о ЕЭП создало также институциональную структуру, которая соединила два интеграционных объединения (ЕС и ЕАСТ), что дало возможность для более тесного сотрудничества между государствами, входящими в них<sup>18</sup>.

Необходимость создания механизма единообразного применения и урегулирования споров в рамках ЕЭП была предметом обсуждения еще до подписания Соглашения о ЕЭП, в рамках Рабочих групп, начиная с 1989 г. Относительно порядка рассмотрения межгосударственных споров Соглашение предусматривает возможность для сторон обратиться в арбитраж, а также Соглашением о ЕЭП был создан Суд ЕАСТ, одной из компетенции которого, является возможность разрешать споры между двумя и более государствами—членами ЕАСТ<sup>19</sup>.

Особенностью арбитражного разбирательства в рамках соглашения о ЕЭП является участие Совместного комитета ЕЭП<sup>20</sup> в процессе выбора суперарбитра для рассмотрения спора. Так, если выбранные сторонами арбитры не могут в течении определенного времени договориться о выборе третьего арбитра, то такой арбитр должен быть выбран из семи человек, входящих в перечень, устанавливаемый Совместным комитетом ЕЭП, который имеет своей обязанностью формировать список арбитров в соответствии с правилами и процедурами Комитета. Интересным с точки зрения создания и функционирования межгосударственных арбитражей является и то, что в случае недостижения сторонами согласия относительно арбитражных правил, арбитражный суд имеет право принимать свои правила процедуры большинством голосов<sup>21</sup>.

Деятельность Суда ЕАСТ регулируется не только Соглашением о ЕЭП, но и отдельными соглашениями между государствами—членами ЕАСТ в отношении применения настоящего Соглашения<sup>22</sup>, при этом

<sup>18</sup> Соглашением о ЕЭП был создан Совместный комитет ЕЭП, к функциям которого относится, в частности, непосредственное урегулирование спора между государствами—членами ЕС/ЕАСТ; создан механизм взаимодействия Комиссии ЕС и Контролирующего органа ЕАСТ, а также механизм совместной координационной политики Суда ЕС и Суда ЕАСТ.

<sup>19</sup> Agreement between the EFTA states on the establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice 31.01.1994: <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Surveillance-and-Court-Agreement-consolidated.pdf>

<sup>20</sup> Agreement on the European Economic Area 1994. Art. 92.

<sup>21</sup> Protocol 33 on Arbitration procedures: <http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Protocols%20to%20the%20Agreement/protocol33.pdf>

<sup>22</sup> Agreement on the European Economic Area 1994. Art. 108.2; Agreement on the Establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice signed in Oporto on 2 May 1992; Agreed minutes of the negotiations for an agreement between the EFTA states on the establishment of a surveillance authority and a court of justice: (<http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Agreed-Minutes.pdf>); Agreement between the EFTA states on the establishment of a Surveillance Authority and a Court of Justice 31.01.1994 (<http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/the-surveillance-and-court-agreement/agreement-annexes-and-protocols/Surveillance-and-Court-Agreement-consolidated.pdf>); Protokoll 5 des Überwachungsbehörde/

<sup>13</sup> ANNEX T Arbitration (Art. 48). «Если Председатель Международного суда ООН является гражданином одной из сторон спора, то его функции в данном вопросе принимает на себя следующий по старшинству член Суда ООН» (ст. 1.5).

<sup>14</sup> Permanent Court of arbitration optional rules for arbitrating disputes between two states: URL:

<sup>15</sup> ANNEX T Arbitration (Art. 48). Art. 2.

<sup>16</sup> Ibid. Art. 3 (Вопрос о соразмерности предпринятых одним государством действий в отношении другого также может быть передан на арбитражное рассмотрение).

<sup>17</sup> Agreement on the European Economic Area 1994.

порядок работы Суда ЕАСТ определен Статутом суда ЕАСТ и Правилами процедуры<sup>23</sup>.

Решение Суда ЕАСТ является обязательным для исполнения государством—членом ЕАСТ. Суд ЕАСТ состоит из трех судей, назначаемых по одному правительствами государств—членов ЕАСТ (участников ЕЭП) по взаимному согласию между ними сроком на 6 лет. Судьи Суда ЕАСТ выбирают Председателя Суда.

Рабочим языком Суда является английский, не являющийся государственным языком государств—членов ЕАСТ. Выбор английского языка в качестве рабочего является свидетельством ориентации государств—членов ЕАСТ на достижение более тесного взаимодействия по вопросам толкования и применения Соглашения о ЕЭП Судом ЕАСТ и Судом ЕС и на политику унификации национальных законодательств государств—членов ЕАСТ и государств—членов ЕС.

Одной из особенностей функционирования Суда ЕАСТ является его тесное сотрудничество при принятии решений с Судом ЕС<sup>24</sup>. Так, у Суда ЕАСТ есть право направлять запрос в Суд ЕС в случае возникновения сложностей при толковании правил Соглашения о ЕЭП<sup>25</sup>. Также при принятии решений Суд ЕАСТ обращается к практике Суда ЕС, созданной им при разрешении аналогичных споров. Целями такого сотрудничества судов является достижение однородности в установлении режима общих правил функционирования Соглашения о ЕЭП, поддержание установленного порядка в рамках Единого европейского пространства.

При этом следует обратить внимание на то, что государства участники Соглашения о ЕЭП при разработке национального законодательства уделяют особое внимание решениям этих судов. В частности, национальные суды государств—членов ЕАСТ вправе обратиться в Суд ЕАСТ для получения консультативного заключения в случае возникновения сложностей при реализации норм национального законодательства, принятых во исполнение взятых на себя обязательств в рамках ЕАСТ и ЕЭП. Необходимость такой процедуры подтверждена Согласованным Протоколом переговоров к Соглашению о ЕЭП.

На основании вышеизложенного можно выделить особенности рассмотрения межгосударственных споров между государствами—членами Европейской ассоциации свободной торговли.

Анализ положений Договора о присоединении Княжества Лихтенштейн к Швейцарской таможенной территории, Конвенции ЕАСТ и Соглашения о ЕЭП, содержащих положения о порядке разрешения споров между государствами—членами ЕАСТ, позволяет сделать вывод о том, что государствами—членами ЕАСТ был создан довольно уникальный и многоуровневый механизм разрешения межгосударственных споров, элементами которого являются как политические, так и юридические способы разрешения межгосударственных споров.

К особенностям процедуры ведения непосредственных переговоров при разрешении межгосударственных споров можно отнести возможность обращения государств—членов ЕАСТ в Совет ЕАСТ, а также взаимная обязанность государств ЕАСТ и комитетов Совета ЕАСТ предоставлять участникам спора и заинтересованным сторонам всю необходимую информацию для скорейшего разрешения спора.

Процедура арбитражного разбирательства предусмотрена всеми договорами и соглашениями, которые регулируют отношения государств на пространстве ЕАСТ. Арбитраж остается одной из приоритетных для государств—членов ЕАСТ возможностью разрешения споров. Хотя порядок создания и функционирования каждого из арбитражей различается в зависимости от условий договора, в соответствии с которым он создается, при принятии решения анализу арбитров подлежит весь объем норм, регулирующих отношения между государствами—членами ЕАСТ.

Необходимость наделяния Суда ЕАСТ полномочиями по разрешению межгосударственных споров продиктована не только важностью наличия еще одного юридического способа разрешения споров государствами ЕАСТ/ЕЭП, но и необходимостью судебного толкования положений Соглашения о ЕЭП.

Соглашение о ЕЭП ориентировано на поиск пути более широкого экономического объединения европейских государств ЕС/ЕАСТ, усиливающую интеграцию в сфере капиталов, товаров и услуг, а также интеграцию в сфере конкуренции. При этом интеграционный процесс в рамках ЕЭП в значительной степени ориентирован на судебную практику рассмотрения споров, включая и споры между государствами. Этот вывод подтверждается созданием уникального механизма взаимодействия Суда ЕАСТ и Суда ЕС, усилия которых направлены на достижения единообразия при реализации государствами положений Соглашения о ЕЭП.

### Список литературы

1. *Baudenbacher C.* The EFTA Court in Action. Stuttgart. 2010.
2. *Bühlmann L.* Der Zollvertrag mit dem Fürstentum Liechtenstein // BR-News. 2012. 20 Nov.
3. *Treumer S.* The EFTA Court // EIPASCOPE. 1994. N 2.

Gerichtshof-Abkommens über die Satzung des EFTA-Gerichtshofs ([http://www.eftacourt.int/fileadmin/user\\_upload/Files/Statute/Statute\\_with\\_amendments\\_2010\\_-\\_GER.pdf](http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/Statute/Statute_with_amendments_2010_-_GER.pdf)).

<sup>23</sup> Protokoll 5 des Überwachungsbehörde/Gerichtshof-Abkommens über die Satzung des EFTA-Gerichtshofs. С правилами процедуры Суда ЕАСТ можно ознакомиться на сайте суда ЕФТА (интернет-ресурс): URL: [http://www.eftacourt.int/fileadmin/user\\_upload/Files/RulesofProcedure/RoP\\_amendments\\_2010\\_draft\\_EN.pdf](http://www.eftacourt.int/fileadmin/user_upload/Files/RulesofProcedure/RoP_amendments_2010_draft_EN.pdf)

<sup>24</sup> *Treumer S.* The EFTA Court // EIPASCOPE. 1994. N 2.

<sup>25</sup> Protocol 34 “On the possibility for courts and tribunals of EFTA states to request the Court of justice of the European communities to decide on the international of EEA rules corresponding to EC rules”: URL: <http://www.efta.int/media/documents/legal-texts/eea/the-eea-agreement/Protocols%20to%20the%20Agreement/protocol34.pdf>

## Трибуна молодых ученых

Г.А. Гурбанова, аспирантка кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета МГУ\*

### РАЗГРАНИЧЕНИЕ ПОНЯТИЙ НЕЗАКОННОГО ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ И ПОХИЩЕНИЯ ЧЕЛОВЕКА В УГОЛОВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РФ

Статья посвящена вопросам, связанным с разграничением незаконного лишения свободы и похищения человека в уголовном законодательстве Российской Федерации. Автор рассматривает различные критерии разграничения указанных преступлений.

**Ключевые слова:** уголовное право, уголовный закон, похищение человека, незаконное лишение свободы.

*The article is dedicated to the questions connected with distinguish between kidnapping and false imprisonment of the person in the Russian criminal law. The author examines different criterions to distinguish mentioned crimes.*

**Keywords:** criminal law, criminal law, kidnapping, false imprisonment of the person.

Право на свободу и право на личную неприкосновенность являются естественными и неотъемлемыми правами каждого человека и гражданина, гарантированными и закрепленными в Конституции Российской Федерации. Защита прав человека и его законных интересов — приоритетная обязанность государства. Правильная квалификация преступных посягательств на свободу является одним из необходимых условий успешного исполнения этой обязанности.

Право на свободу и личную неприкосновенность признается не только на государственном, но и на международном уровне. Всеобщая декларация прав человека 1948 г. провозглашает, что все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах (ст. 1)<sup>1</sup>; Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. предусматривает, что каждый имеет право на свободу и личную неприкосновенность (ст. 5)<sup>2</sup>.

В Уголовном кодексе Российской Федерации права и свободы человека и гражданина поставлены на первое место среди объектов уголовно-правовой охраны (ст. 2), что свидетельствует об их первостепенной важности.

В УК РФ ответственность за похищение человека и незаконное лишение свободы установлена соответственно в ст. 126 и 127, которые включены в гл. 17 «Преступления против свободы, чести и достоинства личности». Указанные составы преступлений имеют сходные признаки, что вызывает проблемы их разграничения в процессе квалификации. Кроме того, в ст. 126 УК РФ отсутствует определение понятия похищения человека, а понятие незаконного лишения свободы раскрывается в ст. 127 УК РФ путем исключения признаков похищения человека. В следственной и судебной практике указанные вопросы вызывают сложности при квалификации преступлений и правильном разграничении похищения человека и незаконного лишения свободы человека.

Рассмотрим критерии разграничения названных преступлений более подробно. *Похищение человека* (ст. 126 УК РФ) — наиболее распространенное преступление против свободы личности. Вместе с тем в действующем УК РФ определение этого преступления отсутствует, хотя и раскрывается в научной литературе. Например, по мнению Н.Э. Мартыненко, похищение человека — это противоправное перемещение человека против его воли в другое место<sup>3</sup>. Однако перемещение человека без его захвата невозможно, следовательно, данное определение представляется неполным.

Э.Ф. Побегайло, предложивший наиболее полное определение рассматриваемого преступления, под похищением человека понимает «противоправные умышленные действия, сопряженные с тайным или открытым либо с помощью обмана завладением (захват) человеком, *изъятие* (курсив мой. — Г.Г.) его из естественной микросоциальной среды, перемещение с места его постоянного или временного пребывания с целью последующего его удержания — помимо его воли — в другом месте»<sup>4</sup>. Данное определение показывает, что автор придерживается позиции, согласно которой *изъятие* в похищении человека является самостоятельным действием. С данной точкой зрения трудно согласиться, потому что, согласно этимологии слова, «*изъятие*» происходит от слова «*изъять*», означающего такие действия, как удалить, исключить, устранить<sup>5</sup>. «Удалить» означает отдалить на какое-нибудь расстояние, на какое-нибудь время<sup>6</sup>; отдалить кого-либо и что-либо

<sup>3</sup> Мартыненко Н.Э. Похищение человека: понятие, анализ состава и проблемы квалификации. М., 1998. С. 20.

<sup>4</sup> Российское уголовное право: В 2 т. Т. 2: Особенная часть: Учебник / Под ред. Э.Ф. Побегайло. М., 2008. С. 139.

<sup>5</sup> См.: Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка (онлайн-версия): URL: <http://www.ozhegov.org/words/10872.shtml>

<sup>6</sup> Там же.

\* ggurbanovaa@yandex.ru

<sup>1</sup> Всеобщая декларация прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948): Доступ из СПС КонсультантПлюс.

<sup>2</sup> Конвенция о защите прав человека и основных свобод (Рим, 04.11.1950): Доступ из СПС КонсультантПлюс.

на какое-либо расстояние можно лишь с применением перемещения. В итоге понятие «изъятие» тесно связано с понятием «перемещение»: одно без другого трудно представить. Таким образом, изъятие, по существу, входит в понятие «перемещение».

В.И. Зубкова и И.М. Тяжкова полагают, что похищение человека — это тайное или открытое либо путем обмана завладение живым человеком с последующим ограничением его физической свободы на любой срок<sup>7</sup>. Данное определение также не может быть принято, поскольку авторы не указали на признак перемещения потерпевшего. Оно больше соответствует незаконному лишению свободы (за исключением признака «последующий»), так как незаконное лишение свободы включает такие обязательные признаки, как захват (завладение) и удержание потерпевшего.

По мнению Т.Д. Кутузова, похищение человека — это преступление, выражающееся в противоправном захвате потерпевшего, его перемещении и последующем удержании помимо его воли в том или ином месте<sup>8</sup>. Как представляется, в приведенном определении содержатся все необходимые признаки объективной стороны похищения человека. Кроме того, Т.Д. Кутузов и Э.Ф. Побегайло в своих определениях указали на «последующее» удержание потерпевшего. Это значит, что похищение человека окончено с момента начала его перемещения.

Изучение материалов судебной практики показывает, что похищение человека как преступление состоит из захвата и последующего перемещения человека. Так, согласно материалам дела, Погосов А.А., имея умысел на похищение потерпевшей Мисько В.В., вопреки ее воле захватил, посадил в автомобиль, ограничив свободу потерпевшей, и привез по месту своего жительства в домовладение, где в последующем удерживал до того момента, когда потерпевшей удалось сообщить о своем местонахождении по телефону Погосова матери и брату, которые прибыли по указанному адресу и освободили Мисько В.В. Суд в своем решении указал, что похищение человека предполагает его захват и перемещение в другое место помимо воли потерпевшего<sup>9</sup>.

В приговоре Мирнинского районного суда Республики Саха (Якутия) по делу С. определено, что «по смыслу закона под похищением человека следует понимать противоправные умышленные действия, сопряженные с тайным или открытым завладением или захватом живым человеком, перемещением с места его постоянного или временного нахождения против его воли в другое место. Основным

моментом объективной стороны данного преступления является изъятие и перемещение потерпевшего с целью последующего удержания в другом месте. Преступление считается оконченным после того, как потерпевший будет фактически помимо его воли захвачен и даже на непродолжительное время перемещен в другое место»<sup>10</sup>. В указанных судебных решениях обязательными признаками объективной стороны похищения человека были признаны захват и перемещение потерпевшего против его воли.

С учетом сказанного можно сделать следующий вывод: похищение человека — это умышленные противоправные действия, совершенные с применением физического, психического насилия или обмана, направленные на тайный или открытый захват и перемещение живого человека против его воли из привычной среды обитания в установленное место и последующее его удержание в указанном месте.

Что касается *незаконного лишения свободы* (ст. 127 УК РФ), то оно также является насильственным преступлением. Следует отметить, что уголовно-правовая норма об ответственности за незаконное лишение свободы является общей по отношению к норме об ответственности за похищение человека, поскольку похищение человека связано с лишением свободы человека на определенный период времени.

Обратимся к следственной практике<sup>11</sup>. В Вятских Полянах молодой человек залез в дом к 15-летней знакомой, которая в тот момент была одна. Подозреваемый, угрожая ножом, связал потерпевшую, усадил на стул и несколько часов с ней разговаривал. Девушке удалось освободиться и сбежать. Родители потерпевшей сообщили в правоохранительные органы о произошедшем. На следующий день подозреваемый повторил те же действия, но уже с 80-летней пенсионеркой из соседнего села. После того как потерпевшая сказала преступнику, что ждет знакомую, мужчина скрылся. Через некоторое время полицейские задержали подозреваемого, в отношении которого возбудили уголовное дело по пп. «г», «д» ч. 2 ст. 127 УК РФ (незаконное лишение свободы с применением оружия в отношении несовершеннолетнего), п. «г», ч. 2 ст. 127 УК РФ (незаконное лишение свободы с применением оружия), ч. 1 ст. 139 УК РФ (незаконное проникновение в жилище).

Приведенное дело демонстрирует, что незаконное лишение свободы заключается в ограничении физической свободы, в результате чего потерпевший неспособен по собственному желанию передвигаться и избирать место своего нахождения. Определение незаконного лишения свободы в уголовном законодательстве России также отсутствует, однако в юридической литературе предложено много определений этого преступления.

<sup>10</sup> Там же.

<sup>11</sup> <http://kirov.sledcom.ru/news/item/726299/>

<sup>7</sup> Зубкова В.И., Тяжкова И.М. Ответственность за похищение человека по уголовному законодательству России // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 1996. № 2. С. 55.

<sup>8</sup> Кутузов Т.Д. Уголовная ответственность за похищение человека: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 1999. С. 20–21.

<sup>9</sup> Правовой портал Росправосудие: URL: [rospravosudie.com/court-korenovskij-rajonnyj-sud-krasnodarskij-kraj-s/act-104434450/](http://rospravosudie.com/court-korenovskij-rajonnyj-sud-krasnodarskij-kraj-s/act-104434450/)

По мнению А.В. Наумова, это преступление состоит в незаконном лишении человека свободы передвижения в пространстве и общения с другими людьми, выбора им места нахождения<sup>12</sup>. Т.О. Кошаева определила незаконное лишение свободы как реальное ограничение возможности передвижения потерпевшего, выражающееся в насильии над личностью, его свободой перемещения в неограниченном пространстве<sup>13</sup>. С.Н. Потапкин полагает, что незаконное лишение свободы — это «умышленное действие или бездействие, в результате которого лицо лишается личной свободы путем задержания и (или) удержания в месте его нахождения или в месте, куда оно добровольно прибыло, не будучи введенным в заблуждение»<sup>14</sup>. Все приведенные определения верны. Так или иначе незаконное лишение свободы человека заключается в умышленном противоправном деянии, выражающемся в действии или бездействии, направленных на ограничение физической возможности передвижения человека в пространстве и выбора места своего пребывания по собственному усмотрению, совершения активных действий (в том числе общения с другими людьми) для удовлетворения своих потребностей.

Объект преступления является одним из основных критериев разграничения смежных составов преступления. Родовым объектом обоих преступлений являются общественные отношения, обеспечивающие безопасность личности (разд. VII УК РФ). Видовым объектом указанных преступлений выступают общественные отношения в сфере охраны свободы, чести и достоинства личности. Непосредственным же объектом является личная (физическая) свобода.

Ни в Уголовном кодексе, ни в других российских правовых актах нет определения свободы. Определение личной (физической) свободы человека дается в юридической литературе. Так, Л.Д. Гаухман под личной свободой понимает право человека произвольно перемещаться, определять место своего нахождения, распоряжаться собственными свободой и трудом<sup>15</sup>. С.В. Бородин считает, что личная свобода — это не только физическая свобода, позволяющая человеку свободно передвигаться, определять место своего нахождения, общаться с другими людьми, посещать государственные, общественные и частные заведения и т.д., но и свобода от психического давления, направленного на

изменение поведения, которое избрало для себя то или иное лицо<sup>16</sup>. С учетом сказанного можно сделать вывод, что личная (физическая) свобода как непосредственный объект незаконного лишения свободы человека (ст. 127 УК РФ) — это реальная возможность человека свободно перемещаться в пространстве, выбирать место своего пребывания по собственному усмотрению, совершать активные телодвижения (в том числе осуществлять общение с другими людьми) для удовлетворения своих потребностей без препятствий и принуждения. Дополнительные объекты рассматриваемых преступлений также совпадают. Итак, объект основного состава похищения человека и объект основного состава незаконного лишения свободы являются идентичными, поэтому разграничение по данному критерию невозможно.

Признаки объективной стороны — следующий важный критерий разграничения смежных составов преступлений в процессе их квалификации. Большинство авторов в объективной стороне похищения человека выделяют три этапа: *захват, перемещение и удержание*. При этом под захватом понимается «противоправное установление физической власти над потерпевшим путем непосредственного с ним контакта, сопряженное с ограничением его свободы»<sup>17</sup>. Другими словами, должно быть завладение живым человеком, ограничивающее его личную (физическую) свободу.

Перемещение потерпевшего заключается в его изъятии из привычной среды обитания и помещении его в другое место. Эти действия осуществляются путем перевозки, переноса или иного способа перемещения потерпевшего в пространстве. Например, в уголовном деле в отношении Капанова обвиняемый с целью похищения потерпевшего А. заставил А. против его воли выйти из квартиры и сесть в принадлежащий виновному автомобиль. Захватив таким образом А., Капанов против воли потерпевшего вывез того из места проживания в другое место. Суд признал Капанова виновным в совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 126 УК РФ «Похищение человека», и назначил ему наказание в виде лишения свободы сроком на 2 года<sup>18</sup>.

Удержание человека — это, как отмечается в специальной литературе, «насильственные действия, которые направлены на воспрепятствование человеку покидать определенное для него ограниченное пространство, в которое он был помещен, благодаря чему он не может осуществить свой выбор»<sup>19</sup>. Большинство авторов считают, что последующее удержание не является обязательным признаком состава похищения человека, поскольку данное преступление считается окон-

<sup>12</sup> Практика применения Уголовного кодекса Российской Федерации: Комментарий судебной практики и доктринальное толкование / Под ред. А.В. Наумова. М., 2005. С. 254.

<sup>13</sup> Кошаева Т.О. Вопросы применения уголовного законодательства в судебной практике об ответственности за похищение человека и незаконное лишение свободы // Комментарий судебной практики. Вып. 14 / Под ред. К.Б. Ярошенко. М., С. 203.

<sup>14</sup> Потапкин С.Н. Незаконное лишение свободы по российскому уголовному праву. М., 2004. С. 26.

<sup>15</sup> Уголовное право. Особенная часть: Учебник / Под ред. Л.Д. Гаухмана, С.В. Максимова. М., 2004. С. 73.

<sup>16</sup> Уголовное право России: Учебник. М., 2001. С. 81–82.

<sup>17</sup> Уголовное право РФ. Особенная часть / Под ред. Л.В. Иногамовой-Хегай. М., 2002. С. 36.

<sup>18</sup> Правовой портал Росправосудие.

<sup>19</sup> Адельханян Р.А. Расследование похищения человека. М., 2001. С. 19.

ченным с момента начала перемещения потерпевшего. Например, В.М. Лебедев пишет: «Потерпевший может быть и немедленно освобожден там, куда его доставили... Последующее удержание похищенного не требует дополнительной квалификации»<sup>20</sup>. Имеется в виду, что признак удержания похищенного является продолжением, хотя и необязательным, объективной стороны похищения человека, следовательно, дополнительная квалификация по статье о незаконном лишении свободы не требуется. Эта точка зрения заслуживает поддержки.

Применительно ко второму, рассматриваемому нами преступлению — незаконному лишению свободы — законодатель указывает на отсутствие в этом преступлении признаков похищения человека. В научной литературе большинство исследователей сошлись во мнении, что незаконное лишение свободы состоит из *захвата и удержания*. Иначе говоря, основное различие похищения человека и незаконного лишения свободы состоит в отсутствии во втором случае *перемещения* человека. При похищении потерпевший изымается из своей привычной микросреды, перемещается в другое место, а при незаконном лишении свободы — лишь ограничивается свобода человека.

Так, в уголовном деле по обвинению Андреева суд установил, что ночью подсудимый совместно со своей бывшей сожительницей К. и их знакомой в состоянии алкогольного опьянения находились у ворот гаража, принадлежащего Андрееву, где Андреев предложил К. пройти в помещение гаража, чтобы выяснить отношения, на что К. ответила отказом. У Андреева на почве личных неприязненных отношений возник умысел на незаконное лишение свободы бывшей сожительницы, не связанное с ее похищением, применением насилия, опасного для здоровья, и предметов, используемых в качестве оружия. Реализуя свой умысел, Андреев, находясь у открытых ворот гаража, понимая, что в результате его действий К. будет лишена свободы передвижения в пространстве, общения с другими людьми, возможности самостоятельно распоряжаться своей свободой, и желая наступления этих последствий, с целью принудительного удержания и подавления воли К. к сопротивлению нанес ей один удар рукой по лицу, после чего с силой толкнул ее внутрь гаража. Затем, находясь в помещении гаража, запер входную дверь изнутри, заблокировав ее деревянной палкой, и насильно поместил К. в подвальное помещение гаража, тем самым исключив ее возможность свободно покинуть гараж. Находясь в помещении гаража, Андреев продолжил наносить потерпевшей множественные удары руками и ногами по различным частям тела. Игнорируя просьбы К. выпустить ее из гаража, Андреев с целью принудительного удержания потерпевшей, вооружился ножом, а затем топором и, используя

указанные предметы в качестве оружия, продемонстрировал их потерпевшей, одновременно угрожая К. убийством. Суд признал Андреева виновным в совершении преступления, предусмотренного пп. «в», «г» ч. 2 ст. 127 УК РФ, и назначил ему три года лишения свободы с отбыванием наказания в исправительной колонии строгого режима<sup>21</sup>.

Данное дело показывает, что незаконное лишение свободы, как и похищение человека, является насильственным преступлением и совершается вопреки воле потерпевшего. Согласно постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29 (в ред. от 23 декабря 2010 г.) под *насилием, не опасным для жизни и здоровья*, следует понимать побои или совершение иных насильственных действий, связанных с причинением потерпевшему физической боли либо с ограничением его свободы (связывание рук, применение наручников, оставление в закрытом помещении и др.). *Насилием, опасным для жизни или здоровья*, является такое насилие, которое повлекло причинение тяжкого и средней тяжести вреда здоровью потерпевшего, а также причинение легкого вреда здоровью, вызвавшего кратковременное расстройство здоровья или незначительную стойкую утрату общей трудоспособности (п. 21).

В приведенном уголовном деле по обвинению Андреева имело место как физическое, так и психическое насилие. Физическое насилие заключалось в применении к потерпевшей мускульной силы, нанесении ударов по различным частям тела потерпевшей.

Под психическим насилием в специальной литературе понимается «противоправное, общественно опасное, умышленное воздействие на сознание и волю другого человека с помощью различных угроз либо с помощью психологического воздействия (т.е. воздействия на психику), ограничивающего свободу воли потерпевшего, направленное на достижение нужного виновному преступного результата»<sup>22</sup>.

В рассматриваемом случае из судебной практики психическое насилие выражалось в том, что Андреев, вооружившись ножом и топором, демонстрировал их потерпевшей и одновременно высказывал угрозы убийством, которые потерпевшая воспринимала как реальные. Таким образом, основным различием между похищением и незаконным лишением свободы является отсутствие в незаконном лишении свободы признака перемещения. В большинстве случаев этот критерий позволяет разграничить два рассматриваемых преступления. Однако практика показывает, что нередко действия, сопряженные с захватом, перемещением и удержанием потерпевшего, квалифицируются по ст. 127 УК РФ как незаконное лишение свободы.

<sup>21</sup> Правовой портал Росправосудие.

<sup>22</sup> Сердюкова Е.В. Похищение человека и незаконное лишение свободы: историко-правовой и уголовно-правовой анализ. Ставрополь, 2010. С. 73.

<sup>20</sup> Лебедев В.М. Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. М., 2006. С. 355.

Примером может служить следующее дело. Климов, находясь возле подъезда дома, где проживает его сожительница С., встретил П., который ранее сожительствовал с С. На почве личных неприязненных отношений к П. и одновременно испытывая чувство ревности, желая отомстить последнему, умышленно нанес ему побои, т.е. совершил преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 116 УК РФ. Затем у Климова внезапно возник умысел на незаконное лишение П. свободы. Климов поднял упавшего в ходе нанесения ему побоев П. и поместил последнего против его воли в багажник автомобиля. После чего, продолжая свои преступные действия, Климов закрыл багажник автомобиля, лишив таким образом П. физической свободы, полагая при этом, что последний не сможет самостоятельно покинуть багажник без посторонней помощи. Запустив двигатель автомобиля и управляя последним, Климов начал движение, осуществив своими действиями незаконное лишение человека свободы, не связанное с его похищением. П., находясь в багажнике автомобиля, сложил задние сиденья внутри салона, выбрался из багажника на заднее сиденье автомобиля и по ходу движения, открыв правую заднюю дверь транспортного средства, покинул автомобиль, выпрыгнув из него. Климов же, доехав до дома, остановил автомобиль, после чего с места происшествия скрылся. В результате, как отмечается в приговоре, Климов своими умышленными действиями совершил незаконное лишение человека свободы, не связанное с его похищением<sup>23</sup>.

В описательной части приговора, суд, учитывая показания потерпевшего о том, что П., выбравшись из автомашины, ударился головой и потерял сознание, и показания подсудимого о том, что при таких обстоятельствах и наличии у него умысла на похищение П. ему ничто не препятствовало вновь его поместить в автомашину и продолжить движение, пришел к выводу об отсутствии в действиях Климова умысла, направленного на похищение человека.

Вместе с тем, по данному уголовному делу перемещение имело место, следовательно, сам по себе этот признак не может служить абсолютным критерием отграничения незаконного лишения свободы от похищения человека.

Существует ли бесспорный критерий, позволяющий отграничить рассматриваемые смежные составы преступлений, имеющие столь схожую объективную сторону? В юридической литературе отмечается, что при незаконном лишении свободы потерпевшего не изымают из «привычного места обитания», однако «привычное место обитания» является абстрактным понятием<sup>24</sup>, с чем следует согласиться.

По мнению А.Г. Блажнова, перемещение в пространстве не всегда может выступать основанием для отграничения незаконного лишения свободы от похищения человека, и основное различие заключается в обстановке совершения преступления<sup>25</sup>. Автор пишет об изъятии потерпевшего из его «обычной, привычной, естественной микросоциальной среды»<sup>26</sup>. Таким образом, если потерпевший перемещается в пространстве с изъятием его из своей микросреды, то это следует понимать как похищение, а если перемещение потерпевшего не сопряжено с его изъятием из микросреды, то это следует понимать как незаконное лишение свободы.

При таком подходе ключевым является понятие «естественной социальной среды обитания» или «привычной микросреды проживания», из которой изымается потерпевший. Четких признаков, которые характеризуют микросреду, нет. Микросреда обитания — это совокупность социальных условий жизнедеятельности человека, то есть личная среда, определяемая каждым человеком индивидуально, в которой он живет, общается с людьми, работает и т.д. Если потерпевший перемещается в рамках своей микросреды, то такое деяние следует рассматривать как незаконное лишение свободы, так как перемещение потерпевшего возможно и без отрыва (изъятия) из среды жизнедеятельности.

В случае, когда виновное лицо наносит потерпевшему удары и осуществляет его захват в частном доме, а затем переводит его в сарай, находящийся на том же участке, что и дом потерпевшего, и продолжает там удерживать, несмотря на перемещение, потерпевший не изымается из своей привычной среды. Все совершенное должно квалифицироваться только по ст. 127 УК РФ.

Похищение человека совершается путем активных действий, а незаконное лишение свободы может быть совершено путем как действия, так и бездействия. Незаконное лишение свободы путем бездействия имеет место в том случае, когда человека, который не может самостоятельно передвигаться, лишают инвалидной коляски или, когда потерпевший находится в помещении, ранее запертом с его согласия, а затем виновный отказывается его освободить<sup>27</sup>.

Похищение человека окончено с момента начала перемещения потерпевшего, когда человек лишен реальной возможности передвигаться. Незаконное лишение свободы считается оконченным с момента фактического лишения свободы или с момента осознания потерпевшим, что он лишен свободы.

<sup>25</sup> Блажнов А.Г. Незаконное лишение свободы: уголовно-правовой аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Омск, 2005. С. 112.

<sup>26</sup> Там же.

<sup>27</sup> Бойко Н.В. Незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1989. С. 11.

<sup>23</sup> Правовой портал Росправосудие.

<sup>24</sup> Снахова М.Р. Уголовно-правовая охрана личной свободы: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 114.

И незаконное лишение свободы, и похищение человека могут совершаться с применением обмана. При этом под обманом необходимо понимать «введение потерпевшего в заблуждение относительно фактических обстоятельств ситуации или обстановки».<sup>28</sup>

Так, в организации по сбыту книгопечатной продукции, где работал С., была совершена кража книг. Через некоторое время на улице к С. подъехали на машине трое молодых людей и попросили сесть в автомобиль якобы для сообщения о фактах, связанных с совершенной кражей. Ничего не подозревавший С. сел в автомобиль, после чего был доставлен в гараж, где подвергался избиению, заковывался в наручники и оставлялся без пищи и воды с целью вымогательства крупной суммы. Действия виновных лиц были квалифицированы как похищение человека.<sup>29</sup>

Критерием разграничения незаконного лишения свободы и похищения человека может служить и такой признак, как возраст наступления уголовной ответственности. Согласно ч. 2 ст. 20 Уголовного кодекса Российской Федерации за похищение человека уголовная ответственность наступает с 14 лет, за незаконное лишение свободы — с 16 лет.

Основные составы незаконного лишения свободы и похищения человека совершаются только с прямым умыслом, квалифицированные составы предусматривают преступления с двумя формами вины (ч. 3 ст. 127, ч. 3 ст. 126). Вместе с тем цели этих преступлений различны. Несмотря на то, эти цели в соответствующих диспозициях уголовно-правовых норм не названы, они легко устанавливаются исходя из содержания объективной стороны рассматриваемых преступлений.

Вновь обратимся к материалам судебной практики. Гнатышин, действуя по предварительному сговору с группой лиц, прибыл на автомашине на место, где, угрожая физическим насилием, принудил потерпевшего А. против его воли залезть в багажник автомашины. Затем Гнатышин и другие лица приехали на автомашине, в багажнике которой находился А., к дому, где находился Б. Гнатышин, и другие участники группы незаконно проникли в квартиру, в которой, обнаружив Б., против его воли вытащили его из квартиры на улицу, где Гнатышин с целью подавления сопротивления Б. нанес ему три удара битой по голове и ноге, после чего Гнатышин и другие лица, взяв Б. за руки и ноги, положили его в багажник автомашины, в котором уже находился А. Погрузив Б. в багажник автомашины, Гнатышев и другие лица поехали на свалку, где вытащили Б. Находясь на свалке, Гнатышин, направляя пистолет в область головы Б., говорил: «Рой себе могилу», а затем выстрелил в ногу Б., причинив ему легкий вред здоровью. После этого Б. и А. были отпущены домой.<sup>30</sup>

В суде обвиняемый Гнатышин отрицал факт похищения двух лиц и утверждал, что они вывезли потерпевших, чтобы разобраться с их неправильным поведением. Судом было установлено, что Гнатышин, лишив потерпевших свободы, действительно не имел намерения перемещать их и удерживать в определенном месте, что исключает квалификацию содеянного как похищения человека. Президиум Смоленского областного суда постановил, что действия Гнатышина подлежат переквалификации пп. «а», «г», «ж» ч. 2 ст. 127 УК РФ с назначением менее строгого наказания.

Таким образом, отсутствие цели ограничить физическую свободу человека путем его похищения означает наличие в действиях виновного лица другого состава преступления — незаконного лишения свободы. Резюмируя изложенное, следует заключить:

1. Незаконное лишение свободы является более широким понятием, нежели понятие похищения человека.
2. Признак «перемещение» не всегда является критерием разграничения похищения человека и незаконного лишения свободы.
3. Похищение осуществляется только путем совершения действий, в то время как незаконное лишение свободы может быть совершено как действием, так и бездействием.
4. Субъект похищения человека специальный (ответственность наступает с 14 лет), а субъект незаконного лишения свободы — общий.
5. Цель рассматриваемых смежных преступлений выступает важным критерием отграничения незаконного лишения свободы от похищения человека.
6. Похищение человека считается оконченным с момента начала перемещения потерпевшего, а незаконное лишение свободы считается оконченным с момента фактического лишения свободы или с момента осознания потерпевшим, что он лишен свободы.

#### Список литературы

1. *Адельханян Р.А.* Расследование похищения человека. М., 2001.
2. *Бойко Н.В.* Незаконное лишение свободы по советскому уголовному праву: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1989.
3. *Зубкова В.И., Тяжкова И.М.* Ответственность за похищение человека по уголовному законодательству России // *Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право.* 1996. № 2.
4. *Потапкин С.Н.* Незаконное лишение свободы по российскому уголовному праву. М., 2004.
5. *Сердюкова Е.В.* Похищение человека и незаконное лишение свободы: историко-правовой и уголовно-правовой анализ. Ставрополь, 2010.

<sup>28</sup> Сердюкова Е.В. Указ. соч. С. 136.

<sup>29</sup> Там же. С. 76–77.

<sup>30</sup> Дело № 44–127/11: URL: <http://www.gcourts.ru/case/6523979>

**В.И. Колотаева**, магистрант кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета МГУ\*

### ПРОБЛЕМА «ПРЕЗУМПЦИИ СОГЛАСИЯ» НА ИЗЪЯТИЕ ОРГАНОВ И ТКАНЕЙ ЧЕЛОВЕКА ПОСЛЕ ЕГО СМЕРТИ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РФ

*В статье рассматриваются вопросы, связанные с пониманием и применением на практике «презумпции согласия» на изъятие органов или тканей человека после его смерти. Анализируются положения законодательства, а также судебная практика и позиции ученых по вопросу целесообразности замены существующих положений законодательства на «презумпцию несогласия». Предлагаются возможные пути разрешения проблемы правоприменения в условиях действующей системы нормативно-правовых актов.*

**Ключевые слова:** трансплантация, посмертное донорство, «презумпция согласия» на изъятие органов или тканей человека, «презумпция несогласия» на изъятие органов или тканей человека.

*The article examines issues that are concerned with the understanding and practical application of “presumed consent” on extraction of human’s organs or tissues. The author analyzes statute provisions, as well as judicial practice and opinions of scholars connected with expediency of substitution of the current legislative provisions on “disagreement presumption” concept. The possible causes and ways of solution administration of the law problem in the operating system of laws and regulations are proposed.*

**Keywords:** transplantation, postmortem donorship, “presumed consent” on extraction of human’s organs or tissues, “disagreement presumption” on extraction of human’s organs or tissues.

В настоящее время в России проблемы, связанные с пересадкой органов и тканей, стоят очень остро. Например, в октябре 2014 г. врачи люберецкой районной больницы № 2 изъяли почки погибшего пациента, не уведомляя об этом родственников. При этом в медицинских документах было зафиксировано, что пациент является бездомным, хотя жена умершего предупреждала врачей, что у него есть близкие родственники<sup>1</sup>.

Почти в то же время в московской больнице врачи изъяли у девушки, погибшей в результате автомобильной аварии, сердце и две почки, о чем не поставили в известность родителей девушки, находившихся в это время в медицинском учреждении, и только через месяц после

смерти дочери родители, знакомясь с заключением судебно-медицинского эксперта, узнали, что у девушки изъяли внутренние органы<sup>2</sup>.

В обоих случаях врачи ссылались на «презумпцию согласия» на изъятие органов и тканей, закрепленную в законодательстве Российской Федерации.

Пересадка органов или тканей от одного человека (донора) другому (реципиенту) является одним из достижений современной медицины.

В преамбуле Закона РФ от 22 декабря 1992 г. № 4180-1 «О трансплантации органов и (или) тканей человека» (с изм. и доп.)<sup>3</sup> (далее — Закон о трансплантации) провозглашено, что трансплантация (пересадка) органов и (или) тканей человека является средством спасения жизни и восстановления здоровья граждан, она должна осуществляться на основе соблюдения законодательства Российской Федерации и прав человека в соответствии с гуманными принципами, провозглашенными международным сообществом, при этом интересы человека должны превалировать над интересами общества или науки.

Интенсивное развитие трансплантологии пришлось на середину XX в., хотя гораздо ранее в 1902 г. в Вене Э. Ульман осуществил первую экспериментальную пересадку почки свиньи человеку. Первая успешная операция по трансплантации почки в клинических условиях была проведена в 1954 г. Д. Мюрреем в Бостоне. В СССР подобный успешный опыт повторили спустя почти десять лет в 1963 г. Б. Петровским в Москве<sup>4</sup>.

Перечень органов и тканей человека, которые могут быть объектами трансплантации, утвержден Приказом Минздравсоцразвития РФ № 357, РАМН № 40 от 25 мая 2007 г.<sup>5</sup> во исполнение полномочий, предоставленных ст. 2 Закона РФ 1992 г. «О трансплантации органов и (или) тканей человека». В связи с тем, что большинство органов и тканей, зафиксированных в этом списке, не может быть изъято у живого донора (сердце, поджелудочная железа, кишечник и некоторые другие органы), то наиболее распространенным видом донорства является посмертное донорство.

По данным «Федерального научного центра трансплантологии и искусственных органов им. академика В.И. Шумакова», ежегодно в России выполняется 1300–1350 трансплантаций органов, в том числе около 1000 трансплантаций почки, 200–240 трансплантаций печени, 100–130 трансплантаций сердца<sup>6</sup>. Однако реальная потребность в транс-

<sup>2</sup> URL: <http://lifenews.ru/news/142846> (дата обращения 24.01.2015).

<sup>3</sup> Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 2. Ст. 62.

<sup>4</sup> См.: Крылова Н.Е. Уголовное право и биоэтика: проблемы, дискуссии, поиск решений. М., 2006. С. 38–39.

<sup>5</sup> Российская газета. 2007. 26 июня.

<sup>6</sup> Готье С.В., Хомяков С.М. Оценка потребности населения в трансплантации органов, донорского ресурса и планирование эффективной сети медицинских организаций (центров трансплантации) // Вестн. трансплантации и искусственных органов. 2013. № 3.

\* violet2311@mail.ru

<sup>1</sup> URL: <http://lifenews.ru/news/142591> (дата обращения 24.01.2015).

плантации в год оценивается в 11000 трансплантаций почки; 2 000 — печени; 1100 — сердца (включая комплекс «сердце-легкие»), 800 — легких, 300 — поджелудочной железы<sup>7</sup>. Таким образом, потребность в органах для пересадки значительно превышает фактическое наличие донорского материала.

Всемирной организацией здравоохранения (ВОЗ) отмечается, что спрос на органы и ткани для пересадки всегда превышал предложение, даже при том что развитие медицинских технологий на сегодняшний день позволяет более эффективно осуществлять изъятие органов и тканей, а также минимизировать негативные последствия отторжения пересаженных органов (тканей) у реципиентов<sup>8</sup>.

Несмотря на очевидные успехи российской трансплантологии, отечественная система трансплантологии развита крайне слабо. Это связано, в частности, с небольшим количеством медицинских учреждений, осуществляющих постановку на учет потенциальных реципиентов и проводящих операции по забору органов и тканей, а также с низкой информированностью граждан об общественно-полезных целях трансплантации. Главным же препятствием является противоречивое и частично устаревшее законодательство Российской Федерации в области трансплантологии. Основной закон, действующий в данной сфере, насчитывает всего 16 статей, а Федеральный закон от 21 ноября 2011 г. № 323-ФЗ «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации»<sup>9</sup> (далее — Закон об основах охраны здоровья граждан) содержит всего одну статью (ст. 47), непосредственно закрепляющую условия донорства.

Закон о трансплантации 1992 г. подвергается постоянной критике со стороны научного сообщества. Наибольшее число критических высказываний относится к положению о «презумпции согласия» на изъятие органов после смерти (ст. 8). Суть данной нормы такова: если медицинское учреждение не располагает информацией о том, что при жизни человека он сам либо его близкие или законный представитель заявили о несогласии на изъятие у него органов или тканей, то предполагается, что человек был согласен на изъятие трансплантата после своей смерти. При этом порядок выражения и юридического оформления такого несогласия не урегулирован, поэтому фактически каждый человек после своей смерти может рассматриваться как потенциальный донор.

В Руководящем принципе ВОЗ № 1 по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов эта организация в первую очередь

формулирует принцип, согласно которому клетки, ткани и органы для пересадки могут быть изъяты из тел умерших в случае, если: а) получено согласие в форме, требуемой законом, и б) нет оснований полагать, что умершее лицо возражало против такого изъятия<sup>10</sup>.

Вместе с тем ВОЗ признает существование в мировой практике двух основных систем: системы «презумпции несогласия» (“opting in”), которая предпочтительна; и системы «презумпции согласия» (“opting (or contracting) out”), к которой относится Российская Федерация.

Большинство российских правоведов полагают, что совершенно необходимо заменить «презумпцию согласия» на противоположную презумпцию. Так, М.Н. Малеина полагает, что «при отсутствии распоряжений лица по поводу его органов и тканей на случай смерти согласие строго определенных лиц должно испрашиваться всегда и в обязательном порядке»<sup>11</sup>. По мнению С.Г. Стеценко, только установление «презумпции несогласия» позволит эффективно осуществлять защиту прав и законных интересов граждан при оказании медицинской помощи, а также обеспечит реальное осуществление волеизъявления умершего<sup>12</sup>. Однако представляется, что простая смена «презумпции согласия» на «презумпцию несогласия» не решит всех правовых трудностей, возникающих при пересадке органов и тканей.

Главная правовая проблема, связанная с «презумпцией согласия», состоит в отступлении в подобных случаях от принципа информированного добровольного согласия на медицинское вмешательство и отказ от медицинского вмешательства. В ч. 1 ст. 20 Закона об основах охраны здоровья граждан установлено, что на основании предоставленной медицинским работником в доступной форме полной информации о целях, методах оказания медицинской помощи, связанном с ними риске, возможных вариантах медицинского вмешательства и его последствиях, а также о предполагаемых результатах оказания медицинской помощи гражданин или его законный представитель дает согласие на такое вмешательство или отказывается от него.

Вместе с тем, следует сказать, что положения российского законодательства не препятствуют выражению своего волеизъявления на возможность изъятия органов или тканей как потенциальному донору, так и его близким родственникам.

Несмотря на то что изъятие органов осуществляется посмертно, «презумпция согласия» изъятия органов (тканей) трактуется некоторыми исследователями как отказ законодателя от соблюдения прин-

<sup>10</sup> Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов

<sup>11</sup> Малеина М.Н. Право индивида на телесную (физическую) неприкосновенность // Государство и право. 1993. № 4.

<sup>12</sup> Стеценко С.Г. Трансплантология: Юридические проблемы // Законность. 2004. № 11.

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> Руководящие принципы ВОЗ по трансплантации человеческих клеток, тканей и органов (утв. на 63-й сессии Всемирной ассамблеи здравоохранения в мае 2010 г.).

<sup>9</sup> Официальный интернет-портал правовой информации: URL: <http://www.pravo.gov.ru> (22.11.2011).

ципа приоритетности прав и интересов донора<sup>13</sup>. Однако после смерти донора можно говорить не о правах и интересах донора, а о достойном отношении к его телу.

Статья 8 Закона о трансплантации, закрепляющая «презумпцию согласия» на изъятие органов или тканей, стала предметом рассмотрения Конституционного суда РФ в 2003 г. Судебная коллегия по гражданским делам Саратовского областного суда обратилась в Конституционный суд РФ с просьбой проверить конституционность вышеназванной статьи.

Поводом для обращения стало рассмотрение кассационной жалобы Л.В. Житинской по делу об изъятии у ее умершего сына обеих почек без уведомления об этом матери. О факте изъятия органов у сына женщина узнала только из акта судебно-медицинского исследования его трупа<sup>14</sup>.

Судебная коллегия по гражданским делам Саратовского областного суда посчитала, что указанная статья Закона о трансплантации лишает гражданина или его близких родственников (представителей) права на волеизъявление о согласии или несогласии на изъятие органов и (или) тканей из его тела после смерти; лишает граждан возможности предварительно зафиксировать факт своего несогласия; исключает возможность выразить несогласие непосредственно перед изъятием органов в случаях, когда наступление смерти нельзя было предвидеть<sup>15</sup>.

Конституционный суд РФ в определении от 4 декабря 2003 г. № 459-о указал, что «презумпция согласия базируется, с одной стороны, на признании негуманным задавать родственникам практически одновременно с сообщением о смерти близкого человека либо непосредственно перед операцией или иными мероприятиями лечебного характера вопрос об изъятии его органов (тканей), а с другой стороны — на предположении, обоснованном фактическим состоянием медицины в стране, что на современном этапе развития трансплантологии невозможно обеспечить выяснение воли указанных лиц после кончины человека в сроки, обеспечивающие сохранность трансплантата»<sup>16</sup>. Кроме того, в определении Конституционного суда РФ было отмечено, что наличие опубликованного для всеобщего сведения и вступившего в силу законодательного акта, содержащего формулу данной презумпции, предполагает осведомленность всех граждан о действующих предписаниях. Граждане могут зафиксировать в той или иной форме

(в том числе нотариальной) и довести до сведения учреждения здравоохранения свое несогласие на изъятие у них органов и (или) тканей после смерти в целях трансплантации<sup>17</sup>.

С учетом изложенного Конституционный суд РФ пришел к выводу, что ст. 8 Закона о трансплантации *сама по себе* не может рассматриваться как нарушающая права и свободы граждан и отказал в принятии к рассмотрению запроса Саратовского областного суда<sup>18</sup>. Вместе с тем Конституционный суд РФ отметил, что в целях соблюдения баланса прав и законных интересов доноров и реципиентов требуется более детальная регламентация на законодательном и подзаконном уровнях процедуры изъявления несогласия на изъятие органов или тканей для трансплантации.

Необходимо также учитывать, что в другом федеральном законодательном акте фактически закреплена «презумпция несогласия» на изъятие органов и тканей после смерти. Речь идет о Федеральном законе от 12 января 1996 г. «О погребении и похоронном деле»<sup>19</sup> (далее — Закон о погребении), в котором закреплено, что под волеизъявлением лица о достойном отношении к его телу после смерти понимается его пожелание, выраженное в устной форме в присутствии свидетелей или в письменной форме, в частности, о согласии или несогласии на изъятие органов и (или) тканей из его тела; о доверии исполнить свое волеизъявление тому или иному лицу» (ст. 5). Таким образом, достойное отношение к телу человека после смерти Закон связывает с правом человека при жизни выразить свое согласие или несогласие на изъятие у него органов или тканей. Согласно этому же Закону действия по достойному отношению к телу умершего должны осуществляться в полном соответствии с волеизъявлением умершего, если не возникли обстоятельства, при которых исполнение волеизъявления умершего невозможно, либо иное не установлено законодательством Российской Федерации. При отсутствии волеизъявления умершего право дачи согласия переходит к супругу, близким родственникам, либо иным родственникам или законному представителю, а при отсутствии таковых к иным лицам, взявшим на себя обязанность осуществить погребение умершего (ч. 3 ст. 5 Закона о погребении).

Налицо явная коллизия положений двух законов равной юридической силы, выражающая различие во взглядах по поводу необходимости выявления прижизненного согласия человека на изъятие его органов или тканей и существующая уже почти 20 лет. Здесь в том числе затрагивается вопрос достоинства личности как при жизни, так и после смерти.

<sup>13</sup> Красновский Г.Н. Биоэтические и уголовно-правовые проблемы в Законе Российской Федерации о трансплантации органов и (или) тканей человека // Государство и право. 1993. № 12.

<sup>14</sup> См.: Крылова Н.Е. Уголовное право и биоэтика. С. 71.

<sup>15</sup> Там же.

<sup>16</sup> Вестн. Конституционного Суда РФ. 2004. № 3.

<sup>17</sup> Там же.

<sup>18</sup> Там же.

<sup>19</sup> Российская газета. 1996. 20 янв.

В специальной литературе отмечается, что именно эта коллизия привела к тому, что среди учреждений, осуществляющих забор трансплантатов в целях пересадки, нет единого мнения по поводу правомерности изъятия органов и тканей от умерших людей, в связи с чем часто единственным средством решения проблемы служит мнение руководителя учреждения, где осуществляется забор органов и тканей<sup>20</sup>.

Верховный суд РФ в решении от 17 июня 2002 г. по делу А.А. Старченко недвусмысленно указал на то, что «достоинство личности включает в себя уважительное отношение не только к личности умершего человека, но и к его останкам»<sup>21</sup>. Однако российская доктрина уголовного права традиционно придерживается той позиции, что достоинство может быть присуще лишь живущему человеку, умерший же не может рассматриваться как личность. М.Д. Шаргородский в свое время призывал разделять понятия «человек» и «личность». «Личность» суть понятие социальное, совокупность общественных отношений, и притом совершенно определенная, конкретизированная, идеальная совокупность этих отношений»<sup>22</sup>. В связи с этим умершего как личность можно оценивать только в прошедшем времени по отношению к тем поступкам, которые были совершены им в жизни.

Представляется, что следует согласиться с традиционным определением личности, выработанным для отображения социальной природы человека<sup>23</sup>. Умерший, действительно, не может восприниматься как личность.

В октябре 2014 г. в Государственную Думу РФ членом Совета Федерации А. Беляковым был внесен законопроект о внесении изменений в ст. 8 Закона о трансплантации и ст. 47 Закона об основах охраны здоровья граждан в части закрепления «презумпции несогласия» на изъятие органов (тканей)<sup>24</sup>. Как указано в пояснительной записке к законопроекту, в странах, где закреплена «презумпция несогласия» (США, Великобритания, Дания, Швеция), трансплантология развита гораздо лучше, чем в Российской Федерации, где возможность получения органов для трансплантации составляет всего 5–6 % от требуемого количества. Автор законопроекта предложил перенять опыт США и стран Евросоюза, где совершеннолетние лица обязаны фиксировать свое согласие (если оно имеется) в водительских правах или

в страховом свидетельстве, где для такой записи существует специальная графа.

В целом учет зарубежного опыта разрешения проблемы изъятия органов и тканей необходим, однако слепое копирование норм иностранного права, пусть и прогрессивных, без учета реальной социальной ситуации и имеющегося уровня правосознания в Российской Федерации является преждевременным. Законопроект был возвращен автору в связи с непредставлением заключения Правительства РФ<sup>25</sup>.

Однако проблема отечественной трансплантологии коренится не в наличии «презумпции согласия», а скорее в несовершенной организации системы реализации прав граждан в рамках указанной презумпции.

На конец 2013 г. в России функционировал лишь 41 центр трансплантологии органов, при этом 15 из них приходилось на Москву, Московскую область, Санкт-Петербург и Ленинградскую область. Остальные центры разбросаны по крупным субъектам федерации<sup>26</sup>. На муниципальном уровне вообще нет центров, занимающихся забором органов.

Кроме того, в Российской Федерации слабо развита система информирования и популяризации идеи полезности донорства для всего общества. Как отмечается в пояснительной записке к вышеназванному законопроекту, зачастую, руководствуясь «презумпцией согласия», врачи сталкиваются затем с судебными исками родственников умершего лица, несогласных с произведенным изъятием органов. Хотя Закон о трансплантации и защищает врача, однако указанные факторы лишь способствуют уменьшению количества забранных органов (тканей) у скончавшихся лиц<sup>27</sup>.

Мнение ряда российских исследователей, согласно которому прямое введение в российское законодательство «презумпции несогласия» стало бы преждевременной мерой, представляется обоснованным.

Так, Л.О. Красавчикова полагает, что закрепление «презумпции несогласия» привело бы к тому, что возможность трансплантации органов (тканей) трупа была бы практически неосуществимой<sup>28</sup>. По мнению Е.Н. Степановой, замена презумпции согласия на «испрошенное согласие» приведет к резкому, не менее чем в 5 раз, уменьшению количества донорских органов<sup>29</sup>.

<sup>20</sup> Протокол № 197 Заседания Совета Государственной Думы РФ от 16 октября 2014 г.

<sup>26</sup> Готье С.В., Мойсюк Я.Г., Хомяков С.М. Донорство и трансплантация органов в Российской Федерации в 2013 году. VI сообщение регистра Российского трансплантологического общества // Вестн. трансплантации и искусственных органов. 2014. № 2.

<sup>27</sup> URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=606716-6> (дата обращения 19.12.2014).

<sup>28</sup> См.: Красавчикова Л.О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург, 1994.

<sup>29</sup> Степанова Е.Н. «Испрошенное согласие» как основа правового регулирования органного донорства в современном российском законодательстве // Актуальные проблемы правового регулирования медицинской деятельности. С. 218.

<sup>20</sup> Комашко М.Н. Проблема презумпции согласия на изъятие органов и (или) тканей для трансплантации: Доступ из СПС КонсультантПлюс.

<sup>21</sup> Цит. по: Крылова Н.Е. Биоэтические и уголовно-правовые проблемы трансплантации органов, тканей и клеток человека // Актуальные проблемы правового регулирования медицинской деятельности: Материалы конференции. М., 2004. С. 314.

<sup>22</sup> Курс советского уголовного права. Часть Особенная. Т. 3. Л., 1973. С. 611.

<sup>23</sup> См.: Абушенко В.Л. Личность // Новейший философский словарь / Сост. А.А. Грицанов. Мн., 1998.

<sup>24</sup> URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=606716-6> (дата обращения: 19.12.2014).

Авторы приводят и другие веские аргументы в пользу сохранения «презумпции согласия», в частности такой: вопрос о согласии на изъятие органов (тканей), задаваемый родственникам умершего человека либо самому тяжелобольному лицу, негуманен, поскольку способен вызвать у больного состояние обреченности и подозрение в заинтересованности врача в его смерти.

Кроме того, не все пациенты находятся в сознании и могут совершать юридически значимые действия. Установление же прижизненного отношения умершего к возможности изъятия его органов (тканей) после смерти через близких не всегда эффективно в силу того, что, во-первых, многие при жизни не задумываются над подобными вопросами, а во-вторых, родственники могут подменить мнение умершего своим решением<sup>30</sup>. Помимо этого, данная процедура повлечет потерю времени, что приведет к невозможности в дальнейшем осуществить пересадку органов (тканей).

Избежать при этом коллизии с Законом о погребении можно либо путем изменения положений ст. 5 в пользу «презумпции согласия», либо путем ограничительного толкования. Например, некоторые авторы указывают, что в ч. 2 ст. 5 Закона о погребении содержится оговорка: действия по достойному отношению к телу умершего должны осуществляться в полном соответствии с его волеизъявлением, если не возникли обстоятельства, при которых исполнение волеизъявления умершего невозможно, либо *иное не установлено законодательством Российской Федерации*<sup>31</sup>. Следовательно, как отмечается в специальной литературе, Закон о погребении не затрагивает основ правового регулирования отношений посмертного донорства, а касается условий изъятия частей тела умершего в научно-исследовательских и учебно-педагогических целях, а также распространяется на случаи забора человеческого биоматериала, оборот которого не регулируется Законом о трансплантации<sup>32</sup>.

Конечно, недостатком отечественного законодательства в сфере трансплантологии является то, что оно не закрепляет требования к оформлению несогласия лица на изъятие его органов (тканей) после смерти. В ч. 6 ст. 47 Закона об основах охраны здоровья граждан указано лишь, что гражданин может выразить свое несогласие с посмертным изъятием органов (тканей) в устной форме в присутствии свидетелей, а также в письменной форме, заверенной руководителем медицинской организации либо нотариально. Такая же процедура предусмотрена и для родственников. Информация о наличии воле-

изъявления фиксируется в медицинской документации пациента (ч. 9 ст. 47 Закона об основах охраны здоровья граждан). Однако, в каком порядке и в какие сроки должна быть осуществлена данная фиксация, не установлено.

Вместе с тем в силу ч. 10 ст. 47 Закона об основах охраны здоровья граждан даже оформленное в установленном порядке несогласие с изъятием органов (тканей) после смерти законно игнорируется, если на момент их удаления о нем не было поставлено в известность учреждение здравоохранения<sup>33</sup>. Следует также отметить отсутствие в России официального банка данных о лицах, принимающих решение о несогласии с посмертным донорством<sup>34</sup>.

Таким образом, как видим, проблемы российской трансплантологии в меньшей мере связаны с закреплением «презумпции согласия» на изъятие органов (тканей) после смерти. Представляется, что сначала следует решить вопросы организационного и мировоззренческого характера для закрепления в общественном сознании идеи о полезности трансплантации для всего общества.

Министерство здравоохранения и социального развития РФ разработало законопроект «О донорстве органов человека и их трансплантации»<sup>35</sup>, который еще не внесен в Государственную Думу РФ. Данный проект, несмотря на ряд недостатков, содержит и прогрессивные положения. В частности, в нем закреплена необходимость просвещения населения и его информирования о социальной значимости донорства органов человека в целях трансплантации, действующем правовом регулировании отношений, связанных с донорством органов и их трансплантацией. Для информирования граждан предполагается использовать средства массовой информации, тематические конференции и другие способы.

Презумпция согласия в данном законопроекте сохранилась, однако в нем более подробно урегулирован вопрос выражения несогласия с посмертным изъятием органов. Кроме того, появилось принципиально новое положение о возможности выразить несогласие устно или письменно на забор органов умершего со стороны родственников в течение 2 часов после сообщения им медицинской организацией о констатации смерти.

Но все же не следует думать, что введение «презумпции несогласия» на изъятие органов или тканей человека после его смерти невозможно в принципе. Напротив, именно такая мера соответствовала бы

<sup>30</sup> См.: Истоки и современное содержание уголовной политики в области здравоохранения: актуальные вопросы теории и практики / Под ред. А.В. Грошева, Е.В. Епифановой. М., 2013. С. 317.

<sup>31</sup> Там же. С. 325.

<sup>32</sup> Там же.

<sup>33</sup> См.: Истоки и современное содержание уголовной политики в области здравоохранения: актуальные вопросы теории и практики / Под ред. А.В. Грошева, Е.В. Епифановой. М., 2013. С. 319.

<sup>34</sup> Там же.

<sup>35</sup> URL: <http://www.rosminzdrav.ru/documents/8145-proekt-federalnogo-zakona-o-donorstve-organov-cheloveka-i-ih-transplantatsii> (дата обращения: 19.12.2014).

современному международному подходу в сфере трансплантологии. Однако, как уже отмечалось, для этого необходимо провести большую правовую и разъяснительную работу со стороны государства в целях формирования у граждан правильного представления о самой сущности трансплантации и ее полезности. На данном этапе развития системы отечественной трансплантологии указанная мера представляется все же поспешной.

### Список литературы

1. Готье С.В., Мойсюк Я.Г., Хомяков С.М. Донорство и трансплантация органов в Российской Федерации в 2013 году. VI сообщение регистра Российского трансплантологического общества // Вестн. трансплантации и искусственных органов. 2014. № 2.
2. Готье С.В., Хомяков С.М. Оценка потребности населения в трансплантации органов, донорского ресурса и планирование эффективной сети медицинских организаций (центров трансплантации) // Вестн. трансплантации и искусственных органов. 2013. № 3.
3. Истоки и современное содержание уголовной политики в области здравоохранения: актуальные вопросы теории и практики: монография / Под ред. А.В. Грошева, Е.В. Епифановой. М., 2013.
4. Комашко М.Н. Проблема презумпции согласия на изъятие органов и (или) тканей для трансплантации // Медицинское право, 2006. № 7.
5. Красавчикова Л.О. Понятие и система личных неимущественных прав граждан (физических лиц) в гражданском праве Российской Федерации. Екатеринбург, 1994.
6. Красновский Г.Н. Биоэтические и уголовно-правовые проблемы в Законе Российской Федерации о трансплантации органов и (или) тканей человека // Государство и право. 1993. № 12.
7. Крылова Н.Е. Уголовное право и биоэтика: проблемы, дискуссии, поиск решений. М., 2006.
8. Малеина М.Н. Право индивида на телесную (физическую) неприкосновенность // Государство и право. 1993. № 4.
9. Степанова Е.Н. «Испрошенное согласие» как основа правового регулирования органного донорства в современном российском законодательстве // Актуальные проблемы правового регулирования медицинской деятельности: Материалы конференции. М., 2004.
10. Стеценко С.Г. Трансплантология: Юридические проблемы // Законность. 2004. № 11.

С.Э. Мустафаев, аспирант кафедры уголовного права и криминологии юридического факультета МГУ\*

### УГОЛОВНО НАКАЗУЕМОЕ ПРЕРЫВАНИЕ БЕРЕМЕННОСТИ: ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

*Статья посвящена пробелам Уголовного кодекса РФ в сфере установления ответственности за незаконное искусственное прерывание беременности. Анализируются современные законодательные и подзаконные акты, касающиеся данной темы. Автором обосновывается вывод о необходимости внесения изменений в УК РФ, в частности дополнить ст. 123 УК РФ, а также внести новую ст. 123<sup>1</sup> «Принуждение к искусственному прерыванию беременности».*

**Ключевые слова:** аборт, ответственность за аборт, незаконное прерывание беременности, криминальное прерывание беременности, принуждение к прерыванию беременности.

*The article is devoted to the gaps of the Criminal Code of the Russian Federation in the sphere of establishing liability for the illegal abortion. The author analyzes the current laws and regulations relating to the topic. The author comes to the conclusion that there is a need for changes to the Criminal Code. Thus, it is proposed to add new conditions to article 123 of the Criminal Code, as well as bring to the Criminal Code a new Article 123<sup>1</sup> "Forced abortion."*

**Keywords:** abortion, the liability for the abortion, illegal abortion, criminal abortion, forced abortion.

В Российской Федерации приоритетным направлением деятельности государства является охрана жизни, здоровья и безопасности каждого человека, находящегося на ее территории. Согласно ст. 41 Конституции Российской Федерации, каждый имеет право на охрану здоровья и медицинскую помощь. Важно не только провозгласить права и свободы человека, но и создать условия для их реализации, одним из которых является доступ к квалифицированной медицинской помощи. Так, медицинская помощь в государственных и муниципальных учреждениях здравоохранения оказывается бесплатно за счет средств бюджета, страховых взносов или других поступлений.

Более того, в России в связи с демографическими проблемами приоритетным является создание условий для охраны материнства и детства. Так, например, каждая беременная женщина имеет право на бесплатную квалифицированную помощь, в том числе по вопросам

\* mustafaevs@day.az

искусственного прерывания беременности. Ведь в случае небезопасного прерывания беременности есть вероятность потери женщиной репродуктивной функции.

По оценкам ВОЗ (Всемирная организация здравоохранения), в 2008 г. в мире зафиксировано 21,6 млн случаев незаконного аборта и почти все из них — в развивающихся странах. Около 13% всех материнских смертей происходит в результате небезопасного аборта<sup>1</sup>. Небезопасный аборт определяется как процедура прекращения нежелательной беременности лицами, у которых отсутствуют необходимые навыки, или в обстановке, в которой отсутствуют минимальные медицинские стандарты, или когда отсутствует и то и другое. Данная процедура является причиной смерти 47 тыс. женщин ежегодно, и в результате миллионы женщин становятся инвалидами временно или пожизненно<sup>2</sup>. По данным Росстата, в России ежегодно не менее 70 тыс. женщин заканчивают беременность абортom<sup>3</sup>. Однако сколько из них прерывают беременность небезопасными способами, сказать невозможно, поскольку в РФ данная статистика не ведется.

К средствам правовой защиты в данной сфере можно отнести установление государством уголовной ответственности за незаконное прерывание беременности. До недавнего времени ст. 123 Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК РФ) именовалась «Незаконное производство аборта». В связи с приведением законодательства РФ в соответствие с международными документами, в том числе и документами ВОЗ, в которых термин «аборт» не используется, название и диспозиция данной статьи были изменены. Более того, абортom принято считать искусственное прерывание беременности на сроке до 22 недель. При сроке беременности свыше 22 недель искусственно вызывается процесс преждевременных родов, тем самым женщина избавляется от плода естественным путем. Тогда как по ст. 123 УК РФ подлежало и подлежит ответственности лицо, которое совершает прерывание беременности независимо от срока (как до 22 недель, так и после). Поэтому данные изменения, внесенные законодателем, являются обоснованными и целесообразными. В настоящее время уголовно наказуемыми являются «проведение искусственного прерывания беременности лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля» и то же деяние, «если оно повлекло по неосторожности смерть потерпевшей либо причинение тяжкого вреда ее здоровью» (ст. 123 УК РФ).

<sup>1</sup> Официальный сайт ВОЗ: URL: [www.who.int/reproductivehealth/topics/unsafe\\_abortion/ru/](http://www.who.int/reproductivehealth/topics/unsafe_abortion/ru/) (дата обращения 11.11.2014)

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Официальный сайт Федеральной службы государственной статистики: Здравоохранение: URL: [www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat\\_main/rosstat/ru/statistics/population/healthcare/](http://www.gks.ru/wps/wcm/connect/rosstat_main/rosstat/ru/statistics/population/healthcare/) (дата обращения 11.11.2014)

Цель данной работы состоит в исследовании современного уголовного законодательства в сфере незаконного прерывания беременности и выявлении его проблемных аспектов. В статье предпринята попытка автора представить свой взгляд на решение данной проблемы.

Потерпевшей в рассматриваемом преступлении является женщина, которая находилась в состоянии беременности. Важно отметить, что незаконное проведение искусственного прерывания беременности — один из немногих составов, где требуется согласие потерпевшей стороны на причинение вреда. В свете отмеченного обстоятельства встает вопрос о пределах самостоятельности лица в сфере отчуждения принадлежащих ему нематериальных прав. Иными словами, в данном случае мы имеем дело с конфликтом публичных и частных интересов. Беременная женщина дает согласие на возможное причинение вреда своему здоровью во время аборта лицом, не имеющим соответствующих навыков, а в свою очередь государство запрещает такому лицу, производить искусственное прерывание беременности. В связи с этим в литературе все чаще высказывается мнение о декриминализации данного деяния, ссылаясь на согласие женщины на причинение вреда ее здоровью<sup>4</sup>. С данным утверждением мы в корне не согласны.

Во время незаконного прерывания беременности происходит поставление в опасность жизни и здоровья женщины, когда не оказывается должная медицинская помощь во время прерывания беременности, а также в дальнейшем восстановительном процессе. В настоящее время медицинская помощь при беременности, родах, во время послеродового периода и аборта оказывается бесплатно в стационарных условиях и в условиях дневного стационара врачами-специалистами и включает в себя профилактику, диагностику и лечение заболеваний и состояний, требующих использования специальных методов и сложных медицинских технологий, а также медицинскую реабилитацию<sup>5</sup>.

Государство установило законный порядок проведения данной процедуры. Так, каждая женщина самостоятельно решает вопрос о материнстве. Искусственное прерывание беременности проводится по желанию женщины при наличии информированного добровольного согласия. Добровольное искусственное прерывание беременности возможно при сроке беременности до двенадцати недель. Также возможно прерывание беременности по социальным показаниям при сроке беременности до двадцати двух недель. В настоящее время, согласно постановлению Правительства РФ, таким показанием является

<sup>4</sup> См.: Красиков А.Н. Уголовно-правовая охрана прав и свобод человека в России. Саратов, 1996.

<sup>5</sup> «О программе государственных гарантий бесплатного оказания гражданам медицинской помощи на 2014 год и на плановый период 2015 и 2016 годов»: Постановление Правительства РФ от 18.10.2013 г. № 932 // Собрание законодательства РФ. 2013. № 43. Ст. 5558.

беременность, наступившая в результате совершения преступления, предусмотренного ст. 131 (изнасилование) УК РФ<sup>6</sup>. По медицинским показаниям (в случае угрозы жизни или здоровью беременной женщины) возможно проведение данной процедуры независимо от срока беременности.

Принимая во внимание общественную опасность, законодатель включил в УК норму, устанавливающую ответственность за нарушение указанного выше порядка (в части возможности прерывания беременности только врачами-специалистами). На наш взгляд, в современном российском государстве созданы необходимые условия для законного проведения данной процедуры. Поэтому мы считаем недопустимой возможность декриминализации незаконного искусственного прерывания беременности только лишь на основании согласия самой женщины.

В свете вышесказанного нам представляется верным разграничить понятия «криминального» и «незаконного» прерываний беременности (аборта). На наш взгляд, «криминальным» является уголовное наказуемое искусственное прерывание беременности лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля. Иными словами, когда нарушается лишь одно условие процедуры — отсутствие медицинского образования лица. «Незаконным» в свою очередь является искусственное прерывание беременности с нарушением всех или одного из условий правомерности, т.е. нарушением порядка, установленного государством. Таким образом, каждое криминальное прерывание беременности является незаконным, но не каждое незаконное прерывание беременности является криминальным.

Известны несколько способов прерывания беременности. При ранних стадиях беременности врачи обращаются к медикаментозному методу. Он проводится на сроках беременности до 8 недель. Данный способ наиболее безопасный и в случаях неосложненного течения не требует хирургического вмешательства и анестезии. После подписания информированного согласия беременная в присутствии врача принимает необходимый препарат. Перед этим врач должен установить, что противопоказаний к приему препарата у беременной женщины нет. После аборта необходимо убедиться, что в полости матки не остались части плодного яйца, которые могут инфицироваться, вызвать сильное кровотечение и другие осложнения. Следующий способ — это вакуум-аспирация, который также возможен только на ранних стадиях беременности. Путем создаваемого вакуума специальным устройством вызывается отслоение плодного яйца от стенки матки: процедура производится только после общего обезболивания. Данный способ также

не гарантирует вероятность того, что части эмбриона могут остаться на стенке матки и вызвать тем самым осложнения, опасные для жизни беременной. Следовательно, тщательный контроль со стороны специалиста в этом случае также необходим.

Самым распространенным считается инструментальный аборт, который заключается в выскабливании полости матки специальным инструментом. По сути, это полноценная хирургическая операция, во время и после которой могут возникнуть различные осложнения. К ранним осложнениям относятся кровотечения, нарушения свертывания крови. Но самым опасным осложнением является прободение стенки матки с проникновением в брюшную полость. Такие осложнения, как тяжелые кровотечения, перитонит (воспаление брюшины), травма органов брюшной полости могут стать причиной смертельного исхода<sup>7</sup>.

Таким образом, каждый из видов прерывания беременности является потенциально опасным для здоровья женщины и должен проводиться под строгим контролем врача в надлежащих условиях. Следует согласиться с Михаилом Николаевичем Гернетом, который писал, что «в миллионной массе абортируемых я вижу слишком много индивидуальных различий, чтобы заклеить их общим позором осуждения. Если я вижу в их толпе кое-где мелькающие, веселые, улыбающиеся лица прожигательниц жизни, то вижу также тысячи лиц, перекошенных таким ужасом, таким отчаянием, такую смертную тоскою...»<sup>8</sup>. Жизненные обстоятельства бывают разные, и порой беременные женщины в силу особого психологического состояния видят единственный выход в незаконном прерывании беременности. И в данном вопросе государство защищает интересы женщин, устанавливая уголовную ответственность за незаконное прерывание беременности не женщины, а лиц, выполняющих незаконные действия.

Одним из условий правомерности искусственного прерывания беременности является проведение данной процедуры в стационаре. Следует отметить, что согласно действующему Уголовному кодексу деяние врача-специалиста, производящего аборт в нарушение данного порядка вне стационарного лечебного учреждения, не может быть квалифицировано по ст. 123 УК РФ. Иными словами, обстановка совершения преступления согласно нынешней конструкции данной статьи значения не имеет. На наш взгляд, данное обстоятельство является пробелом Уголовного кодекса.

Согласно ст. 56 Федерального Закона «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации», искусственное прерыва-

<sup>7</sup> URL: <http://www.missfit.ru/woman/abortion/> (дата обращения: 03.11.2014)

<sup>8</sup> Гернет М. Истребление плода с уголовно-социологической точки зрения (Доклад X Общему собранию русской группы Международного союза криминологов) // Вестн. права. 1914. № 8 (23 февр.). С. 233–238.

<sup>6</sup> «О социальном показании для искусственного прерывания беременности»: Постановление Правительства РФ от 06.02.2012 г. № 98 // Там же. 2012. № 7. Ст. 878.

ние беременности проводится в медицинских организациях<sup>9</sup>. Как было показано выше, данная процедура является сложной и опасной для здоровья беременной, поэтому необходимо наличие всевозможных средств для спасения ее жизни в случае непредвиденных обстоятельств. Полный набор данных средств может быть обеспечен только в медицинских организациях. Поэтому, на наш взгляд, искусственное прерывание беременности вне медицинских организаций является общественно опасным деянием, заслуживающим криминализации.

Следует сказать, что в истории уголовного законодательства был период, когда устанавливалась ответственность за проведение аборта вне медицинского учреждения. Так, согласно ст. 140 УК РСФСР 1926 г. устанавливалась ответственность за «совершение с согласия матери изгнания плода лицами, не имеющими на это надлежащей медицинской подготовки или хотя бы и имеющими таковую, но в противонаправленной обстановке».

В соответствии с изменениями, внесенными в 2014 г. в Кодекс об административных правонарушениях (КоАП) Российской Федерации<sup>10</sup>, в настоящее время устанавливается административная ответственность за нарушение требований о получении информированного добровольного согласия беременной женщины и нарушение сроков. Данные изменения, на наш взгляд, не отражают в себе всей опасности этих деяний. В свете приведенного выше законодательного порядка проведения данной процедуры нам непонятна логика законодателя, устанавливающего уголовную ответственность лишь за нарушение одного из условий правомерности прерывания беременности. Остается открытым вопрос, почему нарушение требований о получении добровольного согласия женщины и нарушение сроков являются менее общественно опасными? Более того, нарушение требований о месте проведения данной процедуры осталось вне внимания законодателя. Данные деяния являются не менее опасными для жизни и здоровья беременной женщины и для общества в целом.

Соответственно, подытоживая выше сказанное, нам представляется верным следующее изложение ст. 123 УК РФ: *«Статья 123. Незаконное проведение искусственного прерывания беременности»*

1. Проведение искусственного прерывания беременности лицом, не имеющим высшего медицинского образования соответствующего профиля, либо вне соответствующего медицинского учреждения, либо с нарушением порядка получения согласия беременной женщины или ее представителя, либо по истечению установленного срока прерывания беременности

2. То же деяние, если оно повлекло по неосторожности смерть потерпевшей либо причинение тяжкого вреда ее здоровью.

<sup>9</sup> «Об основах охраны здоровья граждан в Российской Федерации» Федеральный закон от 21.11.2011 г. № 323-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 2011. № 48. Ст. 6724.

<sup>10</sup> Собрание законодательства РФ. 2014. № 43. Ст. 5801.

В связи с необходимостью получить согласие женщины возникает другой вопрос: а как быть в случае принуждения беременной женщины к проведению искусственного прерывания беременности?

Под принуждением в уголовном праве принято понимать психическое или физическое воздействие на потерпевшего с целью получения его согласия на то или иное действие. Физическое насилие может выразиться в нанесении побоев, причинении вреда здоровью потерпевшей или ее близких и т.д. Угроза (психическое принуждение) может быть устной, письменной, электронной и т.д. Она также может вытекать непосредственно из действий, осуществляемых виновным. Заключается она в запугивании, обещании причинить кому-либо вред, шантаже и т.д. Действия, направленные на принуждение, могут быть совершены как биологическим отцом ребенка, работниками медицинских организаций, так и другими лицами.

Любое принуждение имеет своей целью определенное поведение или отказ от такого поведения. Не является исключением и принуждение к прерыванию беременности, которое имеет своей конечной целью совершение женщиной действий, направленных на внешне законное искусственное прерывание беременности. Таким образом, нарушается право женщины на свободу выбора поведения, нарушается добровольность данной процедуры. Более того, нарушаются интересы государства в сфере увеличения численности населения.

Уголовный кодекс РФ не предусматривает ответственности за принуждение к искусственному прерыванию беременности. Дискуссии о необходимости введения данной статьи ведутся давно<sup>11</sup>. Трудно согласиться с мнением ученых, которые говорят об отсутствии необходимости установления ответственности за данное деяние<sup>12</sup>. Свою точку зрения авторы аргументируют тем, что нынешнее законодательство позволяет привлечь к ответственности лиц, склоняющих к производству аборта с применением насилия или угрозой его применения. Действия лица, совершившего искусственное прерывание беременности, предлагается ими квалифицировать по ст. 111 УК РФ (умышленное причинение тяжкого вреда здоровью), поскольку согласие женщины является в данном случае не добровольным. В свою очередь действия принуждающего лица — как соучастие в данном преступлении.

Авторы, придерживающиеся такой точки зрения, упускают из виду один важный момент. Лицо, непосредственно совершающее действия, направленные на прерывание беременности, может не подо-

<sup>11</sup> См., напр.: Горелик И.И. Квалификация преступлений, опасных для жизни и здоровья. Минск, 1973. С. 168; Загородников Н.И. Преступления против здоровья. М., 1969. С. 139.

<sup>12</sup> См., напр.: Кондрашова Т.В. Проблемы уголовной ответственности за преступления против жизни, здоровья, половой свободы и половой неприкосновенности. Екатеринбург, 2000. С. 256; Радченко М.В. Ненадлежащее врачевание в репродуктивной сфере: уголовно-правовой аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 142.

зреть о том, что женщина дает согласие вынужденно, под угрозой или иным давлением. Данное давление может оказывать отец ребенка, родственники отца ребенка, родственники и близкие самой женщины и другие лица. Уголовный Кодекс Российской Федерации запрещает привлечение к ответственности за невиновное причинение вреда. Соответственно в случае, если врач, совершающий аборт, не знает о недобровольном согласии женщины на прерывание беременности, то его действия невозможно квалифицировать по ст. 111 УК РФ. А так как лицо, принуждающее своими действиями женщину к аборту, непосредственно не выполняет объективную сторону, то оно также не может быть признано исполнителем причинения тяжкого вреда здоровью. Соответственно, кого и как наказывать в данном случае, является большим вопросом.

Приведем некоторые примеры принуждения женщины к прерыванию беременности. Так, одним из самых незащищенных слоев населения являются несовершеннолетние, которые находятся в зависимом положении от своих родителей. Они могут испытывать определенное давление со стороны родителей в отношении решения вопроса о будущем ребенка. Некоторые родители могут бояться социальной дискриминации и стигматизации из-за внебрачной беременности дочери и принудить ее к аборту. Особо остро данный вопрос может встать в религиозных семьях. Также принуждение возможно со стороны партнера (отца ребенка), чтобы в будущем избежать разного рода обязательств (например, уплаты алиментов). Возможен вариант, когда женщину заставляют делать аборт в целях извлечения и дальнейшего использования эмбриональных тканей. Данные ткани могут быть использованы в дальнейшем для целей регенеративной медицины и замещения поврежденных тканей. Кроме приведенных примеров возможны множество других причин такого принуждения.

Следует также сказать, что в некоторых зарубежных странах тем или иным образом предусмотрена ответственность за данное деяние. Так, Уголовный Кодекс Испании в ст. 144 устанавливает ответственность за производство аборта с согласия женщины, полученного путем насилия, угроз или обмана<sup>13</sup>. Согласно законодательству Латвийской Республики, принуждение беременной к производству аборта является уголовно наказуемым, только если аборт был произведен<sup>14</sup>. По тому же пути пошел Литовский законодатель, установив уголовную ответственность лица, принудившего женщину к незаконному производству аборта, применив физическое или психическое насилия. Аналогичные статьи содержатся в уголовных кодексах Польши, Турции и Бельгии.

С учетом вышесказанного, на наш взгляд, в УК РФ необходимо внести ст. 123<sup>1</sup> «Принуждение беременной женщины к проведению искусственного прерывания беременности» в следующей редакции: «Принуждение к проведению искусственного прерывания беременности, совершенное с применением насилия либо с угрозой его применения, путем шантажа, угрозы уничтожением, повреждением или изъятием имущества либо с использованием материальной или иной зависимости потерпевшей».

### Список литературы

1. Гернет М. Истребление плода с уголовно-социологической точки зрения (Доклад X Общему собранию русской группы Международного союза криминологов) // Вестн. права. 1914. № 8 (23 февр.).
2. Горелик И.И. Квалификация преступлений, опасных для жизни и здоровья. Минск, 1973.
3. Загородников Н.И. Преступления против здоровья. М., 1969.
4. Кондрашова Т.В. Проблемы уголовной ответственности за преступления против жизни, здоровья, половой свободы и половой неприкосновенности. Екатеринбург, 2000.
5. Красиков А.Н. Уголовно-правовая охрана прав и свобод человека в России. Саратов, 1996.
6. Крылова Н.Е. Ответственность за незаконное производство аборта и необходимость уголовно-правовой защиты «будущей» жизни // Вестн. Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2002. № 6.
7. Радченко М.В. Ненадлежащее врачевание в репродуктивной сфере: уголовно-правовой аспект: Дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002.

<sup>13</sup> Criminal Code // Official State Gazette. 1995. N 281. 24 Nov.: URL:

<sup>14</sup> The Criminal Law, Riga, 8 July 1998. Art. 136. URL: unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UNTC/UNPAN018405.pdf, (дата обращения 01.12.2014)

## ЮБИЛЕЙ

## ЕВГЕНИЮ ЕМЕЛЬЯНОВИЧУ ЦЕНТРОВУ — 80 ЛЕТ

16 февраля 2015 г. исполнилось 80 лет профессору кафедры криминалистики юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова Евгению Емельяновичу Центрову — одному из ведущих российских криминалистов, доктору юридических наук, заслуженному профессору МГУ.

Евгений Емельянович Центров родился в д. Верх. Хыр-касы Цивильского района Чувашской АССР. После окончания в 1953 г. мужской средней школы № 4 (г. Чебоксары) с серебряной медалью поступил на юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова. В студенческие каникулы работал пионервожатым и в строительных отрядах. Как участник первого студенческого строительного отряда на целинных землях был отмечен памятным значком ЦК ВЛКСМ.

Окончив в 1958 г. Московский государственный университет по специальности «Правоведение» с присвоением квалификации юриста, Е.Е. Центров в течение десяти лет работал в прокуратуре г. Чебоксары Чувашской АССР: стажером следователя, следователем, старшим следователем. В 1962 г. окончил с отличием курсы усовершенствования следователей Прокуратуры СССР. За успешные показатели в работе поощрялся приказами Генерального прокурора СССР и прокурора Чувашской АССР. 4 ноября 1967 г. приказом Генерального прокурора СССР Р.А. Руденко ему был присвоен классный чин юриста 1 класса. В 1968 г. поступил в очную аспирантуру Института по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности Прокуратуры СССР, которую окончил в 1971 г.

13 ноября 1972 г. Евгений Емельянович защитил кандидатскую диссертацию на тему «Личность потерпевших по делам о половых преступлениях и особенности их допроса» (научный руководитель — профессор Л.М. Карнеева). Затем преподавал на Высших курсах Прокуратуры СССР (1972–1976), где в период с января по июнь 1974 г. исполнял обязанности заместителя директора по учебной части.

С 12 февраля 1976 г. Е.Е. Центров работает на кафедре криминалистики юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова: сначала в должности старшего научного сотрудника, с 8 мая 1980 г. — в должности старшего преподавателя, с 15 марта 1985 г. — в должности доцента. Ученое звание доцента по кафедре криминалистики ему присвоено в 1986 г. Высшей аттестационной комиссией при Совете Министров СССР.

Докторскую диссертацию на тему «Основы криминалистического учения о потерпевшем» он защитил 29 октября 1993 г., а 18 февраля 1994 г. решением Высшего аттестационного комитета РФ № 8 д/25 ему была присуждена ученая степень доктора юридических наук. Ученое звание профессора по кафедре криминалистики ему было присвоено решением Министерства общего и профессионального образования РФ от 28 января 1997 г.

С 1 сентября 1994 г. Е.Е. Центров он работает в должности профессора кафедры криминалистики. За время работы на юридическом факультете МГУ он показал себя высококвалифицированным преподавателем и ученым, широко использующим в учебной и научной деятельности практический опыт. Он читает общий курс лекций по криминалистике на дневном отделении юридического факультета, проводит семинарские и практические занятия, руководит подготовкой студенческих курсовых и дипломных работ и выполняет другие виды педагогической нагрузки. Им разработаны и прочитаны спецкурсы: «Проблемы криминалистической виктимологии», «Проблемы следственной тактики», «Тактико-психологические основы допроса», «Криминалистическое исследование материальной обстановки места происшествия». Евгений Емельянович был *первым на кафедре криминалистики, кто начал читать и в течение многих лет читал на дневном и специальном отделениях полный цикл лекций по общему курсу криминалистики* (в двух семестрах). Его лекции и учебные занятия неизменно пользуются большим интересом студентов.

Профессор Центров активно участвует в учебно-методической работе. Он *является одним из инициаторов использования на кафедре компьютерных технологий*. Кроме того, им разработана и внедрена в учебный процесс обучающая компьютерная игра «Расследование изнасилований», которая в течение нескольких лет использовалась на юридическом факультете МГУ и в других учебных заведениях. В 2013 г. он разработал программы по подготовке и сдаче аспирантских экзаменов — по криминалистике, судебной-экспертной деятельности и оперативно-розыскной деятельности.

Евгений Емельянович активно участвует в научной жизни МГУ — конференциях, симпозиумах, Ломоносовских чтениях. Он — *один из первых разработчиков проблем криминалистической виктимологии*. В круг его научных интересов входят также вопросы *криминалистической техники* (следоведение, баллистика, исследование холодного оружия), *криминалистической тактики* (выдвижение и проверка следственных версий, допрос, осмотр места происшествия, проверка показаний на месте, обыск и выемка, теоретико-практические аспекты использования полиграфа), *криминалистической методике* (методики расследования половых преступлений, расследования убийств, хищений), общей и судебной психологии, психиатрии, судебной медицины, уголовного процесса.

Е.Е. Центров — автор монографии «Криминалистическое учение о потерпевшем» (Изд-во Моск. ун-та, 1988), учебно-методического пособия «Допрос на предварительном следствии» (1977 и 1986 гг.); соавтор учебника «Криминалистика» (1990, 1995, 1999, 2005, 2010 гг.), практикума по криминалистике (1989, 1995, 2004 гг.), коллективной монографии «Криминалистика социалистических стран» (1986 г.), Курса криминалистики. Особенная часть. Т. 1 (2001 г.), учебника «Криминалистика» для Следственного комитета РФ (2014 г.), учебника «Криминалистика» для магистратуры (2014 г.). Всего им опубликовано более 120 научных работ.

Многие годы он посвятил разработке *процессуально-криминалистические проблем наводящего вопроса*. Подготовил предложения по внесению изменений некоторых положений уголовно-процессуального закона, а также опубликовал статьи, в том числе в сборнике, посвященном 250-летию МГУ имени М.В. Ломоносова<sup>1</sup>. Е.Е. Центров предложил ввести в процессуальную теорию такое понятие, как *условно наводящий вопрос*, дополнив тем самым классическое определение наводящего вопроса и его отличие от правомерного.

Е.Е. Центров — один из *инициаторов разработки и принятия Федерального закона «О государственной дактилоскопической регистрации в Российской Федерации»* от 25 июля 1998 г. № 128-ФЗ<sup>2</sup>, в содержание которого вошли многие, сделанные им в выступлении на Международной конференции, посвященной актуальным проблемам борьбы с организованной преступностью, предложения. Кроме того, эти предложения были включены в соответствующую президентскую программу, на основе которой разрабатывался закон от 25 июля 1998 г.<sup>3</sup>

В своих выступлениях на симпозиумах, международных конференциях, а также публикациях Е.Е. Центров обратил внимание представителей криминалистической теории и практики на необходимость специальных экспресс-исследований лиц, подозреваемых в использовании огнестрельного оружия<sup>4</sup>. Не без влияния этих предложений в

ЭКЦ МВД РФ было разработано специальное пособие (*Ануфриев М.В., Бачурин Л.В., Мокроусов А.А. и др.* Выявление продуктов выстрела на руках и одежде проверяемых лиц с целью установления факта производства выстрела. М., 2001).

Профессор Центров выступил против введения в криминалистическую теорию такого понятия, как «интегральная версия». На основе известного классического определения версии им предложено ее уточненное понятие, включающее не только ретроспекцию, но и прогнозную составляющую следственной деятельности<sup>5</sup>.

Профессор Центров является одним из ученых, предложивших ввести в уголовно-процессуальный закон такое следственное действие, как «проверка показаний на месте»<sup>6</sup>. В своих публикациях он отстаивает необходимость его сохранения в УПК РФ после того, как положения об этом следственном действии были изъяты из УПК Украины в 2012 г. и стали появляться предложения об исключении подобных положений и из российского уголовно-процессуального закона.

Е.Е. Центровым предложена процессуальная норма, устанавливающая дополнительный судебный и прокурорский надзор за законностью процедуры получения на следствии признательных показаний от подозреваемого (обвиняемого) и законностью произведенной вслед за этим проверки показаний на месте<sup>7</sup>.

Публикации Е.Е. Центрова посвящены изложению и использованию в процессе расследования изучаемых криминалистикой психологических и иных закономерностей криминальной деятельности, свойственных, в частности, серийным преступникам<sup>8</sup>.

Особое внимание Е.Е. Центрова в его публикациях 2012 г. было сконцентрировано на рассмотрении ошибочных, по мнению автора, представлениях о роли внимания в механизме психофизиологических исследованиях на полиграфе. Он полагает, что значимость сигнала стимула при исследовании на полиграфе определяется не вниманием, а содержащейся в этом раздражителе информацией, ее отношением к

<sup>1</sup> Ученые-юристы МГУ о современном праве / Под ред. М.К. Треушников. М., 2005.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3806.

<sup>3</sup> Центров Е.Е. Информационно-организационные аспекты криминалистического обеспечения борьбы с организованной преступностью // Актуальные проблемы теории и практики борьбы с организованной преступностью в России: Материалы науч.-практ. конф. (17–18 мая 1994 г.). Вып. 1. М., 1994; *Его же*. Практик, ученый, педагог (к 105-летию со дня рождения А.Н. Васильева // Вестник криминалистики / Отв. ред. А.Г. Филиппов. 2007. Вып. 1(21).

<sup>4</sup> См.: Центров Е.Е. Информационно-организационные аспекты криминалистического обеспечения борьбы с организованной преступностью // Актуальные проблемы теории и практики борьбы с организованной преступностью в России: Материалы науч.-практ. конф. (17–18 мая 1994 г.). Вып. 1. М., 1994; *Его же*. Особенности криминалистического исследования следов выстрела // Законность. 2000. № 6; *Его же*. Следы как отражение взаимосвязи объектов и их связи с происшедшим событием // Вестник криминалистики. 2002. Вып. 1 (3).

<sup>5</sup> Центров Е.Е. Следственные версии и некоторые новации «информационных технологий доказывания» // Вестник криминалистики. 2007. Вып. 3 (23).

<sup>6</sup> Центров Е.Е. Проверка показаний на месте как самостоятельное следственное действие // Российский следователь. 1999. № 1.

<sup>7</sup> См.: Центров Е.Е. Проверка показаний на месте в системе следственных действий и процесс доказывания (статья первая) // Вестник криминалистики. 2013. Вып. 3 (47); *Его же*. О прагматической, доказательственной ценности следственного действия «проверка показаний на месте» (статья вторая) // Там же. 2013. Вып. 4(48); *Его же*. О сути следственного действия «проверка показаний на месте» // Законность. 2013. № 10.

<sup>8</sup> См.: Центров Е.Е. Особенности осмотра места происшествия по делам о сексуальных преступлениях // Законность. 1999. № 4; Некоторые организационно-тактические аспекты пресечения, раскрытия и расследования серийных убийств на сексуальной почве // Следственная практика. (Серийные убийства). Вып. 4 (161). М., 2003; Особенности использования сведений о закономерностях, изучаемых криминалистикой, в процессе раскрытия и расследования преступлений // Вестник криминалистики. 2011. Вып. 3 (39).

исследуемому событию, насколько в ней точно, достаточно близко, непосредственно представлены его важные детали, обстоятельства<sup>9</sup>.

Профессор Центров выступает за оптимизацию дидактики преподавания криминалистики с учетом основных элементов системно-деятельностного подхода, что позволяет использовать представление об этих элементах при изложении в учебном процессе в комплексе: основных элементов преступной деятельности, информационно-структурных основ расследования (информационного отражения преступного деяния), взаимосвязи объектов следообразования в виде так называемого «креста следов», основных элементов криминалистической характеристики преступления и динамики криминальной ситуации<sup>10</sup>.

В публикациях 2014 г. профессор Е.Е. Центров предлагает изменить подход к определению криминалистической тактики. К настоящему времени определения тактики в разных вариантах (учебниках, монографиях и иных публикациях) опираются на понимание ее как системы тактических приемов и рекомендаций по их применению в типовых ситуациях расследования. По мнению ученого, в сущностном представлении о криминалистической тактике определяющим является в основном не ее рекомендательный характер, а понимание ее как системы специальных знаний, организационно-плановых начал, наиболее рациональных и целесообразных правил, приемов, предписаний, технологий, необходимых и обязательных для использования в большинстве ситуаций, возникающих в процессе расследования преступлений<sup>11</sup>.

В последнее время особое внимание в своих работах Евгений Емельянович уделяет проблемам интеграции и дифференциации криминалистики и уголовного процесса, объективности и точности уголовно-процессуальной законодательной практики<sup>12</sup>. В своих последних

публикациях он активно выступает против решения ВАК о разделении в номенклатуре юридических специальностей уголовного процесса и криминалистики. В результате из аспирантской программы по криминалистике были исключены литературные источники по уголовно-процессуальному праву и теории доказательств. В сложившейся ситуации Е.Е. Центров предлагает криминалистическому сообществу согласиться на включение в программы кандидатских экзаменов по криминалистике литературных источников, содержащих основные положения уголовно-процессуального права и теории доказательств

Он активно участвует в научной жизни кафедры — в обсуждении и рецензировании научных работ, диссертаций, авторефератов, в подготовке аспирантов. Так, за последние годы под руководством Е.Е. Центрова подготовлены и успешно защищены в 2006 г. кандидатская диссертация А.А. Джуманбетовой на тему «Использование специальных знаний при установлении связи «преступник-жертва», а в 2010 г. — кандидатская диссертация И.М. Нурбековым на тему «Тактико-организационные особенности взаимодействия при расследовании преступлений международного характера».

Более 20 лет профессор Е.Е. Центров руководил научно-студенческим кружком «Криминалистика» и проводил секционные заседания по проблемам криминалистики на ежегодных межвузовских научно-студенческих конференциях. По его инициативе проводились КВНы по криминалистике — вначале межгрупповые по специализации криминалистики и уголовного права, а затем и межвузовские..

Как педагога и ученого Е.Е. Центрова отличают исключительная добросовестность, самостоятельность и объективность.

Профессор Е.Е. Центров являлся членом Совета по защите кандидатских диссертаций юридического факультета Российского университета дружбы народов (1999—2000). С 2001 г. — член Советов юридического факультета МГУ по защите кандидатских и докторских диссертаций. Являлся членом Совета УМО при юридическом факультете МГУ.

Активная работа Е.Е. Центрова была отмечена приказами и грамотами декана юридического факультета и ректора МГУ.

20 декабря 2004 г. Евгений Емельянович Центров решением Ученого совета МГУ имени М.В. Ломоносова был удостоен почетного звания «Заслуженный профессор Московского университета».

*Коллектив юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова поздравляет профессора **Евгения Емельяновича Центрова** со славным юбилеем и желает ему крепкого здоровья и творческого долголетия на благо Московского университета.*

<sup>9</sup> См.: *Центров Е.Е.* О некоторых психологических и криминалистических аспектах психофизиологических исследований на полиграфе, память и ее значение // *Вестник криминалистики*. 2012. Вып. 2 (42); *Его же.* Об ошибочности концепции «феноменологии внимания» и особенностях механизма исследования на полиграфе // Там же. 2012. Вып. 3 (43).

<sup>10</sup> См.: *Центров Е.Е.* Тактико-криминалистические аспекты ситуационного подхода // *Ситуационный подход в юридической науке и правоприменительной деятельности: Материалы Междунар. науч.-практ. конф.* / Под ред. Т.С. Волчецкой. Калининград, 2012; *Его же.* Дидактика использования системно-деятельностного подхода при изложении в учебном процессе основных элементов криминалистики // *Модели преподавания криминалистики: история и современность: Сб. науч. тр.* / Под ред. Н.П. Яблокова, В.Ю. Шепитько. Харьков, 2014.

<sup>11</sup> См.: *Криминалистика: Учебник для магистратуры* / Под общ. ред. И.В. Александрова. М., 2014 (автор главы — *Е.Е. Центров*).

<sup>12</sup> См.: *Центров Е.Е.* Процессуальный закон в свете интеграции и дифференциации криминалистики и уголовного процесса // *Закон*. 2011. № 7; *Его же.* Конституция РФ и некоторые аспекты интеграции и дифференциации криминалистики и уголовного процесса // *Бюллетень Международной ассоциации содействия правосудию*. 2013. № 1/7; *Его же.* Дидактика криминалистики в свете ее дифференциации и интеграции с уголовным процессом // *Криминалист* первопечатный. Журнал Национального университета «Юридической академии Украины имени Ярослава Мудрого». 2014. № 8.

## МОЕМУ УЧИТЕЛЮ И НАСТАВНИКУ

### ВАЛЕНТИНУ ЯКОВЛЕВИЧУ КОЛДИНУ — 90 ЛЕТ!

Обучение в очной аспирантуре на кафедре криминалистики юридического факультета Московского государственного университета имени М.Ю. Ломоносова было почетным, но нелегким делом. Аспиранты не только гордились тем, что им выпала честь заниматься наукой на ведущей кафедре страны, но и понимали всю меру ответственности перед научным руководителем и коллективом кафедры.

Обучение в аспирантуре давало большие возможности для подготовки диссертации, поскольку аспиранты могли пользоваться литературными фондами ведущей библиотеки, принимать участие в научных конференциях, посещать лекции известных ученых-юристов. Очень важны были личные, непосредственные контакты с учеными кафедры криминалистики МГУ, других вузов и научных организаций. В большом научном сообществе криминалистов царил атмосфера внимательного отношения к молодым кадрам. Я не помню, чтобы кто-то из профессоров или доцентов отказал в консультации не только своему, но и любому другому аспиранту. Аналогично поступали ученые других учебных заведений и научных организаций. Такие консультации и беседы были чрезвычайно полезны. Благодаря этому у аспирантов появлялась уверенность в правоте своей позиции. Важными были и «подсказки», и критика, и просто доброе участие. Память сохранила наставления А.Н. Васильева, темпераментную поддержку Н.С. Полевого, добрую критику Н.П. Яблокова, дружеское участие Е.Е. Центрова, заботу З.Г. Самошиной и Д.П. Поташник. Каждый из них прямо или косвенно принимал участие в научной и личной жизни аспирантов. Не оставались в стороне и супруги научных руководителей. Много добрых слов хочется сказать о З.С. Яблоковой и Л.А. Колдиной, светлой памяти которой я поклоняюсь.

В профессиональном становлении начинающего ученого решающая роль отводится научному руководителю, который за годы обучения становится не просто учителем, но наставником. От него во многом зависит научная и педагогическая судьба аспиранта. Научный руководитель помогает не только овладеть предметом науки, научиться понимать ее проблемы и видеть перспективы развития, но и самое главное — передает аспиранту свой методологический опыт, раскрывает идеологию и технологию научного исследования.

Последнее направление в научном руководстве можно считать самым важным. Повезло тем аспирантам, научные руководители которых

раскрывали «тайны» методологии науки. Повезло и мне. Моим научным руководителем был (и остается по сей день) Валентин Яковлевич Колдин, доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, заслуженный юрист РФ. В годы моего обучения в аспирантуре мы отмечали 50-летие Валентина Яковлевича. Прошло 40 лет, и я не перестаю удивляться широте научных взглядов и глубине проникновения в предмет исследования, которые присущи работам Валентина Яковлевича.

В.Я. Колдин — основоположник теории судебной идентификации. В этой области он опубликовал целую серию монографических исследований, в которых проблемы теории и технологии судебной идентификации являются неотъемлемой частью общего процесса доказывания по уголовному делу. Он является автором двух фундаментальных понятий судебной идентификации — понятия «проверяемого» и «искомого» объектов вошли в учебники криминалистики. Без них не обходится ни одно научное исследование в данной области.

Дальнейшее изучение проблем доказывания связано с появлением очередного труда в области принятия правовых решений. Учебно-практическое пособие «Обоснование правового решения. Фактологический анализ», изданное в 2013 г. является дальнейшим развитием научных взглядов автора. От первой фундаментальной работы по теории судебной идентификации, вышедшей в 1957 г., до учебно-практического пособия «Обоснование правового решения...» прошло 56 лет. За эти годы было опубликовано множество других научных работ Валентина Яковлевича. Все они хорошо известны специалистам. Логической нитью связывает их в единое целое информационный, структурно-деятельностный подход к пониманию теории доказывания и ее криминалистической составляющей.

Являясь известным ученым, В.Я. Колдин подготовил целую плеяду докторов и кандидатов наук. Будучи требовательным к себе, он строг и требователен к аспирантам и студентам. При этом Валентин Яковлевич всегда открыт для учеников, щедро делится своими знаниями и опытом, не жалея ни сил, ни времени. Показательными в этом отношении были коллоквиумы, которые проводились для аспирантов. Позволю себе остановиться коротко на методике их проведения, поскольку она может представлять интерес. В процессе подготовки к коллоквиуму аспиранты писали подробные конспекты научных работ по теме занятия со своими суждениями и замечаниями. Затем конспекты просматривались научным руководителем, который также делал заметки и коротко излагал свои соображения и пожелания по поводу законспектированного материала и заметок, сделанных автором конспектов. После просмотра конспекты возвращались аспирантам и служили основанием для подготовки к коллоквиуму. Коллоквиум, который мог продолжаться несколько часов, был направлен не только на

понимание рассматриваемого материала, анализ позиций ученых, но прежде всего на формирование собственной научной позиции аспиранта, использование результатов в диссертационном исследовании. Было нелегко. Требовались хорошее знание материала и умение его анализировать, делать аргументированные выводы, причем оперативно. Такая методика подготовки к занятиям и их проведения приносила плоды не только при написании диссертации. Ее результаты оказались действенными на протяжении многих последующих лет. В моем архиве лежат конспекты подготовки к коллоквиумам с заметками Валентина Яковлевича. Прошли десятки лет, но они остаются источниками научной мысли, наглядным примером отношения руководителя к подготовке своих учеников.

Работа ученого адресована не только своим коллегам по цеху, но и практическим работникам. Знание того, что плоды твоих научных изысканий и рекомендаций интересуют практикующих юристов, помогают в разрешении спорных вопросов при расследовании и судебном рассмотрении уголовных дел, порождает чувство особой удовлетворенности от проделанной работы. К сожалению, далеко не всегда автору известно о том, какую пользу принес его труд специалисту-практику. Чаше он слышит речи, которые традиционно произносятся на юбилеях, при раздаче наград и почетных званий. Конечно, все это тоже очень важно для общественного признания труда ученого. Но тем не менее позволю себе изложить один небольшой, частный случай, свидетелем которого мне пришлось быть.

По моим наблюдениям, обстановка служебного кабинета практикующего юриста может сказать многое о его хозяине. Особое место в ней занимают книги. Их названия, количество часто свидетельствуют не только о человеческих чертах владельца, но и указывают на отношение хозяина кабинета к занимаемой должности, своему профессиональному росту. В кабинете председателя суда небольшого городка в Красноярском крае я обратил внимание на книжный шкаф с нормативной и научной литературой. Среди книг была и хорошо известная мне монография в темном коричневом переплете. Это был труд В.Я. Колдина «Судебная идентификация», изданный в 2002 г. С разрешения хозяина кабинета я взял книгу в руки и перелистал ее. На отдельных страницах были сделаны пометки и лежали закладки. На мой вопрос, не является ли он автором этих пометок и закладок, председатель суда ответил утвердительно и пояснил, что он не раз обращался к монографии, чтобы правильно, с научных позиций провести анализ спорных материалов уголовных дел, в которых содержались заключения экспертов. Я не удержался от того, чтобы рассказать ему об авторе книги. Наш разговор о пользе науки, роли ученых закончился предложением позвонить в Москву В.Я. Колдину, пожелать ему здоровья, успехов и сказать слова благодарности. К большому удовлетворению всех сторон

предложение было исполнено. Маленький случайный эпизод из реальной жизни, за которым стоит благодарность труду ученого. Порой такой эпизод гораздо важнее торжественного чествования.

Фундаментальные труды В.Я. Колдина в своей совокупности насчитывают более 50 000 экземпляров. Они находятся в библиотеках всей России, а также в библиотеках зарубежных стран и, конечно, в личном пользовании юристов. По ним учились десятки тысяч студентов, они служат руководством для практикующих юристов. Все они являются библиографической редкостью. Достать бумажный вариант издания любой монографии — большая удача.

В свои 90 лет Валентин Яковлевич Колдин полон творческой энергии. Можно надеяться, что юридическую общественность ожидает встреча с новыми трудами и научными достижениями, которые послужат для блага юридической науки и практики. На этом благородном пути пожелаем юбиляру здоровья и благополучия.

*А.И. Баянов*, кандидат юридических наук, доцент кафедры криминалистики Сибирского федерального университета, Почетный работник высшего профессионального образования РФ, аспирант кафедры криминалистики юридического факультета МГУ (1973–1976)

## ТРЕБОВАНИЯ

### К ПУБЛИКАЦИЯМ, ПРЕДСТАВЛЯЕМЫМ В ЖУРНАЛ «ВЕСТНИК МОСКОВСКОГО УНИВЕРСИТЕТА. СЕРИЯ 11. ПРАВО»

в связи с решением Президиума Высшей аттестационной комиссии Минобрнауки России об изменении порядка формирования ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней доктора и кандидата наук, и включением научных периодических изданий в каталог Научной электронной библиотеки (РУНЭБ) и формируемый Российский индекс научного цитирования (РИНЦ)

#### Общие требования

Статьи и материалы должны быть посвящены правовой тематике.

Название статей или материалов должно отражать их содержание.

Условием публикации статей и материалов является наличие рекомендации соответствующей кафедры (лаборатории) и положительной рецензии на данную статью (материал) члена редакционной коллегии журнала (не являющегося членом кафедры (лаборатории), к которой относится автор).

*Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.*

#### Объем статей и материалов

— для профессоров, преподавателей и сотрудников учебных (научных) организаций — до 2 п. л.;

— для аспирантов и студентов — до 0,6 п. л.;

— в рубрику «Научная жизнь» — до 0,5 п. л.;

— в рубрику «Критика и библиография» — до 0,2 п. л.

Один печатный лист (п. л.) составляет 40 000 печатных знаков (включая пробелы).

#### Оформление рукописей

Статьи и материалы должны быть распечатаны на листах формата А 4 в двух экз. с полуторным междустрочным интервалом и полями не менее 2 см.

К статье должна прилагаться исправная дискета (или иной электронный носитель), содержащая файл со статьей в окончательной редакции.

На первой странице рукописи указывается следующая информация об авторе (соавторах): имя, отчество, фамилия, ученая степень, ученое звание, место работы, должность, номера телефонов (служебный и/или домашний), адрес электронной почты или иная контактная информация.

К статье должна прилагаться аннотация статьи (3–4 предложения) и ключевые слова на русском и английском языках.

Ссылки на цитируемые произведения должны быть оформлены в тексте в виде подстрочных примечаний, а список процитированных произведений должен быть вынесен в конец статьи в виде Списка литературы.

## УЧРЕДИТЕЛЬ:

Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова

## РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

А.К. ГОЛИЧЕНКОВ — главный редактор

Н.В. КОЗЛОВА — заместитель главного редактора

А.А. БАТАЛОВ — ответственный секретарь

С.А. АВАКЬЯН, А.П. АЛЕХИН, А.В. АСОСКОВ, Н.А. БОГДАНОВА, Н.С. БОЧАРОВА, М.И. ВАСИЛЬЕВА, Л.В. ГОЛОВКО, Е.П. ГУБИН, К.Ф. ГУЦЕНКО, М.Ф. ИВЛИЕВА, А.С. ИСПОЛИНОВ,

В.С. КОМИССАРОВ, А.А. КОСОВЕЦ, А.М. КУРЕННОЙ, М.Н. МАРЧЕНКО, Е.Е. МАЧУЛЬСКАЯ, Б.И. ПУГИНСКИЙ, Е.А. СУХАНОВ, Т.И. ТАРАСОВА, Ю.М. ТКАЧЕВСКИЙ, В.А. ТОМСИНОВ, М.К. ТРЕУШНИКОВ, А.Е. ШЕРСТОБИТОВ, Н.П. ЯБЛОКОВ

Редактор Т.В. Мазуркова

Технический редактор Н.И. Матюшина

Корректор Т.В. Мазуркова

## АДРЕС РЕДАКЦИИ:

125009, Москва, ул. Б. Никитская, 5

[vmu\\_red@mail.ru](mailto:vmu_red@mail.ru)

[vestnik@law.msu.ru](mailto:vestnik@law.msu.ru)

Журнал зарегистрирован в Министерстве печати и информации РФ. Свидетельство о регистрации № 012715 от 6 июля 1994 г.

Подписано в печать 22.12.2014. Формат 60×90 <sup>1</sup>/<sub>16</sub>. Бумага офс. № 1.

Гарнитура Таймс. Офсетная печать. Усл. печ. л. 8,5. Уч. изд. л. 7,9.

Тираж экз. Изд. № 10080. Заказ № .

Издательство Московского университета.

125009, Москва, ул. Б. Никитская, 5. Тел. (495) 697–31–28.

Типография МГУ

119991, ГСП–1, г. Москва, Ленинские Горы, д. 1, стр. 15

**ИНДЕКС 71011 (каталог «Роспечать»)**  
**ИНДЕКС 40520 (каталог «Пресса России»)**