ИНСТИТУТ ПЕРЕПОДГОТОВКИ И ПОВЫШЕНИЯ КВАЛИФИКАЦИИ СУДЕЙ, РАБОТНИКОВ ПРОКУРАТУРЫ, СУДОВ И УЧРЕЖДЕНИЙ ЮСТИЦИИ БЕЛОРУССКОГО ГОСУДАРСТВЕННОГО КНИВЕРСИТЕТА

ПРАВОСУДИЕ И ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ: ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО И СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

Сборник научных трудов

Минск
БГУФК
2010

УДК 347.963(476)
ББК 67(4Беи)

Рекомендовано к изданию Ученым Советом Института переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета

Редакционная коллегия:

А. В. Барков (гл. редактор), В. Н. Годунов, Л. Л. Зайцева, В. П. Мороз

П68

Правосудие и прокурорский надзор в Республике Беларусь: законодательство и практика применения : сб. науч. трудов. / редкол. : А.В. Барков [и др.] – Минск : БГУФК, 2010. – 484 с.

ISBN 978-985-6953-31-9.

В сборнике представлены результаты научных исследований по актуальным проблемам судебной и прокурорской практики применения законодательства в самых различных отраслях права, содержатся предложения по совершенствованию правоохранительной и правоприменительной деятельности судов, прокуратуры, а также иных органов и учреждений юстиции Республики Беларусь.

УДК 347.963(476)
ББК 67(4Беи)

ISBN 978-985-6953-31-9

© Белорусский государственный университет, 2010
© Оформление. УО «Белорусский государственный университет физической культуры, 2010

Раздел 1. *Судебно-правовая реформа: законодательство и судебная практика*

А.Ф. Кони:
«Судебная реформа призвана нанести удар худшему из видов произвола, произволу судебному, прикрывающемуся маской формальной справедливости».

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СУДЕБНО-ПРАВОВОЙ РЕФОРМЫ В РЕСПУБЛИКЕ БЕЛАРУСЬ

В.О. Сукало
Председатель Верховного Суда Республики Беларусь,
заслуженный юрист Республики Беларусь

Проблема рационального устройства судебной системы и ее органов существует столько же времени сколько существует государство, как форма организации общества. Пока совершенствуется белорусское законодательство и общество в целом, столько же времени будет совершенствоваться и судебная система в соответствии с задачами развития Республики Беларусь, как правового и демократического государства, будь это кардинальная реформа или просто последовательное воплощение в жизнь намеченных временем решений.

В начале 1990-х годов прошлого столетия, с обретением суверенитета Республикой Беларусь, появились принципиально новые возможности для реформирования судебной власти нашей страны. Именно в то время впервые и был озвучен сам термин «судебная власть», получивший в последствии свое закрепление в Конституции страны. Нельзя забывать и о том, что в Беларуси фактически впервые за многовековую историю начался процесс утверждения самостоятельной и независимой судебной власти, призванной юридическими средствами разрешать возникающие в обществе правовые споры и конфликты и, тем самым, быть гарантом прав и законных интересов, гражданского мира и согласия, главной надеждой людей на справедливость.

В процессе проведения судебно-правовой реформы в нашей стране можно выделить несколько этапов.

Первый этап связан с попыткой координальной трансформации всей системы юстиции республики. Эта стратегия нашла свое отражение в одобренной 23 апреля 1992 года Концепции судебно-правовой реформы.

Многие положения Концепции оказались недостаточно обоснованными, носили предположительный характер и не учитывали ни традиции

белорусского правосудия, ни социально-экономического положения страны в тот период.

Правовая и судебная система любой страны – это исторически сложившаяся структура, конкретный вариант становления которой определяется совокупностью самых различных причин. И этим ни в коем случае нельзя пренебрегать.

В период становления и поиска организационных форм деятельности государственных органов необходимо крайне осторожно и взвешенно подходить к реформированию власти судебной. Судам частые трансформации вредны и вряд ли могут пойти на пользу. Необходимо в максимальной степени использовать и раскрыть тот потенциал, который имеется в существующей судебной системе. Поэтому можно вполне категорично заключить следующее – стабильность судебной системы является важнейшим условием ее эффективности и доступности, поскольку частые трансформации опасны и вредны для правосудия. Таким же условием эффективности правосудия является и стабильность законодательства, так как в таком случае повышается предсказуемость результатов судебных процессов, складывается судебная практика по единообразному применению права.

Поэтому введение мировых судов и суда присяжных, образование судебных округов, не совпадающих с делением административных районов можно отнести к скорее «романтическим» предложениям, которые не выдерживали испытания на практике.

Особой вехой в истории национального правосудия стал Первый съезд Судей Республики Беларусь. Именно этот съезд открыл прагматичный, основанный на реальных требованиях жизни, этап реформирования отечественной судебной системы. Его проведение было продиктовано проведением в 1996 году конституционной реформы, определившей основы системы государственного управления, создавшей предпосылки для формирования демократического правового государства, основанного на принципах разделения властей.

Переосмыслив предшествующий опыт, начался процесс создания эффективной, обращенной к народу судебной системы. Здесь в первую очередь уделялось внимание повышению авторитета суда и обеспечению его независимости. Дополнения и изменения, вносимые в законодательство, были направлены на упрощение судебных процедур, расширение сферы судебной юрисдикции по защите прав, свобод и законных интересов граждан и юридических лиц во всех сферах жизнедеятельности и общественных отношений и обеспечение их беспрепятственного доступа к правосудию.

Для практической реализации предоставленных законом прав на судебную защиту был увеличен судейский корпус, штат персонала судов, улучшено их материально-техническое обеспечение, внедрены современные информационные технологии.

Завершение концептуальных положений процесса реформирования судебной системы, разграничение компетенции и задачи судов, основные направления их деятельности нашли свое отражение в едином для всех судов

республики кодифицированном акте – Кодексе Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей.

Но, безусловно, судебно-правовую реформу завершенной назвать нельзя. Работа по усовершенствованию судебной системы продолжается и по сегодняшний день.

Какие направления и пределы будущего совершенствования белорусского правосудия можно выделить прежде всего?

Необходимо отметить, что система правосудия объединяет вокруг суда различные правоохранительные и правоприменительные органы, без совершенствования организации и работы которых достаточно сложно повысить эффективность деятельности по осуществлению правосудия. Судебная реформа должна создать не только новый суд, но и новую систему правоохранительных органов, новое понимание о правосудии и законности.

Однако в рамках этой статьи представляется возможным остановится лишь на перспективах оптимизации деятельности общих судов.

Практика показала, что выбранная организационная структура системы судов общей юрисдикции на сегодняшний день себя полностью оправдывает. Соответствие ее административно-территориальному делению страны делает судебную систему простой, понятной и доступной каждому гражданину.

Очевидно – дальнейшее развитие судебной системы не может происходить экстенсивным путем за счет простого наращивания количества судей вслед за постоянным увеличением количества рассматриваемых дел, поэтому необходимо и дальше искать пути разумной процессуальной экономии, переходить на новый качественный уровень деятельности, опираясь на внутренние резервы.

В связи с постоянным ростом объемов гражданского правосудия, встает вопрос об упрощении процедуры судебного разбирательства гражданских дел. Не секрет, что гражданское судопроизводство нередко носит сложный, длительный и дорогостоящий характер. Поэтому объективно необходимо искать пути его упрощения, сделать гражданский процесс более гибким и оперативным, одновременно сохранив гарантии, предоставляемые участникам процесса. Упрощение судебной процедуры допустимо исключительно при условии обеспечения высокого качественного уровня правосудия. Нам необходимо активнее принимать меры по поощрению, где это возможно, примирения сторон до принятия спора к производству или же в ходе разбирательства.

Рекомендации Комитета министров Совета Европы содержат предложения по организации судебных разбирательств: «судебный процесс обычно должен состоять не более чем из двух судебных заседаний: первое заседание может носить подготовительный характер, а в ходе второго должны представляться доказательства, заслушиваться доводы сторон и, если возможно, приниматься решение». Это именно те стандарты, к которым необходимо стремиться белорусскому правосудию.

Достижению этих стандартов также будет способствовать расширение категорий споров, рассматриваемых в порядке приказного производства,

совершенствование форм и методов досудебной подготовки дел. Заслуживает пристального внимания и активно сегодня использующийся в хозяйственных судах институт урегулирования споров в порядке посредничества.

Судейскому сообществу целесообразно выработать более определенную позицию по вопросу перехода к апелляционному порядку пересмотра судебных решений. Национальное правосудие должно быть не только справедливым, но и максимально оперативным. Невысокая оперативность судебной зашиты во многом связана с несовершенством судебного надзора, наличием большого количества органов и должностных лиц, обладающих правом опротестования вступивших в законную силу, а часто уже исполняемых судебных постановлений.

В нашем судопроизводстве уже введены элементы апелляции и на определенном этапе это позволило значительно сократить число повторных судебных рассмотрений в судах первого уровня, но сегодня этого явно недостаточно. Сегодня количество новых вынесенных решений в кассационном производстве не соответствует количеству и сложности разрешаемых дел.

Пока нельзя с полной уверенностью сказать, что суды областного звена стали по-настоящему координирующими органами судебной деятельности в регионах, недостаточно оперативно воздействуют на складывающуюся не всегда выверенную с Законом судебную практику.

Представляется, что введение апелляции сможет повысить ответственность судов второго уровня, сделать их работу более эффективной.

Опыт работы коллегии по делам интеллектуальной Верховного Суда показывает, что специализация в достаточной степени обеспечивает качественную досудебную подготовку, наработку и закрепление навыков организации судебных процессов с учетом их специфики. Эти факторы, в свою очередь, являются основой для последующего качественного рассмотрения дел.

Пришло время распространить этот положительный опыт и на другие категории дел и споров.

Сегодня идет активная работа в крупных судах первого уровня по специализации одних судей на рассмотрении уголовных дел, других – на рассмотрении гражданских. На следующем этапе необходимо вернуться к вопросу образования так называемых «ювенальных» и административных судов. Сложность и большая общественная значимость этих категорий дел требуют и высококвалифицированных судей для их рассмотрения, а этого достаточно сложно добиться не концентрируя все свои знания и умения на какой-то определенной отрасли права. Специализация объективно необходима ввиду дифференциации и неоднозначности отношений, которые подпадают в сферу правового регулирования.

Остается актуальной и следующая проблема. Система общих судов продолжает оставаться как бы в двойном подчинении: Министерству юстиции, которое является органом исполнительной власти, и Верховному Суду, который является высшим органом судебной власти в этой системе. Финансовые потоки, возможности поощрения, кадровые службы принадлежат

Министерству юстиции, ответственность же за качество правосудия возлагается на Верховный Суд.

Требует совершенствования и механизм исполнения судебных решений. До настоящего времени размытым остается положение судебных исполнителей, их организационная структура и ведомственная подчиненность. Также вряд ли разумно расходуются государственные средства на работников милиции, дежурящих у входа в здании судов, но реально не участвующих в поддержании непосредственных судебных процессов. На эти средства видится целесообразным создать институт судебных приставов, который кроме поддержания порядка в судах, его охраны, содействовал бы исполнению судебных решений, обеспечивал безопасность судей и участников процесса.

Судебная справедливость – это критерий, по которому нас оценивает общество, люди, в чьих интересах мы давали присягу действовать честно при осуществлении правосудия. Исходя из этого, следует строить и судебную практику по уголовным делам. Архаичный тезис «вор должен сидеть в тюрьме», который достаточно прочно укоренился в сознании многих судей, не может отвечать реалиям XXI века. Работа по этому направлению ведется и судебная статистика свидетельствует, что положительные результаты есть. Кроме этого, сегодня она получает свое логическое продолжение, выражающееся в дальнейшей гумманизации и дифференциации системы мер уголовной ответственности, расширению досудебных альтернатив уголовному преследованию. Однако одних усилий по изменению законодательства в этом плане явно недостаточно. Необходимо работать над изменением сознания судей, не подходить формально к конкретной правовой ситуации, а ставить во главу угла человека, его проблемы.

Таковы основные направления дальнейшего развития отечественной судебной системы. Уровень компетентности судейского корпуса, высокая восприимчивость к новым прогрессивным идеям дают основания утверждать, что судебная власть в Республике Беларусь будет и в дальнейшем развиваться в соответствии с потребностями общества, обеспечивая безусловную защиту прав и законных интересов гражданина, интересов белорусского государства. Конечно, на каждом новом витке развития общества и правой системы по мере преодоления определенных проблем будут возникать новые. Поэтому основной задачей всего юридического сообщества является предвидение этих проблем в будущем и поиск правовых средств минимизирующих их негативное воздействие.

БЕЛОРУССКОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО О ПОСРЕДНИЧЕСТВЕ НА ФОНЕ МИРОВЫХ И ЕВРОПЕЙСКИХ АКТОВ О МЕДИАЦИИ

В.С. Каменков
Председатель Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Республики Беларусь

Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь (далее – ХПК[1]), начиная с августа 2004 года, содержит нормы об урегулировании спора в порядке судебного посредничества.

Двумя годами ранее, в 2002 году Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) был принят Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре (далее – ТЗ ЮНСИТРАЛ)[2]. Он разработан с учетом практики применения согласительных процедур в различных государствах и представляет собой свод положений-рекомендаций (14 статей). Рекомендован он государствам для включения его положений в их национальное право, а его такое использование призвано способствовать единообразию правового регулирования в сфере согласительных процедур.

Полагая, что медиация может обеспечивать эффективное по затратам и быстрое внесудебное разрешение споров посредством процедур, отвечающих потребностям сторон, Европарламент и Совет Евросоюза 21 мая 2008 года приняли Директиву 2008/52 относительно некоторых аспектов медиации в гражданских и коммерческих делах (далее – Директива ЕС)[3].

Попытаемся проанализировать названные правовые акты для установления их тождественности и различий.

Для целей ТЗ ЮНСИТРАЛ под определением "согласительная процедура" понимается процедура, "которая может именоваться согласительной, посреднической или обозначаться термином аналогичного смысла и в рамках которой стороны просят третье лицо (лиц) ("примирителя" – "the conciliator") оказать им содействие в попытке достичь мирного урегулирования их спора, возникшего из договорных или иных правоотношений либо в связи с ними" (п. 3 ст. 1). Другими словами, согласительная процедура – это один из видов примирительных процедур, которая подразумевает ее исполнение с помощью третьего лица – примирителя, посредника. На примирительные процедуры,

---

[1] Кодекс Республики Беларусь от 15.12.1998 N 219-З (ред. от 08.07.2008) "Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 06.09.2004, N 138-139, 2/1064.

[2] Из архива Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь.

[3] Из архива Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь.

реализация которых не предполагает участия третьего лица в качестве посредника, действие ТЗ ЮНСИТРАЛ не распространяется.

И ТЗ ЮНСИТРАЛ и Директива ЕС, хотя и ориентированы на международные согласительные процедуры, но допускают их применение государствами в своем законодательстве для регламентации не только международной согласительной процедуры, но и внутренней (т.е. национальной).

«При этом Типовой закон может быть использован применительно к отношениям коммерческого характера (как договорным, так и внедоговорным). Иными словами, подлежащий урегулированию с использованием согласительной процедуры спор может вытекать из любых отношений коммерческого характера, в том числе из любых торговых сделок на поставку товаров или услуг или обмен товарами или услугами; дистрибьюторских соглашений; коммерческого представительства или агентского соглашения; факторинга; лизинга; строительства промышленных объектов; предоставления консультативных услуг; инжиниринга; лицензирования; инвестирования; финансирования; банковских услуг; страхования; соглашений об эксплуатации или концессии; совместных предприятий и других форм промышленного или предпринимательского сотрудничества; перевозки товаров или пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом»[4].

Директива ЕС еще более категорична в этом смысле. В ее пункте 2 указывается, что данная директива должна применяться в отношении споров по гражданским и коммерческим делам за исключением прав и обязанностей, решения по которым стороны не вправе решать самостоятельно. Это относится, в частности, к вопросам налогообложения, таможенным и административным вопросам, а также к вопросам ответственности государства за действия и упущения в осуществлении государственной власти (acta iure imperii).

В этой части ХПК идентичен с указанными выше требованиями: урегулирование спора в порядке посредничества может быть проведено по любому спору, возникшему из гражданских правоотношений (ч. 2 ст. 156).

В соответствии с ХПК смысл данной процедуры заключается в том, что в целях оказания помощи сторонам в установлении фактических обстоятельств возникшего между ними конфликта; достижения понимания сторонами реалистичности и юридической обоснованности их позиции в конфликте, предъявляемых требований и выдвигаемых возражений; выяснения, сопоставления и сближения их точек зрения о путях разрешения спора; поиска и рекомендации порядка разрешения конфликта, устраивающего обе стороны, хозяйственный суд по ходатайству сторон либо по своей инициативе с их согласия назначает посредника (ст. 153).

Директива ЕС под медиацией понимает любой процесс вне зависимости от его обозначения, в котором две или более стороны с целью достижения соглашения о разрешении их спора, и вне зависимости от того, был ли этот

[4] Рожкова М.А., Елисеев Н.Г., Скворцов О.Ю. (под общ. ред. М.А. Рожковой) "Договорное право: соглашения о подсудности, международной подсудности, примирительной процедуре, арбитражное (третейское) и мировое соглашения", (Статут, 2008).

процесс инициирован сторонами, предложен или назначен судом или предписывается национальным законодательством.

ТЗ ЮНСИТРАЛ (п. 9 ст. 1) прямо закрепляет невозможность применения этого Типового закона к случаям, когда судья или арбитр (третейский судья) в ходе судебного или третейского разбирательства пытается содействовать урегулированию спора. В Директиве ЕС также отмечается, что она не применяется в отношении преддоговорных споров и в отношении процедур судебного или арбитражного характера, как, например, некоторые схемы судебного примирения, схемы рассмотрения жалоб потребителей и т.д. Таким образом, подчеркивается различие между мерами по примирению сторон, которые обязан принимать судья, и посредничеством, проводимым медиатором. Но отсюда не вытекает вывод, что судья не может выступать медиатором. Более того, в Директиве ЕС отмечается, что в тех случаях, когда судья в соответствии с национальным законодательством может выступать в качестве медиатора, Директива ЕС должна действовать и в отношении такой медиации, но судья не должен участвовать в судебном рассмотрении такого спора. Под медиатором же Директива ЕС подразумевает любое третье лицо, привлеченное к осуществлению медиации эффективным, объективным и компетентным образом, вне зависимости от наименования или профессии данного третьего лица и вне зависимости от того, каким образом это третье лицо было привлечено или затребовано для проведения медиации (ст. 3). А ТЗ ЮНСИТРАЛ под термином "примиритель" понимает лицо, которое не обладает полномочиями выносить обязательное для сторон решение. Причем в силу ст. 12 Типового закона, если стороны не договорились об ином, примиритель не может выступать "в качестве арбитра по спору, который являлся или является предметом согласительной процедуры, или по другому спору, возникшему в связи с тем же договором или правоотношением или в связи с любым имеющим к нему отношение договором или правоотношением". Кстати, и ХПК предусматривает, что посредник не вправе совершать какие-либо процессуальные действия (ч. 2 ст. 154).

Одновременно и ТЗ ЮНСИТРАЛ и Директива ЕС не только не возражают, но всячески приветствуют, когда суд направляет стороны на медиацию, когда медиация назначается судом, когда национальное законодательство предписывает проведение медиации. Более того, Директива ЕС не препятствует национальному законодательству предусматривать использование медиации в качестве обязательной, при условии, что такое законодательство не препятствует праву сторон на доступ к судебной системе.

В ХПК можно заметить сочетание принципа добровольности сторон при решении вопроса применять ли посредничество с принципом судебного контроля.

С одной стороны: «…хозяйственный суд по ходатайству сторон либо по своей инициативе с их согласия назначает посредника» (ст. 153), «Посредник назначается хозяйственным судом с согласия сторон…» (ст. 155), «Урегулирование спора в порядке посредничества проводится …по ходатайству одной или обеих сторон либо по инициативе суда с согласия

сторон» (ст. 156). Высший Хозяйственный Суд Республики Беларусь в своем письме также разъяснил, что у каждой из сторон есть возможность в любой момент выйти из этой процедуры и перейти к судебному разбирательству[5].

С другой: – «О назначении посредника хозяйственный суд выносит определение, в котором устанавливается срок осуществления посредничества, продолжительность которого не может быть более одного месяца» (ч. 4 ст. 155), «Посредничество осуществляется … под контролем хозяйственного суда» (ч. 3 ст. 156), «Посредничество завершается достижением примирения сторон, …либо истечением срока, установленного судом» (ч. 4 ст. 156).

Аналогичное сочетание можно заметить и в Директиве ЕС. В преамбуле к ней указывается, что медиация, рассматриваемая в данной Директиве, должна представлять собой добровольную процедуру в том смысле, что стороны сами несут ответственность за проведение данной процедуры и могут организовывать ее в соответствии с собственными пожеланиями, а также прерывать ее в любой момент. Однако суды в соответствии с национальным законодательством должны иметь возможность определять лимит времени для проведения процесса медиации.

В соответствии со ст. 11 Типового закона ЮНСИТРАЛ согласительная процедура прекращается, если:

1) стороны урегулировали спор и заключили мировую сделку;

2) примиритель (после консультаций со сторонами) сделал заявление о том, что дальнейшие усилия в рамках согласительной процедуры более себя не оправдывают;

3) стороны сделали заявление, адресовав его примирителю, о том, что согласительная процедура прекращается;

4) одна из сторон сделала заявление, направив его другой стороне (сторонам) и примирителю (если примиритель уже назначен), о том, что согласительная процедура прекращается. Иными словами все основания для прекращения согласительной процедуры подразделяются на две группы: а) стороны достигли согласия и урегулировали спор и б) стороны не урегулировали спор.

В ХПК также имеются похожие нормы. Вместе с тем белорусский законодатель предусмотрел и частичное урегулирование спора. В соответствии со ст. 157 ХПК, если урегулирование спора хозяйственным судом в порядке посредничества привело к достижению договоренности между истцом и ответчиком о разрешении этого спора без судебного разбирательства, стороны могут заключить соглашение о (об):

отказе истца от иска в целом или его части;

признании ответчиком иска в целом или его части;

заключении между сторонами нового договора и отзыве истцом искового заявления;

---

[5] Разъяснение Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 29.04.2008 N 03-30/902 "Об урегулировании споров в порядке посредничества", "Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь", N 12, 2008.

заключении между сторонами мирового соглашения в порядке, установленном ХПК.

Достигнутое согласие сторон фиксируется сторонами в соглашении об урегулировании спора в порядке посредничества, которое удостоверяется подписями сторон.

Если в ходе урегулирования спора в порядке посредничества не удалось достигнуть полного согласия, но по отдельным требованиям стороны пришли к взаимопониманию и одинаковой оценке конкретных фактов, либо истец частично отказался от иска, либо ответчик частично признал иск, посредник оказывает сторонам помощь в составлении соглашения, в котором фиксируются согласованные позиции сторон. Соглашение удостоверяется подписями сторон и утверждается определением хозяйственного суда.

Если урегулирование спора в порядке посредничества не привело к достижению согласия между сторонами, хозяйственный суд выносит определение о прекращении урегулирования спора в порядке посредничества, в котором указываются время и место проведения подготовительного судебного заседания.

После вынесения хозяйственным судом определения о прекращении урегулирования спора в порядке посредничества исковое заявление передается для назначения состава хозяйственного суда по рассмотрению спора в установленном порядке.

Определение хозяйственного суда о прекращении урегулирования спора в порядке посредничества направляется лицам, участвующим в деле.

Приведенный анализ свидетельствует о большом сходстве норм белорусского законодательства о посредничестве с аналогичными нормами мировых и европейских актов о медиации.

Однако есть возможность, а практика применения показывает и необходимость дальнейшего совершенствования национальных правовых норм о посредничестве.

Во-первых, нужно регламентировать вопросы конфиденциальности, которые вообще не урегулированы.

Например, в ТЗ ЮНСИТРАЛ статьи 8 - 10 посвящены принципу конфиденциальности. Если стороны не договорятся об ином, сохраняется конфиденциальность всей информации, относящейся к согласительной процедуре, за исключением тех случаев, когда ее раскрытие требуется по закону или для целей исполнения или приведения в исполнение мировой сделки, а также раскрытию информации и допустимости представления доказательств в других разбирательствах. Практически аналогичные нормы содержатся и в Директиве ЕС (ст. 7). Государства-члены ЕС обязуются, что ни медиаторы, ни лица, участвующие в организации и проведении медиации, не будут привлекаться к даче показаний в гражданских и коммерческих судебных и арбитражных разбирательствах в отношении информации, полученной ими по ходу или в связи с проведением процесса медиации. Исключение составляют два случая: когда это необходимо для учета соображений государственной политики соответствующего государства и, когда раскрытие содержания

соглашения, достигнутого в результате медиации, необходимо для исполнения данного соглашения.

Во-вторых, нуждаются в правовой регламентации вопросы соотношения медиации (посредничества) и сроков исковой давности. Международные стандарты здесь таковы, что медиация не должна препятствовать праву на обращение в суд из-за истечения сроков исковой давности.

Например, в примечании 3 к ст. 4 ТЗ ЮНСИТРАЛ указывается, что государства, которые могут пожелать принять положение о приостановлении течения сроков исковой давности, могут включить в национальное законодательство положение о том, что начало согласительной процедуры, приостанавливает течение исковой давности в отношении требования, являющегося предметом этой процедуры. В этом случае рекомендуется ко включению и положение о том, что если согласительная процедура завершена без заключения мировой сделки, то течение срока исковой давности возобновляется с момента прекращения этой процедуры.

В Директиве ЕС содержится более свободное, но схожее правило: государства-члены ЕС должны гарантировать, что у сторон, прибегающих к медиации в попытке урегулировать свой спор, после этого не возникнут препятствия для инициирования судебных или арбитражных процедур в отношении их конфликта по причине истечения срока исковой давности за время проведения процедуры медиации (ст. 8).

Обращает на себя внимание и еще одно обстоятельство: императивные нормы, обязывающие государства-члены ЕС ввести в действие законы, нормы и административные правила, необходимые для обеспечения соответствия с данной Директивой до 21 мая 2011 года, а также обязанность содержать в принятых мерах ссылку на эту Директиву (ст. 12).

Завершая этот небольшой анализ, можно сделать следующие выводы и предложения.

В Республике Беларусь также есть потребность в дальнейшем совершенствовании норм ХПК о судебном посредничестве.

Кроме того, целесообразно принять отдельный нормативный правовой акт (возможно совместить с нормами проекта о третейских судах) на уровне законодательного акта о внесудебной медиации.

В нем, в частности, следует отразить следующие основные моменты:

– дефиниция внесудебной медиации, ее цель и объемы;

– категория споров, которые могут быть урегулированы с помощью этой процедуры;

– перечень субъектов, кто вправе инициировать процедуру внесудебной медиации;

– перечень лиц, кто вправе выступать в качестве медиатора и требования, предъявляемые к ним;

– круг актов законодательства, регулирующих процедуру внесудебной медиации;

– конфиденциальность медиации;

– влияние медиации на сроки исковой давности при обращении в суд, арбитраж, третейский суд;

– порядок оформления соглашения по результатам медиации и порядок его исполнения;

– выбор сторонами порядка проведения медиации посредством ссылки на какие-либо правила или иным образом;

– основания завершения процедуры медиации и др.

Проект законодательного акта должен основываться на следующих принципах:

– принцип диспозитивности и движения процедуры медиации в зависимости от взаимодействия сторон;

– принцип законности;

– принцип сотрудничества;

– принцип равноправия сторон;

– принцип допустимости осуществления процедуры медиации только на основании специального соглашения - соглашения о процедуре медиации;

– принцип обязательности для сторон условий заключенной ими мировой сделки;

– принцип конфиденциальности медиации;

– принцип независимости и беспристрастности посредника и др.

Конечно это только первые представления о будущем проекте. Работа над ним покажет и другие необходимые нормы, которые должны быть в нем.

НОРМОТВОРЧЕСКАЯ ФУНКЦИЯ ПРОКУРАТУРЫ

Г.А. Василевич
Генеральный прокурор Республики Беларусь,
доктор юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Республики Беларусь

Конституция Республики Беларусь и Закон «О прокуратуре Республики Беларусь» определяют задачи и основные направления деятельности органов прокуратуры.

Согласно ст. 125 Основного Закона надзор за точным и единообразным исполнением законов, декретов, указов и иных нормативных актов министерствами и другими подведомственными Совету Министров органами, местными представительными и исполнительными органами, предприятиями, организациями и учреждениями, общественными объединениями, должностными лицами и гражданами возлагается на Генерального прокурора Республики Беларусь и подчиненных ему прокуроров.

Прокуратура осуществляет надзор за исполнением законов при расследовании преступлений, соответствием закону судебных решений по гражданским, уголовным делам и делам об административных правонарушениях, в случаях, предусмотренных законом, проводит предварительное следствие, поддерживает государственное обвинение в судах.

В соответствии со ст. 4 вышеупомянутого закона задачами прокуратуры являются обеспечение верховенства права, законности и правопорядка, защита прав и законных интересов граждан и организаций, а также общественных и государственных интересов. В целях выполнения этих задач прокуратура осуществляет надзор за:

точным и единообразным исполнением законов, декретов, указов и иных нормативных правовых актов республиканскими органами государственного управления и иными государственными организациями, подчиненными Совету Министров Республики Беларусь, местными представительными, исполнительными и распорядительными органами, общественными объединениями, религиозными организациями и другими организациями, должностными лицами и иными гражданами, в том числе индивидуальными предпринимателями (далее – надзор за исполнением законодательства);

исполнением законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности;

исполнением закона в ходе досудебного производства, при производстве предварительного следствия и дознания;

соответствием закону судебных постановлений, а также за соблюдением законодательства при их исполнении;

соблюдением законодательства при исполнении наказания и иных мер уголовной ответственности, а также мер принудительного характера.

Прокуратура координирует правоохранительную деятельность государственных органов, осуществляющих борьбу с преступностью и коррупцией, а также деятельность по борьбе с преступностью иных организаций, участвующих в борьбе с преступностью.

Прокуратура проводит предварительное следствие в случаях, предусмотренных Уголовно-процессуальным кодексом Республики Беларусь.

Прокуроры принимают участие в рассмотрении судами гражданских дел, дел, связанных с осуществлением предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, поддерживают государственное обвинение по уголовным делам, участвуют в административном процессе в соответствии с Гражданским процессуальным кодексом Республики Беларусь, Хозяйственным процессуальным кодексом Республики Беларусь, Уголовно-процессуальным кодексом Республики Беларусь и Процессуально-исполнительным кодексом Республики Беларусь об административных правонарушениях (далее – процессуальное законодательство).

Таким образом, уже приведенные нормы основополагающих нормативных правовых актов свидетельствуют об участии прокуратуры в нормотворческой деятельности. Подкрепим этот вывод ссылками на иные акты законодательства. Более того, природа и предназначение прокуратуры – укрепление (обеспечение)

законности – также обуславливают необходимость креативного (нормотворческого) отношения и реализации (исполнения) правовых актов.

Нормотворчество – это процесс подготовки (включая выработку концепции проекта, его обоснование, необходимое согласование и др.) и принятие нормативного правового акта.

Обратимся к базовому в сфере нормотворчества Закону «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» от 10 января 2000 г. № 361-З (ред. от 15.07.2008). Анализ его положений, к сожалению, свидетельствует (при всей его общей добротности) о некоторых внутренних противоречиях. Так, согласно ст. 1 закона нормотворческий процесс – нормотворческая деятельность нормотворческих органов (должностных лиц) по разработке и принятию (изданию) нормативных правовых актов, введению их в действие.

В свою очередь нормотворческий орган (должностное лицо) – государственный орган (должностное лицо), уполномоченный (уполномоченное) принимать (издавать) нормативные правовые акты.

Субъектами нормотворческой инициативы являются субъекты нормотворческой деятельности, которые в соответствии с предоставленными им полномочиями вправе направить в нормотворческий орган (должностному лицу) проект нормативного правового акта или мотивированное предложение о необходимости принятия (издания), изменения, дополнения, толкования, приостановления действия, признания утратившими силу, отмены нормативного правового акта либо его части.

Государственные органы и должностные лица, не являющиеся субъектами нормотворческой инициативы, а также организации и граждане направляют свои предложения по принятию (изданию) нормативного правового акта или вносят проект нормативного правового акта государственным органам (должностным лицам), имеющим соответствующие полномочия, в порядке, установленном законодательством Республики Беларусь.

Таким образом, субъектами нормотворческой инициативы являются сами же нормотворческие органы (т.е. инстанции, имеющие право принимать и издавать нормативные правовые акты), которые «вправе направить в нормотворческий орган» (т.е. себе же) проект акта или предложение о необходимости его принятия. Не вносит ясности и данное в ст. 1 закона определение нормотворческой инициативы как официального направления субъектом нормотворческой деятельности в нормотворческий орган (должностному лицу) проекта нормативного правового акта или мотивированного предложения о необходимости принятия (издания), изменения, дополнения, толкования, приостановления действия, признания утратившими силу, отмены нормативного правового акта либо его части.

Полагаем, что необходимо «разобраться» с понятиями. На наш взгляд, в определение понятия «нормотворческий орган» следует включить помимо государственных органов (должностных лиц), уполномоченных принимать (издавать) нормативные правовые акты, функцию вносить соответствующие проекты и предложения о необходимости их принятия (издания). В этом случае становится логичным, что нормотворческий процесс – это деятельность не

только по принятию, введению в действие нормативных правовых актов, но и их разработке и внесению предложений, которые обязательно должны быть рассмотрены компетентным органом. В законодательстве следует более четко определить перечень субъектов нормотворческой инициативы, как это сделано в Конституции в отношении субъектов законодательной инициативы.

Полагаем также, что следовало определить «уровни нормотворческой деятельности». В настоящее время, например, неясно, может ли сельсовет, поселковый совет проявить нормотворческую инициативу перед Правительством, министерством. Какие последствия такой инициативы: можно ли ее не рассматривать или, наоборот, следует предложение (проект) рассмотреть на заседании (коллегии). Что касается прокуратуры, то речь также может идти о субъектах нормотворческой инициативы в зависимости от уровня акта.

Конечно, может возникнуть резонный вопрос: а надо ли прокуратуре (в частности Генеральному прокурору) проявлять «нормотворческую» инициативу. Ведь задача органов прокуратуры обеспечивать точное и единообразное исполнение действующих актов законодательства.

Если подходить формально, то, действительно можно этим надзором за исполнением и ограничиться. Однако такой подход, полагаем, неприемлем, исходя из содержания самого принципа законности.

Известно много примеров (и практики часто с этим сталкиваются), когда положения нормативных правовых актов сформулированы нечетко, что приводит к нарушению прав и свобод граждан, необоснованному привлечению их к ответственности, возложению не предусмотренных законом обязанностей и др.

Вполне справедливо, что зарубежом широко развита практика признания нормативного правового акта неконституционным в силу неопределенности его положений, наличия пробелов, отступлений от конституционного текста.

Согласно ст. 5 Закона «О прокуратуре Республики Беларусь» деятельность прокуратуры основывается на принципах законности, равенства всех граждан перед законом, независимости прокурора, подчиненности нижестоящих прокуроров вышестоящим прокурорам, гласности, обязательности исполнения требований прокурора.

Кроме того, в законе имеется специальная статья 13 «Участие в нормотворческой деятельности и совершенствовании практики применения законодательства». Согласно ей Генеральный прокурор Республики Беларусь вправе издавать в пределах своей компетенции нормативные правовые акты в форме приказов, в том числе утверждающих положения и инструкции.

Генеральный прокурор Республики Беларусь вправе вносить на рассмотрение Пленума Верховного Суда Республики Беларусь, Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь предложения о даче судам разъяснений по вопросам применения законодательства, возникающим при рассмотрении дел и исполнении судебных постановлений.

Генеральная прокуратура Республики Беларусь в порядке, установленном законодательством, принимает участие в подготовке проектов законов и иных нормативных правовых актов.

Генеральный прокурор Республики Беларусь, его заместители, нижестоящие прокуроры территориальных и специализированных прокуратур и их заместители вправе в установленном порядке в пределах своей компетенции направлять предложения в нормотворческий орган (должностному лицу) о принятии (издании), изменении, дополнении, толковании или признании утратившими силу нормативных правовых актов.

Все это накладывает определенные обязательства на органы прокуратуры.

Генеральная прокуратура не только инициирует, но и сама часто вступает в качестве разработчика проектов нормативных актов, включая законы. Так, именно Генеральной прокуратурой во исполнение поручений Президента Республики Беларусь от 1 апреля 2007 г. и от 11 апреля 2008 г. подготовлен проект Закона Республики Беларусь «О внесении изменений и дополнений в некоторые законы Республики Беларусь по вопросам уголовной ответственности и оперативно-розыскной деятельности», которым предусматривалось внесение изменений и дополнений в Общую и Особенную части Уголовного кодекса, Уголовно-процессуальный кодекс и Закон Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности». Этот закон был принят палатами Парламента и подписан Главой государства. Вступил в силу с 4 августа 2009 года.

Применительно к изменениям в области уголовного законодательства следует отметить, что они направлены на расширение сферы применения института освобождения от уголовной ответственности, создание более приемлемых в социальном и экономическом отношении условий и эффективных механизмов применения, альтернативных лишению свободы видов наказаний и иных мер уголовной ответственности.

Законом расширены возможности освобождения от уголовной ответственности по основаниям, предусмотренным ст. 86 УК (с привлечением лица к административной ответственности), ст. 88 УК (в связи с деятельным раскаянием), ст. 89 УК (в связи с примирением с потерпевшим) и ст. 118 УК (освобождение несовершеннолетнего от уголовной ответственности), распространив действие названных норм на лиц, впервые совершивших менее тяжкие преступления, т.е. преступления с санкцией до 6 лет лишения свободы.

Поскольку освобождение от уголовной ответственности по указанным основаниям допускается не только судом, но и прокурором на стадии досудебного производства, то расширение их сферы позволит снизить финансовые затраты на производство по делу и сократить число лиц, находящихся в местах лишения свободы.

Законом устанавливается возможность осуждения с отсрочкой исполнения наказания (ст. 77 УК) лиц, впервые совершивших тяжкое преступление, не сопряженное с посягательством на жизнь или здоровье человека, при полном возмещении причиненного вреда и возврате неосновательного обогащения. К примеру, отсрочка исполнения наказания в виде лишения свободы может быть

применена к лицу, совершившему впервые кражу в крупном размере (до 8 750 000 рублей) и полностью возместившему причиненный вред. В настоящее время альтернативы лишению свободы за такое преступление не имеется (санкция ч. 3 ст. 205 УК предусматривает наказание в виде лишения свободы от 2 до 7 лет).

Наряду с несовершеннолетними и лицами, достигшими пенсионного возраста, Законом предусматривается возможность осуждения за тяжкое преступление с условным неприменением наказания (ст. 78 УК) инвалидов I и II группы.

Изменения по вопросам ответственности несовершеннолетних направлены на максимальное соответствие предусмотренного для этой категории лиц уголовного наказания международно-правовым стандартам, в том числе Пекинским правилам, принятым Генеральной Ассамблеей ООН 29 ноября 1985 г.

Дополнение ст. 111 УК частью второй направлено на возможность замены назначенного несовершеннолетнему наказания в виде штрафа, при отсутствии признаков уклонения от его уплаты, как на общественные работы (ч. 3 ст. 50 УК), так и на принудительные меры воспитательного характера. В ст. 116 УК на 2-3 года снижены для несовершеннолетних максимальные сроки окончательного наказания в виде лишения свободы по совокупности преступлений и приговоров, в зависимости от сочетания категорий преступлений. При этом максимально возможное окончательное наказание снижается с 20 до 17 лет лишения свободы.

Первоначальная редакция указанной нормы с момента введения в действие УК 1999 года предусматривала максимальное окончательное наказание в виде лишения свободы – 15 лет.

Значительное количество норм Закона (19 составов) ориентировано на совершенствование санкций статей Особенной части УК путем введения в них наказаний в виде общественных работ (ч. 1 ст. 205, ч. 1 ст. 206, ч. 1 ст. 209, ч. 1 ст. 218 УК), ограничения свободы (ч. 1 ст. 172, ч. 2 ст. 214, ч. 2 ст. 223, ч. 1 ст. 246, ч. 1 ст. 258, ч. 3 ст. 339, ч. 1 ст. 430, ч. 2 ст. 443, ч. 2 ст. 455 УК), а также снижения нижних пределов санкций в виде лишения свободы (ч. 2 и ч. 3 ст. 208, ч. 2 и ч. 3 ст. 214, ч. 2 и ч. 3 ст. 430 УК). Такие изменения в большей степени будут способствовать соблюдению судами принципа индивидуализации наказания, обеспечат взвешенный и дифференцированный подход в практике назначения наказаний за эти преступления.

Ввиду достаточно низкой эффективности наказаний в виде исправительных работ и ограничения свободы, назначаемых лицам, уклоняющимся от возмещения расходов на содержание детей, предусмотрено введение в санкции ст. 174 УК таких видов наказаний, как общественные работы, арест и лишение свободы. Пожалуй, это единственная статья, где усилена ответственность данным Законом.

В Законе усовершенствованы некоторые положения главы 35 УК, касающиеся ограничения уголовной ответственности должностных лиц, которые своими умышленными деяниями (действиями или бездействием)

посредством использования предоставленных им служебных полномочий причиняют имущественный либо иной существенный вред. Изменения устанавливают уголовную ответственность лишь в том случае, если должностное лицо совершило эти действия из корыстной или иной личной заинтересованности. Такая редакция закона существовала до введения в действие УК 1999 года и на практике себя оправдала. Аналогичная норма существует и в Российской Федерации (ч. 1 ст. 285 УК РФ).

Ряд положений Закона направлены на совершенствование Уголовно-процессуального кодекса, в частности, на оптимизацию функции поддержания государственного обвинения (ч. 8 ст. 34, ч. 2 ст. 102, ч. 1 ст. 293, ч. 1 ст. 324, ст.ст. 455,458,459 УПК).

В настоящее время задача поддержания государственного обвинения выполняется путем повсеместного привлечения к участию в уголовном процессе всех прокурорских работников, что отрицательно сказывается на результативности и качестве работы по другим направлениям надзора.

По сравнению с 2000 годом нагрузка, связанная с поддержанием государственного обвинения, увеличилась в три раза и является недопустимо высокой. Если в 2000 году с участием прокуроров и вынесением приговоров было рассмотрено 21 290 уголовных дел, в 2003 году – 56 770, то в 2008 году – уже 62 367. При этом штатная численность государственных обвинителей в три раза меньше количества судей. В отдельных регионах нагрузка на одного государственного обвинителя превышает 300 уголовных дел в год и является запредельной.

В результате качество поддержания государственного обвинения не всегда отвечает предъявляемым требованиям.

Для разрешения сложившейся ситуации Генеральной прокуратурой предложено проводить без участия государственного обвинителя судебное разбирательство по уголовным делам, расследованным в порядке ускоренного производства. Речь идет о преступлениях, не являющихся тяжкими, когда факт их совершения очевиден, а обвиняемый не отрицает своей вины. Такие дела составят 15-20 % от общего количества уголовных дел, находящихся в производстве судов республики.

Новый подход к участию прокурора в судебном разбирательстве позволит снизить процессуальные затраты на осуществление уголовного процесса, не нарушая при этом принципа состязательности, а также прав и законных интересов сторон.

Иная проблема, которая была решена с участием Генеральной прокуратуры.

В результате совершения правонарушения, а особенно если речь идет о преступлении, причиняется ущерб (вред) правам и законным интересам граждан, юридических лиц, а во многих случаях и государству. Обычно в результате действий заинтересованных субъектов ущерб (вред) в той или иной степени возмещается. В этих целях принят и действует целый комплекс нормативных правовых актов – кодексы (гражданский, уголовный, административный, трудовой, земельный и др.), иные законодательные акты,

постановления Правительства, сформирована соответствующая правоприменительная практика. В Конституции Республики Беларусь содержится ряд основополагающих норм, нацеленных на реальную защиту граждан и государства. Например, в ст. 2 закреплена взаимная ответственность государства и гражданина за ненадлежащее исполнение обязанностей, вытекающих из Конституции. В ст. 22 предусмотрено равенство всех перед законом, право без всякой дискриминации на равную защиту прав и законных интересов. В части второй ст. 24 зафиксирована обязанность государства защищать жизнь человека от любых противоправных посягательств. В иных статьях раздела 11 Конституции предусмотрен весь комплекс обязанностей субъектов общественных отношений. Особо обратим внимание на ст. 59, в которой предусмотрена обязанность государственных органов должностных лиц в пределах их компетенции принимать необходимые меры для осуществления и защиты прав и свобод личности. Эти органы и лица несут ответственность за действия, нарушающие права и свободы личности. Важной гарантией реализации конституционных прав и свобод является предусмотренное в части второй ст. 60 право гражданина взыскать в судебном порядке, как имущественный вред, так и материальной возмещение морального вреда. Здесь лишь обратим внимание на неправильную, на наш взгляд, интерпретацию указанной нормы – в ст. 60 указано, что взыскание вреда осуществляется "в соответствии с законом". На практике это трактуется следующим образом – если в актах текущего законодательства прямо предусмотрено такое право. На наш взгляд, ссылка в ст. 60 на возмещение вреда в соответствии с законом означает процессуальный аспект.

Вместе с тем не все обстоит идеально, потенциал права, как мы считаем, используется не в полной мере. Это приводим к огромным экономическим потерям для государства и граждан. Так, в соответствии со ст. 162 УПК должны исчисляться процессуальные издержки, которые в последующем взыскиваются с осужденных или могут быть приняты на счет государства. Что касается процессуальных издержек в виде сумм, выплачиваемых потерпевшим, гражданским истцам и их представителям, свидетелям, экспертам, специалистам, переводчикам, понятым и других сумм, предусмотренным в пп.1-8 ст. 162 УПК, то здесь практика сформировалась в целом адекватная нормам законодательства.

Однако крайне отрицательно можно оценить то, как реализуется п. 9 упомянутой статьи, в котором предусмотрено включение в процессуальные издержки сумм, израсходованных в связи с розыском обвиняемого, скрывшегося от органа уголовного преследования и суда. На практике не было выработано методики исчисления этих расходов, не производится это органами предварительного следствия, упускают из виду это им суды. К сожалению, в принятом 30 декабря 2006 г.Советом Министров постановлении, которым было утверждено Положение о порядке выплаты и размерах, подлежащих выплате потерпевшим, гражданским истцам и их представителям, свидетелям, экспертам, специалистам, переводчикам, понятым этот вопрос был обойден вниманием. По требованию Генерального прокурора были подготовлены

соответствующие предложения, которые учтены в постановлении Правительства от 1 декабря 2008 года «О размерах сумм, израсходованных в связи с розыском обвиняемого, скрывшегося от органа уголовного преследования и суда, и затраченных на выдачу обвиняемого». Какой результат дополнения законодательства? За четыре месяца действия новой нормы только в Витебской области взыскано более 170 млн. руб. с лиц, совершивших преступления и находящихся в розыске. Другой очень важный аспект: компенсация процессуальных издержек в связи избранием такой меры пресечения как домашний арест. Этот вопрос еще не получил нормативного регулирования.

На практике нередко при избрании меры пресечения в виде домашнего ареста осуществляется силами сотрудников органов внутренних дел охрана соответствующего лица. По существу вместо нахождения такого лица под стражей в предварительном заключении (что называется «в общих условиях»), ему создаются более «комфортные» условия и при этом государство несет экономические издержки, как минимум в виде заработной платы сотрудников МВД, которые вместо выполнения своих непосредственных обязанностей, осуществляют круглосуточно охрану такого лица. Правовые основания для исчисления понесенных затрат государством, на наш взгляд, имеются, так как в п. 10 ст. 162 идет речь и об «иных» (помимо перечисленных в п.п. 1-9) расходах, понесенных при производстве по уголовному делу. Конечно, обвиняемый может ходатайствовать об изменении ему меры пресечения с домашнего ареста на иную другую (в настоящее время, когда охрана осуществляется «бесплатно» происходит скорее наоборот). Кстати заметим, что практика назначения меры пресечения в виде залога развивается несколько иным образом, чем это предусмотрено в ч. 1 ст. 124 УПК согласно которой залог применяется при условии полного возмещения имущественного вреда, причиненного преступлением. Нередко имущественный вред причиняется преступлением, совершенным группой лиц. В отношении одного или нескольких лиц оптимальным было бы применение такой меры как залог (например в силу физического состояния лица). Однако в силу «неподъемности» суммы предполагаемого ущерба данное лицо возместить ущерб часто не в состоянии. Кроме того, требование о полном погашении суммы ущерба до применения указанной меры пресечения находится в определенном противоречии с принципом презумпции невиновности. Поэтому, соглашаясь в целом с общим подходом о применении залога, все же следует предусмотреть и некоторые исключения.

Или другой пример: Более полугода прокуратура и Генеральный прокурор, в том числе затратили на то, чтобы за управление транспортным средством в нетрезвом состоянии после наложения административного взыскания виновные лица не отделывались символическими штрафами (30-40 базовых величин), как это было в 2007 году и в начале 2008 года, а налагались более существенные штрафы, предусмотренные Уголовным кодексом (до 1000 базовых величин).

Только по статье 317[1] УК благодаря настойчивости прокуратуры в бюджет взыскано в 2008 году 10,5 млрд. рублей, а в первом полугодии 2009 года – почти 12 млрд. Для сравнения: в 2007 году – 895 млн. рублей.

Изменение судебной практики, сложившихся здесь стереотипов проходило очень трудно и на это затрачено мной очень много времени, которое можно было бы использовать для других направлений прокурорского надзора.

Многие оправдательные приговоры, а также перепредъявление обвинения обусловлено изменением свидетелями своих показаний в суде по сравнению с теми, которые были даны на следствии. Иногда эти лица ссылаются на принуждение их к даче показаний, добросовестное заблуждение, которое «рассеялось» только в суде и др. Во всех случаях нарушения прав свидетелей необходимо тщательно разбираться. Следует иметь в виду и их ответственность за дачу ложных показаний (такие примеры привлечения к ответственности являются достаточно редкими). Свидетель обязан правдиво сообщать все известное по делу и отвечать на поставленные вопросы. Таким образом, когда свидетель меняет свои показания в суде он нарушает (либо ранее нарушил) возложенную на него обязанность давать правдивые показания. Понесенные по уголовному делу процессуальные издержки должны быть возмещены за счет виновные лиц (свидетеля, а если он был принужден к даче показаний, то за счет соответствующего должностного лица, вина которого должна быть установлена). Размер имущественной ответственности свидетеля (свидетелей) зависит от наступивших последствий. Обратим также внимание на то, что свидетелю покрываются расходы, связанные с явкой его к месту проведения процессуального действия и обратно, по найму жилого помещения, а также в связи с выплатой суточных. Полагаем, что эти суммы безусловно должны быть взысканы. Кроме того обращаем внимание на наличие в УК статьи 394, предусматривающей ответственность за принуждение подозреваемого, обвиняемого, потерпевшего, свидетеля к даче показаний путем применения угрозы, шантажа или совершения иных незаконных действий лицом, производящим дознание, предварительное следствие или осуществляющим правосудие. При наличии оснований нормы этой статьи также должны применяться.

Считаю, что прокуратура должна занимать более принципиальную позицию при решении вопроса о возмещении материального и морального вреда лицу, потерпевшему от преступления. В ходе подготовки вопроса на коллегию Генеральной прокуратуры о причинах и условиях совершения особо тяжких преступлений против жизни и здоровья граждан исследовались аспекты защиты прав потерпевших, в том числе обращалось внимание на компенсацию морального вреда. Прокуроры обязаны разъяснять потерпевшим их право на предъявление исков о компенсации морального вреда.

В первом полугодии 2008 г. следователями прокуратуры окончено 390 уголовных дел об убийствах. Исковые требования на стадии предварительного расследования заявлены лишь по шести уголовным делам. Это свидетельство определенного упущения следователей прокуратуры. В ходе анализа, проведенного сотрудниками генеральной прокуратуры установлено

Есть другая очень важная проблема госзакупок. Здесь могут быть коррупционные риски. В сфере государственных закупок допускаются правонарушения, в том числе преступления со стороны должностных лиц. Есть много примеров и об этом свидетельствуют прокурорские проверки, когда должностные лица организаций заказчиков лоббируют интересы коммерческих структур и заключают экономически невыгодные для государства контракты.

За нарушения законодательства в сфере государственных и приравненных к ним закупках, органами прокуратуры, внутренних дел и финансовых расследований возбуждается существенное количество уголовных дел, преимущественно за злоупотребление властью или служебными полномочиями (ст. 424 УК).

Различные нарушения порядка формирования конкурсных комиссий, подписания протоколов их заседаний, оформления заданий на закупку, размещения сообщений о проведении закупок в средствах массовой информации, составления справок о процедурах закупок выявлялись при проверках организаций систем министерств лесного, жилищно-коммунального хозяйства, транспорта и коммуникаций, энергетики, Министерства обороны, других министерств.

Устанавливались факты необоснованного разделения на части годовой потребности заказчиков в однородных товарах (работах, услугах) в целях не применения конкретных видов процедур закупок, заключения контрактов на условиях, не соответствующих решениям конкурсных (ценовых) комиссий.

Уголовно наказуемые злоупотребления в сфере госзакупок, как правило, совершаются путем сговора руководителей организаций заказчиков с потенциальными участниками процедур закупок, а также склонения членов конкурсных комиссий к принятию благоприятных решений в пользу определенных участников.

Конкретные способы совершения злоупотреблений разнообразны и, в основном, с целью сокрытия следов преступления сопровождаются формальным соблюдением правил проведения процедур закупок.

В связи с этим, поддерживая реформирование законодательства путем упрощения порядка проведения государственных закупок, необходимо усилить ведомственный контроль за их осуществлением.

Работа по совершенствованию законодательства очень важна. Это делать необходимо своевременно. Так, один из главных вопросов госзакупок – это выбор поставщика (подрядчика, исполнителя) при осуществлении государственных закупок. В зависимости от цены поставки установлены свои процедуры. Конкурсы проводятся, если цена поставки более 8 тысяч базовых величин. В действовавшем ранее Положении о госзакупках были, на первый взгляд, детально урегулированы отношения по поводу проведения конкурсов. Однако и здесь, как свидетельствует практика работы прокуратуры и других правоохранительных органов, должностные лица «умудрялись» совершать сделки, которые сомнительны с точки зрения интересов государства, а то и такие, которые квалифицируются как преступления.

Что же касается других процедур выбора поставщика, например, так называемой процедуры оформления конкурентного листа (цена поставки от 30 до 1 000 базовых величин), процедуры запроса ценовых предложений (цена поставки от 1 000 до 8 000 базовых величин, т.е. в последнем случае до 130 000 долларов США), то здесь очень много было прорех, которыми могут воспользоваться недобросовестные должностные лица.

По обеим этим процедурам основным недостатком является то, что для организации-заказчика важно получить информацию о цене за товар у трех поставщиков, лучшие ли это предложения – не важно.

При процедуре запроса ценовых предложений (цена поставки от 1 000 до 8 000 базовых величин), также, на наш взгляд, мало было известить о проведении данной процедуры в официальных изданиях и Интернет-сайтах. Необходимо чтобы службы маркетинга и снабжения сами активно выявляли приемлемых для них поставщиков.

При закупке товаров, которые производятся только определенным производителем, необходимо в обязательном порядке изучать возможность их закупки непосредственно у производителя. Мы же имеем факты, когда до проведения такой процедуры как конкурсы, официальная переписка с производителями не ведется, возможность приобретения товаров без участия посредников не отрабатывается.

По сложнотехническому оборудованию следовало бы свести к минимуму закупку товаров на Белорусской универсальной товарной бирже, где нередко цены превышают цены производителей.

Закупка товара у посредников часто ставит под сомнение возможность дальнейшего гарантийного и сервисного его обслуживания.

Идею установления персональной ответственности членов конкурсных (ценовых) комиссий за нарушение порядка осуществления государственных закупок.

На эти недостатки в законодательстве о госзакупках обращалось наше внимание. Их учет позволил предусмотреть более прозрачными правила и практику совершения таких сделок.

Деятельность прокуратуры в силу её предназначения связана с нормотворческим процессом. Важно точно и единообразно исполнять законодательство. Если оно несовершенно, то – принимать меры по устранению выявленных недостатков.

ДЕСЯТЬ ЛЕТ УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ: ИСТОРИЯ РАЗРАБОТКИ И ПРИНЯТИЯ

А.В. Барков
заместитель директора ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ, заслуженный юрист Республики Беларусь, кандидат юридических наук, профессор,

Накануне 10-летия введения в действие Уголовного кодекса Республики Беларусь очевидна необходимость обратиться к прошлому и проследить процесс формирования идеи и за тем концепции этого документа, проанализировать этапы многолетнего законодательного процесса. Это представляется важным для оценки произошедших перемен, как в общественном правосознании относительно сущности, целей и средств реализации уголовной ответственности, так и в уголовно-правовой политике нашего государства. Обратившись к истории, мы сможем лучше понять те тенденции, которые присутствуют в современном белорусском уголовном законодательстве и в практике его применения.

Автору настоящей статьи посчастливилось с 1989 по 1999 год быть непосредственным участником разработки проекта УК и принятия этого Закона. Представляется, что читателю будут интересны наши наблюдения и оценки, отражающие, конечно же, не лишенное субъективизма, восприятие этих важных событий в истории права Беларуси.

1. Идея реформирования советского права в целом и уголовного права в частности была выдвинута (как тогда и было принято) на январском Пленуме ЦК КПСС 1987 г. В июне 1988 г. на XIX Всесоюзной конференции КПСС был дан импульс началу правовой реформы. Очевидно, что первоначально в основе реформирования лежали представления о перестройке и демократизации советского общества, идеи формирования советского правового государства.

В 1989 г. кафедре уголовного права Белорусского государственного университета Министерством юстиции БССР было поручено дать заключение на проект Основ уголовного законодательства Союза ССР и республик. Заключение, подготовленное кафедрой, было представлено нами на обсуждении проекта в Министерстве юстиции республики. От имени разработчиков проекта Основ в обсуждении участвовала профессор С.Г. Келина. Оценка проекта была достаточно критической, однако принципиальные положения и основные направления реформирования норм Общей части уголовного права получили одобрение и поддержку.

Основы уголовного законодательства Союза ССР и республик были приняты Верховным Советом СССР 2 июля 1991 г.[6] В соответствии с Постановлением Верховного Совета СССР того же дня предполагалось ввести Основы в действие с 1 июля 1992 г. Исключением являлась ст. 40 Основ (о смертной казни), которую предусматривалось ввести в действие с момента опубликования Основ уголовного законодательства.[7]

По известным причинам Основы уголовного законодательства Союза ССР и республик 1991 г. не вступили в силу и остались историческим документом. Однако как этап в развитии уголовно-правового законотворчества названные Основы сыграли выдающуюся роль. Они послужили той канвой, на базе которой началось формирование проектов будущих уголовных кодексов постсоветских государств.

Еще в процессе разработки проекта Основ в союзных республиках началась работа по подготовке законопроектов УК. В 1991 г. на кафедру уголовного права БГУ поступило письмо из Президиума Верховного Совета БССР за подписью Секретаря Президиума Верховного Совета Л.Н. Сыроегиной с поручением приступить к научной разработке проекта Уголовного кодекса республики.

Кафедра уголовного права БГУ включила в план научных исследований на 1991-1993 годы тему «Разработка теоретической концепции и юридической модели проекта Уголовного кодекса Беларуси». Научное руководство темой исследования, как заведующий кафедрой, осуществлял автор настоящей статьи. Разработка разделов и глав проекта Кодекса была поручена всем преподавателям кафедры. Над проектом работали профессора И.И. Горелик, И.С. Тишкевич, В.А. Шкурко, доценты Н.А. Бабий, И.О. Грунтов, П.А. Дубовец, Е.В. Кичигина, В.В. Тимощенко, В.М. Хомич, преподаватели В.В. Марчук, Ю.Л. Шевцов.

Сразу следует отметить, что кафедра разрабатывала не законопроект в традиционном его понимании, а юридическую модель будущего УК. Конечно же, были отработаны структура Кодекса, институты и нормы уголовного права, но акцент был сделан на теоретическое обоснование принципиальных положений, изменений и дополнений, которые бы определяли новое содержание УК, отвечающее происходящим социальным, экономическим и политическим переменам в стране. Прежде всего, создавалась концепция будущего уголовного закона, определяющего новое направление в уголовно-правовой политике государства.

Разработчики юридической модели УК обратились к опыту законотворчества в СССР с 1958 до 1991 г., к практике применения норм уголовного права в этот период, к проблемам, ставшим возникать в годы перестройки с переходом к рыночным отношениям в экономике. Большое

---

[6] Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 30. Ст. 862. Либо см.: Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1953-1991 г.). Часть I. Законодательство СССР.– Казань: Издательство Казанского университета, 1992. – С. 236-253.

[7] Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 30. Ст. 863. Либо см.: Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР (1953-1991 г.). Часть I. Законодательство СССР.– Казань: Издательство Казанского университета, 1992. – С. 253-254.

внимание уделялось сравнительно-правовому аспекту исследования: активно изучался опыт зарубежных стран, в особенности с развитой рыночной экономикой. Принимались во внимание наработки советских ученых-криминалистов, в частности, монография «Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования», подготовленная в Институте государства и права Академии наук СССР.[8]

Одновременно разрабатывались новые подходы, не имеющие аналогов в уголовном законодательстве других стран. В этом плане наиболее показательна концепция уголовной ответственности и форм ее реализация, теоретически обоснованная В.М. Хомичем. Эта концепция была отражена первоначально в его многочисленных статьях, а затем и в монографиях.[9] Новые подходы, определившие уникальность будущего УК, были в разработках все участников исследования. Все идеи, предложения и рекомендации обязательно обсуждались на кафедре уголовного права БГУ и получали оценку, как с точки зрения научной состоятельности, так и с позиции их практической ценности.

Одновременно в рабочей группе, созданной при Министерстве юстиции Республики Беларусь, под руководством заместителя Министра В.В. Подгруши готовился официальный проект УК Беларуси. Во временный творческий коллектив входили доценты А.А. Примаченок, С.И. Тишкевич, член Верховного Суда Республики Беларусь В.Н. Пташник, начальник управления Министерства юстиции А.А. Дударенко. Кафедра уголовного права БГУ в этой рабочей группе представлена не была, но осуществляла углубленную юридическую экспертизу проекта. Комиссия по законодательству представила данный проект Верховному Совету Республики Беларусь 10 декабря 1992 г.

Данный проект, прежде всего, базировался на Основах уголовного законодательства Союза ССР и республик 1991 г. и на одном из первых проектов УК Российской Федерации. Проект состоял из 324 статей, отличался хорошей законодательной техникой, но по содержанию был чрезвычайно консервативен. Этот недостаток в наибольшей степени был присущ Особенной части проекта УК.

Начальник кафедры расследования преступлений Академии милиции Республики Беларусь доцент С.И. Тишкевич самостоятельно разработал «Теоретическую модель уголовного кодекса суверенной Республики Беларусь».[10] Академия милиции представила названный проект в Верховный Совет республики.

Проект С.И. Тишкевича был оригинален во всем, начиная от нумерации статей и структуры Кодекса и оканчивая правилами квалификации преступлений и правилами соподчиненности санкций. «Революционный»

---

[8] Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования. / Отв. ред. В.Н. Кудрявцев, С.Г. Келина. – М.: Наука, 1987. – 280 с.

[9] Хомич, В.М. Хомич, В.М. Формы реализации уголовной ответственности / В.М. Хомич. – Минск: Белгосуниверситет, 1998. – 132 с.

[10] Тишкевич, С.И. Единая теория уголовного нормотворчества и квалификации преступлений: Основные концептуальные положения. Теоретическая модель уголовного кодекса суверенной Республики Беларусь: Монография / И.С. Тишкевич. – Минск: АМ МВД РБ, 1992. – 181 с.

характер предлагаемой теоретической модели резко контрастировал с консервативным официальным проектом УК.

Результаты работы над будущим УК Беларуси были предметом обсуждения научной общественности. С 26 по 28 февраля 1992 г. проходила Республиканская научно-практическая конференция «Судебно-правовая реформа: концепция и пути ее реализации в Республике Беларусь».[11] На конференции, прежде всего, обсуждался Проект концепции судебно-правовой реформы в Республике Беларусь, подготовленный рабочей группой, образованной председателем Комиссии по законодательству Верховного Совета Д.П. Булаховым в ноябре 1991 г. Естественно, что при этом анализировались и подходы к реформированию уголовного законодательства. С сообщениями выступили С.И. Тишкевич (Судебно-правовая реформа и некоторые вопросы совершенствования уголовного законодательства Республики Беларусь), А.В. Барков (О концепции реформы уголовного права Беларуси), В.М. Хомич (Система уголовной ответственности и судебная власть), И.И. Грунтов (Классификация преступлений и уголовное судопроизводство), В.В. Марчук (О правосудности ужесточения исполняемого наказания) и др.[12]

17-18 ноября 1992 г. в Белорусском государственном университете состоялась Республиканская научно-практическая конференция «Совершенствование средств и методов борьбы с преступностью в Республике Беларусь в условиях правовой реформы».[13] Проблематика данной конференции была сосредоточена на вопросах разработки новых УК, УПК и УИК Республики Беларусь. О работе над проектом УК сделали сообщения И.С. Тишкевич (О неотложных мерах по совершенствованию уголовного законодательства Республики Беларусь), С.И. Тишкевич (Проект УК есть, но есть ли концепция?), В.М. Хомич (Институт уголовной ответственности в проекте Уголовного кодекса Республики Беларусь), А.В. Барков (Уголовно-правовая охрана хозяйственных отношений в условиях рыночной экономики), В.Т. Калмыков (О некоторых вопросах совершенствования уголовного законодательства, предусматривающего ответственность за преступления против жизни), П.А. Дубовец (Проблемы совершенствования уголовного законодательства о несовершеннолетних), В.В. Тимощенко (О совершенствовании уголовного законодательства, защищающего интересы семьи и несовершеннолетних), И.О. Грунтов (Уголовно-правовая охрана правосудия и проект нового УК Республики Беларусь), Н.А. Бабий (О преступлениях против общественной безопасности, здоровья населения, общественного порядка и общественной нравственности) и др.[14] Конференция

---

[11] Судебно-правовая реформа: концепция и пути ее реализации в Республике Беларусь: Материалы респуб. научно-практ. конф. (26-28. февраля 1992 года). / Под ред. И.И. Басецкого. – Минск: Академия милиции МВД Республики Беларусь, 1992. – 371 с.

[12] Там же. С. 119, 123, 143, 221, 226.

[13] Совершенствование средств и методов борьбы с преступностью в Республике Беларусь в условиях правовой реформы: Тезисы докладов Респуб. научно-практ. конф. (17-18 ноября 1992 г.). / Отв. ред. В.М. Хомич. – Минск: Белорусский государственный университет, 1992. – 98 с.

[14] Там же. С. 5, 7, 9, 16, 20, 24, 26, 27, 32.

со всей очевидностью высветила необходимость реформирования уголовного, уголовно-процессуального и уголовно-исполнительного законодательства.[15]

По результатам дискуссии на данной конференции председатель Комиссии по законодательству Верховного Совета Республики Беларусь Д.П. Булахов высказал идею создания новой рабочей группы, включающей разработчиков всех трех проектов УК, с целью формирования единого проекта, включающего достоинства альтернативных вариантов и избавленного от их недостатков.

2. Уже в начале 1993 г. новая рабочая группа по разработке проекта УК приступила к работе. Возглавила группу заместитель Министра юстиции Республики Беларусь Валентина Васильевна Подгруша. Остальные участники группы представляли заинтересованные органы и учреждения: Владимир Николаевич Пташник (Верховный Суд Республики Беларусь), Виктор Александрович Петрукевич (Прокуратура Республики Беларусь), Александр Александрович Дударенко (Министерство юстиции Республики Беларусь), Станислав Иванович Тишкевич (Академия милиции МВД Республики Беларусь). От кафедры уголовного права Белорусского государственного университета в группу вошли Владимир Михайлович Хомич, Игорь Олегович Грунтов и Александр Владимирович Барков. Кроме названных лиц к работе группы, в зависимости от характера обсуждаемых вопросов, привлекались специалисты и представители различных ведомств.

Участники рабочей группы обладали полной творческой свободой и стремились к созданию Уголовного кодекса, достойного суверенной Беларуси, современного, научно обоснованного, практически взвешенного и определяющего уголовно-правовую политику государства на перспективу.

Свое видение кодекса разработчики отразили в публикациях. Требования, которым должен отвечать будущий УК Беларуси, в соответствии с концепцией разработанной кафедрой уголовного права БГУ, были отражены нами в журнале «Судовы веснік».[16]

Основные требования, в частности, сводились к следующему:

- ***УК должен быть единственным уголовным законом прямого действия.*** В начале 90-х годов в государствах-участниках СНГ доминировали представления о необходимости принятия множественности уголовных законов, определяющих борьбу с различными группами преступлений (незаконный оборот наркотиков, незаконный оборот оружия, коррупция и т.д.). Это было чревато утратой системности уголовного права.
- ***УК должен в полной мере обеспечивать суверенитет Республики Беларусь*** в области борьбы с преступлениями, посягающими на интересы страны. Следовало законодательно закрепить реальный принцип действия уголовного закона Беларуси в пространстве.

---

[15] Бибило, В., Хомич, В. Необходимость реформы уголовного и уголовно-процессуального законодательства / В. Бибило, В. Хомич // Судовы веснік. – 1993. – № 1. – С. 34-35.

[16] Барков, А. Новый уголовный кодекс: каким ему быть? / А.В. Барков // Судовы веснік. – 1993. – № 1. – С. 36-39.

- ***УК должен избавиться от идеологических предубеждений***, свойственных советскому уголовному законодательству. Например, следовало обеспечить равную уголовно-правовую охрану всех форм собственности. В уголовном праве предстоит закрепить приоритет охраны человека, его прав и законных интересов.
- ***Следует избавиться от законоположений, ставящих под сомнение обеспечение права человека.*** Имелись в виду нормы прежнего УК, позволявшие ужесточать исполняемое наказание помимо вынесения обвинительного приговора (напр., замена исправительных работ лишением свободы).
- ***Нужно учесть состояние и тенденции развития преступности,*** поставить эффективный барьер организованной преступности, предусмотреть ответственность за новые проявления общественно опасного поведения в сфере экономики, информационной безопасности, экологии и т.д.
- ***Необходимо расширить круг норм, поощряющих положительное посткриминальное поведение,*** побуждающих виновного к деятельному раскаянию, к возмещению причиненного ущерба, к компенсации морального вреда, к заглаживанию последствий содеянного.
- ***УК должен быть менее репрессивен,*** следует смягчить карательную практику, путем увеличения альтернативных видов наказания и иных мер уголовной ответственности, посредством назначения наказания в виде лишения свободы лишь в случаях, когда применение иных мер не будет обеспечивать достижение целей уголовной ответственности.
- ***Важно гуманизировать многие институты уголовного права,*** следуя европейским тенденциям уголовно правовой борьбы с преступностью. В частности, сократить сферу применения смертной казни и создать предпосылки для ее последующей отмены.

Определяя свое видение будущего уголовного закона, С.И. Тишкевич обратил внимание на ***необходимость четкого определения в новом УК оснований и условий уголовной ответственности***.[17] Он счел важным ***уделить внимание отработке техники функционирования основных институтов Общей части УК*** (напр., в институте множественности преступлений – с целью правильного соотнесения повторности, рецидива, совокупности преступлений). С.И. Тишкевич ратовал за совершенствование содержания норм Особенной части УК: закрепить правила квалификации преступлений прямо в законе, преодолеть «засоренность» норм квалифицирующими признаками преступления, упорядочить санкции путем строгого ранжирования видов наказания и согласования сроков и размеров этих наказаний и т.д. Предлагалось выделение в УК Специальной части, предусматривающей ответственность лиц, совершающих преступления путем злоупотребления служебными или профессиональными правами либо

[17] Тишкевич, С. Готовим новый УК: что самое важное? / С.И. Тишкевич // Судовы веснік. – 1993. – № 2. – С. 39-41.

вследствие ненадлежащего исполнения специальных обязанностей (напр., должностные, воинские преступления).

В ходе интенсивной работы члены творческого коллектива учли и гармонизировали множество идей и предложений ученых и практических работников. Но при этом ставилась цель обеспечить преемственность нового уголовного закона, задача сохранения лучшего, что было в прежнем УК и подтверждалось практикой его применения.

В марте 1993 г. проект Уголовного кодекса был рассмотрен в первом чтении Верховным Советом Республики Беларусь. Выступая в прениях, депутат В.И. Шолодонов отметил, что степень готовности проекта очень высока и необходимо, после учета замечаний и предложений, представить законопроект ко второму чтению в мае 1993 г. Отдельные депутаты критиковали проект за то, что он сохранял в качестве исключительной меры наказания смертную казнь. О том, что проект в целом был воспринят парламентариями как достойная основа будущего уголовного законодательства страны, свидетельствуют результаты голосования: за – 191, против – 2, воздержавшихся – нет. Депутатами высказывалось пожелание опубликовать проект УК в «Народной газете» для широкого обсуждения. Однако эта идея реализована не была. Несмотря на интенсивную доработку проекта УК к маю 1993 г., он не был вынесен на второе чтение по причине банальной, но вполне уважительной: в республике не был подготовлен проект будущего Уголовно-исполнительного кодекса. Совершенно очевидно, что здравый смысл и практический подход требуют принятия в едином пакете трех законов, обеспечивающих борьбу с преступностью: УК, УПК и УИК. Проект УПК Республики Беларусь уже имел определенную степень готовности, но отсутствие проекта УИК, безусловно, требовало отсрочки принятия УК, применение которого было бы невозможно.

Однако внимание к новому уголовному законодательству не угасало, проектом интересовались юристы практики и ученые. Руководитель рабочей группы В.В. Подгруша в интервью корреспонденту журнала «Судовы веснік» прокомментировала особенности проекта УК Беларусь, подготовленного в 1993 г.[18] Иными разработчиками проекта были опубликованы статьи, посвященные характеристике проекта Уголовного кодекса.[19]

3. Следующий этап в реформировании уголовного законодательства Беларуси состоял в том, что наработки авторов проекта УК стали основой для последующих изменений и дополнений действовавшего УК 1960 г. Такой подход, во-первых, позволил хотя бы частично адаптировать «старый» УК к новым социально-экономическим условиям; во-вторых, облегчил в последующем переход к новому уголовному законодательству, сделав его более плавным. Например, к моменту введения в действие нового УК многие деяния уже были декриминализированы.

---

[18] Падгруша, В. Злачынства і пакаранне. / В. Падгруша // Судовы веснік. – 1993. – № 4. – С. 4-7.

[19] Барков, А.В. Новая концепция Особенной части Уголовного кодекса Беларуси / А.В. Барков // Веснік Беларускага дзяржаўнага універсітэта. Серыя 3. – 1993. – № 3. – С. 59-62; Хомич, В.М. Новое в содержании уголовной ответственности и наказания в проекте Уголовного кодекса Республики Беларусь / В.М. Хомич // Веснік Беларускага дзяржаўнага універсітэта. Серыя 3. – 1993. – № 3. – С. 62-66.

Закон Республики Беларусь от 15 июня 1993 г. № 2401-XII «О внесении изменений и дополнений в некоторые законодательные акты Республики Беларусь»[20] дополнил действовавший УК 16 новыми составами преступления, необходимость в которых диктовалась стремительно менявшимися экономическими отношениями в стране. В УК, в частности, появились составы таких преступлений как: незаконный выпуск (эмиссия) ценных бумаг, подлог проспекта эмиссии ценных бумаг, лжепредпринимательство, выманивание кредита или дотаций, ложное банкротство, злостное банкротство, срыв возмещения убытков кредитору, нарушение антимонопольного законодательства, установление и поддержание монопольных цен, недобросовестная конкуренция, незаконное использование деловой репутации конкурента, дискредитация деловой репутации конкурента и т.д.

Названным законом изменена редакция примечания к ст. 166 УК 1960 г. и уточнены признаки понятия должностного лица, что было чрезвычайно важно в плане борьбы с коррупционными преступлениями. В уголовном законе впервые определялись признаки представителя общественности и лица, уполномоченного в установленном порядке на совершение юридически значимых действий.

Законом Республики Беларусь от 6 июля1993 г. № 2464-XII «О внесении изменений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Республики Беларусь»[21] отменена смертная казнь за экономические преступления: изготовление, хранение или сбыт поддельных денег либо ценных бумаг, хищение в особо крупном размере, получение взятки.

В наибольшей степени концепция и конкретные положения проекта УК Беларуси были отражены в изменениях и дополнениях УК 1960 г., внесенных Законом Республики Беларусь от 1 марта 1994 г. № 2827-XII «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Республики Беларусь и некоторые другие законодательные акты Республики Беларусь».[22] В УК внесено 146 изменений и дополнений. Столь масштабных корректировок уголовного законодательства в истории советского уголовного права (если не считать принятие новых УК) не было.

С учетом новых приоритетов в политике государства в ст. 1 сформулированы задачи УК: «Уголовный кодекс Республики Беларусь имеет задачей защиту жизни и здоровья человека, его прав и свобод, конституционного строя, государственных и общественных интересов, собственности, природной среды, установленного правопорядка от преступных посягательств. Уголовный кодекс Республики Беларусь способствует предупреждению преступных посягательств, воспитанию граждан в духе соблюдения законов Республики Беларусь».

В ст. 2 закреплено принципиальное положение, которое было позднее заимствовано модельным уголовным кодексом государств-участников СНГ и

---

[20] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. – № 22. – Ст. 278.
[21] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. – № 25. – Ст. 302.
[22] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1994. – № 12. – Ст. 176.

российским законодателем: «Уголовный кодекс Республики Беларусь является единственным уголовным законом, действующим на территории Республики Беларусь». В ч. 1 ст. 7 дано новое определение преступлению: «Преступлением признается совершенное виновно общественно опасное деяние (действие или бездействие), запрещенное настоящим Кодексом».

Исключены такие наказания как направление в воспитательно-трудовом профилактории, высылка и ссылка. Установлены предусмотренные проектом нового УК правила назначения штрафа.

Изменена редакция диспозиций и, следовательно, трактовка ряда особо опасных государственных преступлений. Исключены из УК составы многих преступлений, среди которых, в частности: вредительство, самовольное использование транспортных средств, преступно-небрежное использование или хранение сельскохозяйственной техники, приписки или другие искажения отчетности о выполнении планов, скупка хлеба и других пищевых продуктов для скармливания скоту, незаконный отпуск бензина и других горюче-смазочных материалов, продажа, скупка, обмен шкурок пушных зверей.

Глава 7 УК 1960 г. получила название «Преступления против собственности» вместо прежнего – «Преступления против социалистической собственности». Глава 10 «Преступления против личной собственности» исключена (ст. 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148). Нормы главы 7 предусматривали в качестве предмета посягательства любое имущество: государственное, общественное или частное. Таким образом, была установлена равная уголовно-правовая защита всех форм собственности.

Значительные изменения в действовавшем тогда уголовном законодательстве стали основой мнения отдельных парламентариев о том, что достаточно корректировки УК 1960 г. и принятие нового УК нецелесообразно. Работа над проектом на некоторое время стала менее интенсивной.

Постановлением Президиума Верховного Совета Республики Беларусь от 30 мая 1995 г. № 3777-XII.[23] рабочей группе по подготовке проекта УК предоставлен статус временного творческого коллектива. Руководителем ВТК назначен автор настоящей статьи. В состав разработчиков проекта входили: Артюшин Альберт Алексеевич – старший прокурор организационно – методического управления Прокуратуры Республики Беларусь, Грунтов Игорь Олегович – доцент кафедры уголовного права БГУ, Дударенко Александр Александрович – начальник отдела судебных заседаний и контроля за исполнением решений суда секретариата Конституционного Суда Республики Беларусь, Комяк Светлана Васильевна – заведующая сектором по обслуживанию Комиссии Верховного Совета Республики Беларусь по законодательству, Лукашов Алексей Ильич – доцент кафедры уголовного права и криминологии Академии милиции МВД Республики Беларусь, Мочалов Сергей Алексеевич – главный специалист Белорусского института государственного строительства и законодательства Республики Беларусь, Пташник Владимир Николаевич – член Пленума Верховного Суда Республики

[23] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1995. – № 22-23. – Ст. 317.

Беларусь, Хомич Владимир Михайлович – заместитель декана юридического факультета БГУ, Шинкаренко Галина Владимировна – Минская городская коллегия адвокатов.

В таком составе работа над проектом продолжалась хотя и менее интенсивно, но с учетом задачи унификации уголовного законодательства государств-участников СНГ в целях повышения эффективности борьбы с преступностью, масштабы которой приобретали угрожающий характер.

4. Идея унификации национального законодательства государств-участников СНГ нашла свое закрепление в Постановлении Межпарламентской Ассамблеи Содружества Независимых Государств от 20 октября 1994 г. «О правовом обеспечении интеграционного развития СНГ».

Постановлением Совета Межпарламентской Ассамблеи Содружества Независимых Государств от 14 февраля 1995г. «О Программном комитете и рабочих группах по созданию модельных уголовного и уголовно-процессуального кодексов для государств-участников СНГ» была образована рабочая группа по подготовке модельного уголовного кодекса для государств-участников Содружества Независимых Государств СНГ

В течение 1995 г. в Таврическом дворце Санкт-Петербурга – штаб-квартире Межпарламентской Ассамблеи Содружества Независимых Государств и в г. Лейдене (Нидерланды) в Центре международного правового сотрудничества проходили сессии этой рабочей группы по подготовке модельного уголовного кодекса для государств-участников СНГ. В рабочую группу входили научные работники и должностные лица девяти стран Содружества. Автор настоящей статьи представлял в рабочей группе Республику Беларусь. Возглавлял группу директор Института повышения квалификации прокурорско-следственных работников Генеральной прокуратуры Российской Федерации (г. Санкт-Петербург) доктор юридических наук, профессор Б.В. Волженкин. Для создания модельного уголовного кодекса существовали очевидные предпосылки, которые четко обозначил руководитель творческого коллектива.[24]

Представленный вниманию членов рабочей группы проект Уголовного кодекса Республики Беларусь произвел благоприятное впечатление и во многих случаях стал объектом заимствования для модельного УК СНГ. Например, термин «условное неприменение наказания» пришел на смену традиционного, но ошибочного термина «условное осуждение»; Особенную часть модельного УК СНГ открывает, как и в белорусском проекте УК, глава о преступлениях против мира и безопасности человечества.

Следует особо отметить, что работа над модельным УК СНГ послужила взаимообогащению опытом законотворческой деятельности всех участников рабочей группы. Хотя этот документ и не стал ожидаемым в то время эталоном для национального уголовного законодательства стран, входящих в СНГ, он

[24] Волженкин, Б.В. Предпосылки и концептуальные проблемы разработки модельного уголовного кодекса для государств-участников СНГ / Б.В. Волженкин // Вестник Межпарламентской Ассамблеи. СПб. – 1995. – № 4 (11). – С.34-37.

стал поставщиком многих идей и решений, которые, несомненно, нашли отражение в ныне действующих УК ряда бывших союзных республик СССР.[25]

В ходе работы над модельным УК члены рабочей группы приняли участие в ряде международных научно-практических конференций, проводимых в Таврическом дворце Санкт-Петербурга, на которых обсуждались важные проблемы реформирования уголовного законодательства. Это были, в частности, конференции на темы «Совершенствование уголовного законодательства и проблемы борьбы с организованной преступностью на территориях государств-участников СНГ», «Проблемы унификации уголовного и уголовно-процессуального законодательства в государствах-участниках СНГ».[26]

Обмен идеями был весьма плодотворным. Характерный пример. Автор настоящей статьи выступил с докладом о конструировании норм об уголовной ответственности за проявления организованной преступности и предложил редакцию статьи «Организация преступных сообществ».[27] Текст проекта предлагаемой нормы был тут же отксерокопирован представителями Республики Молдова. В течение нескольких месяцев подобная норма оказалась в действовавшем тогда УК Молдовы, а затем при дальнейшем реформировании уголовного права Молдовы было сохранена в качестве ст. 284 УК Республики Молдова 2002 г. – «Создание преступной организации или руководство ею».[28] Любопытно, что в проекте УК нашей республики такая норма не сохранилась. Это пример несомненной пользы взаимного обмена идеями.

Постановлением Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ от 13 мая 1995 г. был одобрен в основном проект общей части модельного уголовного кодекса. Этот проект был опубликован.[29] Что позволило получить на него замечания и предложения.

Окончательный вариант проекта модельного уголовного кодекса был подготовлен к седьмому пленарному заседанию Межпарламентской Ассамблеи и после принятия опубликован.[30]

Об итогах работы над этим документом и его важнейших особенностях рассказал в журнале «Государство и право руководитель рабочей группы Б.В. Волженкин.[31]

---

[25] Волженкин, Б.В. Модельный Уголовный кодекс для государств-участников Содружества Независимых Государств / Б.В. Волженкин // Государство и право. – 1996. – № 5. – С. 67-76; Волженкин, Б.В. Модельный уголовный кодекс и его влияние на формирование уголовного законодательства государств-участников Содружества Независимых Государств / Б.В. Волженкин // Новое уголовное законодательство стран СНГ и Балтии: Сб. науч. ст. / Под ред. Л.Л. Кругликова и Н.Ф. Кузнецовой. М., 2002. С. 7-31.

[26] Вестник Межпарламентской Ассамблеи. СПб. – 1995. – № 1. – С.50-110; 1995. – № 4 (11). – С.33-89.

[27] Барков, А.В. Совершенствование уголовного законодательства Республики Беларуси в контексте усиления борьбы с организованной преступностью / А.В. Барков // Вестник Межпарламентской Ассамблеи. СПб. – 1995. – № 1. – С. 78-79.

[28] Уголовный кодекс Республики Молдова / Вступительная статья канд. юрид. наук А.И. Лукашова. – СПб.: «Изд-во 2 «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 330.

[29] Информационный бюллетень. – 1995. – № 8. – С. 119 и 120-166.

[30] Приложение к «Информационному бюллетеню». – 1996. – № 10. – С. 86-213.

[31] Волженкин, Б.В. Модельный Уголовный кодекс для государств-участников Содружества независимых Государств / Б.В. Волженкин. // Государство и право. – 1996. – № 5. – С. 67-76.

5. После принятия на республиканском референдуме 24 ноября 1996 г. изменений и дополнений в Конституцию Республики Беларусь[32] и соответственно изменения этапов законодательного процесса, стало ясно, что проект УК должен вновь приниматься в первом чтении новым Парламентом республики.

С февраля 1997 г. подготовка законопроекта УК к первому чтению велась под эгидой Верховного Суда Республики Беларусь. Рабочая группа было небольшой: состояла из представителей кафедры уголовного права БГУ доцентов А.В. Баркова, И.О. Грунтова и В.М. Хомича, а возглавлял ее заместитель Председателя Верховного Суда Республики Беларусь В.Н. Пташник. Это был период доработки деталей проекта и прогноза действия новых норм путем моделирования различных правовых ситуаций на основе опыта многолетней судебной практики.

1 октября 1997 г. проект, включавший 454 статьи, был внесен Президентом Республики Беларусь в Палату представителей Национального собрания.

Следует отметить, что в тексте проекта, представленного на первое чтение, техническое оформление несколько отличались от замысла непосредственных разработчиков. В проекте была исключена нумерация частей в статьях УК. Это обосновывалось тем, что яко бы «нумерация противоречит правовой традиции». На специальном заседании Комиссии по национальной безопасности после дискуссии была принята позиция разработчиков проекта и юристов-практиков, которые считали, что нумерация удобна и нужна, т.к., применение уголовного закона предполагает четкую систему координат, важную для квалификации преступления и применения институтов уголовного права. Именно по результатам этого совещания в трех кодексах (УК, УИК и УПК) появились сноски с указанием: «Части статей и примечаний (за исключением имеющих одну часть) в настоящем Кодексе нумеруются арабскими цифрами с точкой, пункты частей статей – арабскими цифрами со скобкой».

17 декабря 1997 г. постановлением Палаты представителей он был принят в первом чтении и направлен в Совет Республики Национального собрания Республики Беларусь и Совет Министров Республики Беларусь для внесения замечаний и предложений в Постоянную комиссию Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь по национальной безопасности.

6. Общее руководство подготовкой проекта Уголовного кодекса (как и проектов УИК и УПК) осуществлял председатель Постоянной комиссии Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь по национальной безопасности Владимир Демьянович Егоров. Научным руководителем рабочей группы был автор настоящей статьи. К сожалению, большинство прежних участников разработки проекта на заключительной стадии его доработки не были включены в рабочую группу.

---

[32] «Звязда». – № 276. – 27 ноября 1996 г.

В подготовке законопроекта ко второму чтению активно участвовали Данилюк Станислав Евгеньевич – докторант докторантуры и адъюнктуры Академии МВД Республики Беларусь, Лукашов Алексей Ильич – начальник отделения законодательства по вопросам обороны и общественной безопасности, правоохранительных и судебных органов Национального центра законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь, Казакова Валентина Ивановна – прокурор отдела по работе с законодательством Прокуратуры Республики Беларусь, Бронников Андрей Сергеевич – заведующий отделом по обеспечению деятельности постоянной комиссии Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь по национальной безопасности, Доморад Анатолий Андреевич – советник-консультант главного экспертно-правового управления Секретариата Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь.

В заседаниях рабочей группы при желании принимали участие депутаты Палаты представителей. Важные и обоснованные поправки к нормам проекта внесли депутаты М.Н Худая (7 поправок), П.Е. Жушма (24 поправки), Н.Н. Дубовик (6 поправок), А.Н. Зинченко (5 поправок), А.Ф. Шпилевский (3 поправки). Полезными были обсуждения положений проекта со многими другими заинтересованными депутатами.

На 34 заседаниях рабочей группы до июля 1998 г. были изучены 1 315 замечаний и предложений. В сентябре 1998 г. на 10 заседаниях рабочей группы были рассмотрены два больших пакета замечаний и предложений, поступивших от Главного государственного правового управления Администрации Президента Республики Беларусь и Национального центра законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь. Из 53 замечаний были учтены 30. В ноябре 1998 г. на 4 заседаниях рабочей группы были рассмотрены 18 предложений Прокуратуры республики. Были учтены 4. К марту 1999 г. от субъектов законодательной инициативы поступило еще 112 поправок и предложений, рассмотренных на 10 заседаниях рабочей группы.

21 апреля 1999 г. проект Уголовного кодекса был согласован в Администрации Президента Республики Беларусь без замечаний. В заключении Национального центра законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь был сказано: «Проект Уголовного кодекса является значительным явлением в развитии национального уголовного законодательства, многолетний и упорный труд разработчиков проекта, завершившийся столь впечатляющим результатом, должен быть соответствующим образом оценен на государственном уровне».

5 мая 1999 г. на пленарном заседании Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь началось постатейное рассмотрение проекта Уголовного кодекса Республики Беларусь во втором чтении. Нормы и институты будущего УК республики рассматривались депутатами на шести пленарных заседаниях (5, 6, 13, 14, 18 мая и 2 июня 1999 г.). Кроме этого, обсуждение отдельных вопросов осуществлялось на заседаниях постоянных комиссий Палаты представителей, например, вопрос об отнесении депутатов Палаты представителей и членов Совета Республики к

категории представителей власти. По нашему мнению, это был яркий пример длительной и скрупулезной работы Парламента над законопроектом.

Как правило, законодатели принимали оптимальные, соответствующие задачам уголовного законодательства и целям уголовной ответственности решения. Так на пленарном заседании Палаты представителей в ходе дискуссии была отвергнута идея признания мелким и отнесения к административным проступкам хищения имущества граждан на сумму до 10 минимальных заработных плат. Депутаты справедливо отметили, что реализация этого предложения неосновательно ослабит правовую защиту интересов малоимущих граждан.

К сожалению, были и неудачные решения. Примером тому конструкция санкции ст. 214 «Угон автодорожного транспортного средства или маломерного водного судна». Депутаты после продолжительных дебатов установили наказания за угон без квалифицирующих обстоятельств виде лишения свободы от 5 до 7 лет, за угон при отягчающих обстоятельствах – от 7 до 10 лет, а за угон при особо квалифицирующих обстоятельствах – от 10 до 15 лет лишения свободы. Санкции за неправомерное завладение транспортным средством и самовольную поездку на нем без цели хищения оказались строже, чем санкции за хищение такого имущества. Была нарушена внутренняя логика закона. В судебных заседаниях «угонщики» предпочитали настаивать на том, что они украли мотоцикл или автомобиль. Суды были поставлены в жесткие рамки санкций, которые исключали оптимальную индивидуализацию наказания, особенно с учетом того, что в большинстве своем виновные в угоне – несовершеннолетние и молодежь. Ужесточение санкций не привело к положительной динамике в статистической картине данного преступления.

По нашему мнению, два фактора повлияли на принятие ошибочного решения: во-первых, отождествление хищения транспортного средства с его угоном; во-вторых, вечная вера народа в сдерживающий эффект сурового наказания. В последующем Законами Республики Беларусь от 4 января 2003 г. № 173-З и от 15 июля 2009 г. № 42-З санкции были откорректированы.

24 июня 1999 г. Уголовный кодекс Республики Беларусь был одобрен Советом Республики Национального собрания, а 9 июля 1999 г. подписан Президентом Республики Беларусь.[33]

7. Многие идеи ученых и юристов-практиков, начинавших работу у истоков реформы уголовного права, успешно реализованы: нашла свое воплощение в УК Беларуси, воспринята и в УК России, идея придания уголовному кодексу статуса единственного уголовного закона прямого действия на территории государства (ч. 2 ст. 1 УК); впервые в истории отечественного законодательства в УК сформирован институт уголовной ответственности (глава 8 УК); усилена регулятивная роль уголовного законодательства, когда с помощью поощрительных норм стимулируется деятельное раскаяние виновного (ст.ст. 69, 88 УК); закреплен приоритет охраны человека, его прав и законных интересов, расширены права потерпевшего.

---

[33] Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. 1999. № 76. 2/50

Действующий УК четко различает основания, общие и особые условия уголовной ответственности (ст. 10, глава 5 УК).

УК 1999 г. сохранил составы преступлений с административной и дисциплинарной преюдицией, что повышает предупредительную роль закона и является частичной декриминализацией преступлений небольшой общественной опасности (ст. 32 УК).

Доказала свою эффективность система уголовно-правовых запретов в сфере осуществления экономической деятельности (глава 25 УК).

Действующий Уголовный кодекс Республики Беларусь, безусловно, концептуально новый закон, не имеющий аналогов в других государствах. Анализу и разъяснению особенностей Кодекса после его принятия и введения в действие был посвящен ряд публикаций.[34]

Как и любой закон, этот кодекс не безупречен. Уже первые месяцы его применения обнаружили ряд недостатков: стала очевидной необходимость сокращения минимальных пределов размера штрафа (ст. 50), смягчения правил назначения наказания при рецидиве преступлений (ч. 2 ст. 65), уточнения правил сложения наказаний разного вида (ст. 74), расширения применения осуждения с отсрочкой исполнения наказания (ст. 77) и с условным неприменением наказания (ст. 78) в отношении несовершеннолетних, совершивших тяжкие преступления.

В последующем нормы действующего УК неоднократно дополнялись и изменялись, но принципиальные положения, заложенные в первоначальной редакции этого закона, подтвердили свою обоснованность и жизнеспособность.[35]

Принятие Уголовного кодекса Республики Беларусь вызвало позитивный отклик, как у юристов-практиков, так и известных ученых правоведов.[36]

Выдающийся специалист в области уголовного права профессор Н.Ф. Кузнецова так охарактеризовала новый Уголовный кодекс Республики Беларусь: «Внимательное изучение белорусского Кодекса актуально по ряду причин. Во-первых, этот кодекс – один из последних, принятых в XX в., – отличается оригинальностью, новизной и прогрессивностью, Во-вторых, его нормы и институты тесно взаимосвязаны с международным правом. В-третьих, многие законодательные решения удачнее, чем в УК РФ и потому могут быть использованы для усовершенствования последнего».[37]

---

[34] Барков, А. Концептуальные основы Уголовного кодекса Республики Беларусь 1999 года / А. Барков // Юстыцыя Беларусі. – 1999. – № 4.– С.23-28; Барков, А., Пташник, В. Ретроактивность норм Общей части УК Беларуси 1999 г. / А. Барков, В. Пташник. // Судовы веснік. – 2000. – № 2. – С.19-22; Барков, А.В., Хомич, В.М. Теоретические и прикладные проблемы реформы уголовно-правовой политики в Республике Беларусь / А.В. Барков, В.М. Хомич. // Выбраныя навуковыя працы Беларускага дзяржаўнага універсітэта ў 7 т. Т.3. Юрыспрудэнцыя. Эканоміка. Міжнародныя адносіны / Адк. рэд. В.М.Гадуноў. – Мн.: БДУ, 2001. – С. 110-123

[35] Барков, А. Тенденции уголовно-правовой политики в Республике Беларусь / А. Барков. // Веснік БДУ. – Серыя III. – 2005. – №3. – С.103-107; Барков, А. Уголовный кодекс Республики Беларусь: пять лет в действии / А. Барков. // Юстиция Беларуси. – 2005. – № 12. – С. 38-42.

[36] Волженкин, Б.В. Новый Уголовный кодекс Республики Беларусь / Б.В. Волженкин // Изв. вузов. Правоведение. СПб. – 2000. – № 6. – С. 140-152.

[37] Кузнецова, Н.Ф. Новый Уголовный кодекс Республики Беларусь / Н.Ф. Кузнецова // Вестник Московского университета. Серия II / Право. – 2000. – № 3. – С.3.

Мудрый законодатель начинает не с издания законов, а с изучения их пригодности для данного общества.

Жан Жак Руссо

Тот, кто не смотрит вперед, оказывается позади.

Джордж Герберт

УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ КОДЕКС РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ: ОБЗОР ИЗМЕНЕНИЙ И ПРАКТИКИ ПРИМЕНЕНИЯ

Л.Л. Зайцева
заведующая кафедрой прокурорской деятельности ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ, кандидат юридических наук, доцент

На пороге XXI века на всем постсоветском пространстве произошло кардинальное обновление законодательства, в том числе и регулирующего порядок производства по уголовным делам. Новый Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Беларусь (далее – УПК) был принят в 1999 году и введен в действие с 1 января 2001 года вместе с Уголовным и Уголовно-исполнительным Кодексами. Этому знаменательному событию были посвящены многочисленные публикации ученых и практиков в юридической печати, в том числе и автора настоящей статьи, содержащие общую характеристику нового Кодекса и анализ его отдельных норм и институтов[38]. С тех пор прошло девять лет. Несомненно, что это достаточный срок, который позволяет выявить все достоинства и недостатки нового закона, оценить, какие институты успешно работают, какие нуждаются в совершенствовании, а об отсутствии каких можно только сожалеть.

За этот период в УПК был внесен ряд изменений и дополнений, которые, к счастью, не коснулись концептуальных основ и принципов нового закона, а были в основном направлены на уточнение его отдельных положений, устранение явных погрешностей и пробелов, а также на приведение процессуальных норм в соответствие с нормами Уголовного кодекса, который в течение девяти лет подвергался неоднократным корректировкам.

На основе обобщения опыта применения новых положений УПК Пленум Верховного Суда Республики Беларусь принял несколько постановлений по вопросам уголовного процесса, имеющих важное значение для обеспечения законности и единообразия судебной практики. К ним относятся

[38] Зайцева, Л.Л. В новое столетие – с новым Уголовно-процессуальным Кодексом // Юстиция Беларуси. 2002. № 2. С. 13-18; ее же. Уголовно-процессуальное законодательство Республики Беларусь: взгляд в прошлое и будущее (вступительная статья) // Уголовно-процессуальный Кодекс Республики Беларусь. – 2-е изд., испр. и доп. – Минск: Тесей, 2001. – С. 3-32.

постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь: от 29 марта 2001 года № 1 «О судебной экспертизе по уголовным делам», от 28 сентября 2001 года № 9 «О приговоре суда», от 28 июня 2002 года № 3 «О судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних», от 26 сентября 2002 года № 6 «О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции», от 24 июня 2004 года № 8 «О практике рассмотрения гражданского иска в уголовном процессе», от 30 июня 2005 года № 6 «О практике применения норм Уголовно-процессуального кодекса, регулирующих участие потерпевшего в уголовном процессе», от 28 сентября 2006 года № 8 «О практике постановления судами оправдательных приговоров», от 21 декабря 2006 года № 10 «О практике применения законодательства, обеспечивающего прав граждан на судебную защиту, и мерах по повышению её эффективности в общих судах», от 27 сентября 2007 года № 12 «О практике применения судами норм Уголовно-процессуального кодекса, регулирующих кассационное производство», от 24 сентября 2009 года № 7 «Об обеспечении права на защиту в уголовном процессе».

В этих постановлениях Верховный Суд обращает внимание участников правосудия на необходимость соблюдения новых принципов уголовного процесса, практика применения которых ещё не сложилась и характеризуется определенными трудностями, ошибками и недостатками. В тоже время эти постановления содержат и традиционные положения, оправдавшие себя на практике и не противоречащие новому законодательству. В этом проявляется преемственность деятельности высшего судебного органа Республики Беларусь.

Одной из характерных черт нового УПК явилась демократизация уголовного процесса, расширение круга его участников и усиление защиты их прав и интересов. Это касается, прежде всего, подозреваемого, обвиняемого, их защитника, которые были наделены рядом дополнительных прав. Наиболее существенным из них стало право на получение бесплатной юридической консультации адвоката до начала первого допроса в качестве подозреваемого или обвиняемого в случае задержания или применения меры пресечения в виде заключения под стражу (п. 5 ч. 2 ст. 41; п. 4 ч. 2 ст. 43 УПК). После такой консультации по желанию последнего адвокат может продолжить его защиту. Если подозреваемому (обвиняемому) достаточно полученной консультации либо его не устраивает данный адвокат, он вправе отказаться от его помощи или пригласить другого на платной основе. Такая процедура гарантирует также добровольность отказа от защитника, который возможен теперь только в присутствии последнего (ч. 1 ст. 47 УПК). Ведь не секрет, что до сих пор существует такая порочная практика, когда отказ от помощи адвоката происходит под давлением следователя.

Девять лет работы нового УПК показали жизнеспособность этого прогрессивного института. Хотя хлопот для следователей, и особенно для адвокатов, значительно прибавилось. Ведь сегодня это право реально обеспечивается каждому задержанному и заключенному под стражу лицу в

любое время дня и ночи, в выходные и праздничные дни, для чего организовано круглосуточное дежурство адвокатов в юридических консультациях. Более того, есть немало случаев, когда следователи и дознаватели требуют такой консультации и для подозреваемых, обвиняемых, находящихся на свободе, что не предусмотрено законом. Изложенное свидетельствует о том, что этот революционный и трудоемкий институт в Республике Беларусь успешно претворяется в жизнь.

В тоже время отдельные изменения и дополнения, внесенные в УПК в 2003 г., отрицательно повлияли на правовой статус подозреваемого. Речь идет о задержании лица по подозрению в совершении некоторых особо тяжких и тяжких преступлений на срок до 10 суток (ч. 4 ст. 108 УПК). Такая продолжительность задержания не соответствует требованиям ч. 3 ст. 9 Международного Пакта о гражданских и политических правах, ч. 3 ст. 5 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод, а также практике Европейского Суда по правам человека.

В 2007 г. в УПК появился новый вид задержания подозреваемого, который может быть реализован в случае отсутствия оснований, указанных в ч. 1 ст. 108 УПК, и при наличии достаточных оснований полагать, что это лицо может скрыться от органа уголовного преследования. Такое решение должно быть письменно согласовано с Генеральным прокурором Республики Беларусь, Министром внутренних дел Республики Беларусь, Председателем Комитета государственной безопасности, заместителем Председателя Комитета государственного контроля Республики Беларусь – директором Департамента финансовых расследований, действующими в пределах своей компетенции (ч. 1^1 ст. 108 УПК).

Представляется, что применение этого вида задержания вряд ли облегчит задачу органам уголовного преследования, а, напротив, – создаст для них дополнительные трудности, связанные с многочисленными согласованиями принятого решения. Если же имеются достаточные основания полагать, что подозреваемый может скрыться от органа уголовного преследования, то его можно либо задержать в соответствии с п. 4 ч. 1 ст. 108 УПК, либо сразу применить к нему меру пресечения в виде заключения под стражу, получив для этого санкцию прокурора или его заместителя (ст. 118 УПК). Таким образом, проблемы, возникающие на практике в связи с уклонением подозреваемого от участия в предварительном следствии, по нашему мнению, можно было решить с помощью уже имеющихся мер уголовно-процессуального принуждения, не прибегая для этой цели к созданию нового вида задержания.

УПК 1999 года предоставил защитнику новые возможности по участию в доказывании – право собирать по своей инициативе сведения, относящиеся к обстоятельствам совершенного преступления, предоставлять их органу, ведущему уголовный процесс, и участвовать в следственных действиях, проводимых в связи с представлением названных сведений (п. 10 ч. 1 ст. 48 УПК). Для этого защитник может проводить опрос физических лиц; запрашивать справки, характеристики и иные документы и их копии; запрашивать с согласия подзащитного мнения специалистов для разъяснения

возникающих в связи с осуществлением защиты вопросов, требующих специальных знаний. При этом защитник не вправе оказывать незаконное воздействие на лиц, при получении сведений в интересах защищаемого им лица (ч. 3 ст. 103 УПК).

Осуществление указанного права адвокатами выявило определенные трудности в его применении и неоднозначность понимания как органами уголовного преследования, так и судами. В частности, сразу же возник вопрос: как следует поступать с полученными адвокатом сведениями? Ответ на него был дан в п. 2 постановления № 6 Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 сентября 2002 года "О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции", где указано: "Материалы, собранные защитником, по его ходатайству подлежат приобщению к делу".

Полагаем, что данный вывод является обязательным для любого органа, ведущего уголовный процесс. Для активизации деятельности защитников в данном направлении и придания ей единообразия постановлением Президиума Республиканской коллегии адвокатов от 29 октября 2004 года № 34 были утверждены Методические рекомендации по участию адвокатов в доказывании по уголовным делам в порядке ч. 3 ст. 103 УПК[39]. Они были разработаны с учетом опыта как белорусских, так и российских адвокатов по применению новых положений УПК и направлены на повышение эффективности их реализации.

В постановлении Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 24 сентября 2009 года № 7 «Об обеспечении права на защиту в уголовном процессе» обозначен круг субъектов, обладающих данным правом. В него включены не только подозреваемый и обвиняемый, но и осужденный и оправданный (п. 2). Поэтому суды вправе допускать к участию в деле защитника осужденного при разрешении вопросов, связанных с исполнением приговора (п. 26). В этом постановлении раскрываются случаи обязательного участия защитника в производстве по уголовному делу (п.п. 3, 6, 9); критерии физических и психических недостатков, препятствующих самостоятельному осуществлению права на защиту (п. 10); порядок допуска защитника к участию в деле (п. 5), отказа от защитника (п. 7) и обеспечения получения бесплатной юридической консультации адвоката до первого допроса в качестве подозреваемого или обвиняемого (п. 4); требования к близким родственникам либо законным представителям обвиняемого, которые желают выполнять функцию его защитника в суде (п. 19).[40]

Верховным Судом Республики Беларусь обращается внимание на недопустимость не основанных на законе ограничений защитника в реализации им своих прав на различных стадиях уголовного процесса: при назначении и проведении экспертизы (п. 17) и других следственных действий (п. 11), ознакомлении с материалами уголовного дела (п. 18) и протоколом судебного

---

[39] Нормативно-правовое и информационное приложение к журналу «Юстиция Беларуси». № 15/2004. С. 39-41.
[40] Судовы веснік. 2009. №4. С.10-14.

заседания (п. 22), выступлении в судебных прениях (п. 21) и участии в кассационной инстанции (п. 23). Указывается на последствия несоблюдения требований закона о праве на защиту: признание доказательств недопустимыми (п. 3) и отмену приговора ввиду существенных нарушений уголовно-процессуального закона (п. 24).

Органами, осуществляющими производство по уголовному делу, последовательно проводится в жизнь заложенный в УПК принцип приоритета интересов потерпевшего – жертвы преступления перед интересами государства и общества.

Гарантиям реализации лицом, пострадавшим от преступления, своего неотъемлемого права на доступ к правосудию и судебную защиту посвящено постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 3 июня 2005 года № 6 "О практике применения норм Уголовно-процессуального кодекса, регулирующих участие потерпевшего в уголовном процессе".[41] (далее – Постановление № 6). В нем лицо признается потерпевшим независимо от того, является преступление оконченным или имело место покушение на совершение преступления, а также независимо от его гражданства, возраста, физического или психического состояния и иных данных о личности, от установления лица, совершившего преступления, правомерности поведения самого потерпевшего. Исключением являются случаи, когда лицо пострадало от преступления, совершенного им же, либо вред причинен во время его задержания при совершении им преступления, если не было допущено превышения необходимых для этого мер (п. 2 Постановления № 6).

Верховный Суд Республики Беларусь отмечает, что лицо может быть признано потерпевшим как по его заявлению, так и по инициативе органа, ведущего уголовный процесс, но не ранее возбуждения уголовного дела (п. 4 Постановления № 6). При этом постановление (определение) о признании потерпевшим выносится в отношении каждого лица, которому преступлением причинен вред (п. 8 Постановления № 6). Имеются в виду как сам пострадавший, так члены семьи умершего, его близкие родственники и законные представители, которые допускаются к участию в уголовном процессе в качестве потерпевших (п. 3 и 8 Постановления № 6).

Постановлением № 6 судам предписывается принимать все предусмотренные законом меры к обеспечению участия потерпевшего в судебном заседании (п. 11); создавать надлежащие условия для реализации последним своих прав и выполнения обязанностей (п.п. 9, 12); выяснять согласие потерпевшего на проведение судебного следствия по сокращенному порядку и его мнение о круге доказательств, которые необходимо исследовать (п. 13); извещать в письменной форме о состоявшемся приговоре потерпевшего, который не участвовал в судебном заседании, с разъяснением права на кассационное обжалование (п. 16).

Реализация норм новой главы 14 УПК о гражданском иске в уголовном процессе расширила возможности на получение возмещения причиненного

[41] Судовы веснік. 2005. – №3. – С.6-8.

преступлением физического, имущественного и морального вреда. Пленум Верховного Суда Республики Беларусь в своем постановлении от 24 июня 2004 года № 8 "О практике рассмотрения судами гражданского иска в уголовном процессе" (далее – Постановление № 8) назвал правильное разрешение последнего важной гарантией своевременного возмещения вреда, причиненного преступлением (п. 1 Постановления № 8). В этом постановлении обращается внимание судов на главное основание гражданского иска – причинение вреда непосредственно преступлением, и указывается, что регрессные иски к обвиняемому (в порядке ст. 950 ГК) не подлежат рассмотрению в уголовном процессе (п. 2 Постановления № 8).

В п. 4 Постановления № 8 впервые разъясняются особенности правового статуса обвиняемого, когда он сам несет ответственность по иску за вред, причиненный преступлением, то есть фактически является гражданским ответчиком. При этом обвиняемый приобретает лишь отдельные права последнего, но не наделяется его обязанностями (п. 10 Постановления № 8). Поэтому вынесение постановления (определения) о признании обвиняемого гражданским ответчиком не требуется.

Верховным Судом указывается на необходимость своевременного наложения ареста на имущество с целью обеспечения гражданского иска и уточняется порядок исполнения такого решения в судебном производстве (п. 8 Постановления № 8); разъясняются особенности принятия судом отказа от гражданского иска (п. 9 Постановления № 8) и его рассмотрения при сокращенном порядке судебного следствия (п. 10 Постановления № 8); излагаются случаи применения солидарной и долевой ответственности по возмещению вреда, причиненного несколькими обвиняемыми (п.п. 13, 14 Постановления № 8); освещаются требования к изложению в приговоре вопросов, связанных с гражданским иском (п. 15 Постановления № 8).

Особое внимание в Постановлении № 8 уделено вопросам компенсации морального вреда, размер которой определяется исходя из конкретных обстоятельств дела и требований разумности и справедливости (п. 12). Причем недопустимой признается нередко встречающаяся на практике необоснованная передача вопроса о размере компенсации морального вреда на рассмотрение в порядке гражданского судопроизводства (п. 16 Постановления № 8).[42]

Несмотря на существенное укрепление в новом законе правового статуса личности до сих пор не получил в УПК положительного решения вопрос о праве свидетеля иметь представителя – адвоката. Это породило противоречие между ст. 62 Конституции Республики Беларусь о праве каждого на получение юридической помощи и ст. 60 УПК, которая не предусматривает соответствующего права у свидетеля. Согласно ч. 3 ст. 1 УПК для разрешения данной правовой коллизии должны применяться положения Конституции, что и было сделано на практике адвокатами.

Однако в первые месяцы действия нового УПК появление свидетеля с адвокатом вызывало бурную негативную реакцию у органов уголовного

[42] Судовы веснік. 2004. – №3. – С.6-8.

преследования. Это вполне объяснимо, поскольку связано с господствовавшими в обществе правовыми стереотипами и отсутствием понимания давно устоявшегося в других странах постулата о том, что нормы Конституции – это нормы прямого действия. Тем не менее, сегодня можно констатировать, что у органов, ведущих уголовный процесс, такое понимание уже появилось и дебаты с адвокатами по этому вопросу прекратились. Более того, в практике имеются случаи, когда следователи и судьи даже выносят постановление о допуске представителя свидетеля – адвоката к участию в уголовном деле и извещают последнего о производстве следственных действий с участием его доверителя. Это свидетельствует о том, что цивилизованный подход к разрешению данной правовой коллизии победил. Теперь слово - за УПК, где должны появиться соответствующие нормы о представителе свидетеля, его правах и обязанностях.

Ждет своего законодательного закрепления и статус такого участника процесса как пострадавший от преступления заявитель, который существует до возбуждения уголовного дела и чьи интересы до сих пор должным образом не защищены. Если ранее проверка поданного им заявления о совершенном или готовящемся преступлении для решения вопроса о возбуждении уголовного дела проводилась в срок не более 10 суток и могла быть продлена до одного месяца (ч. 1 ст. 108 УПК БССР 1960 г.), то сегодня срок рассмотрения заявления может быть продлен вышестоящим прокурором до трех месяцев (ч. 4 ст. 173 УПК). Следовательно, в течение этого достаточно длительного срока заявитель, который, как правило, является пострадавшим от преступления, не имеет никаких процессуальных прав для отстаивания своих законных интересов. Он не может заявить ходатайства органу, осуществляющему проверку его заявления, не может пригласить адвоката для оказания юридической помощи. И лишь после принятия решения заявителю сообщается о возбуждении уголовного дела (ч. 2 ст. 175 УПК) либо в течение 24 часов направляется копия постановления об отказе в возбуждении уголовного дела, которое он вправе обжаловать прокурору или в суд (ч. 2 ст. 139, ч. 2 ст. 178 УПК).

На охрану прав и законных интересов личности направлены и меры по обеспечению безопасности участников процесса, перечисленные в главе 8 УПК. Однако девятилетний опыт реализации норм этой главы выявил существенные недостатки в их правовой регламентации, практике применения, а также необходимость соответствующего видеотехнического оснащения. Имеется в виду оборудование, используемое для допроса защищаемого лица вне визуальной видимости других лиц, т.е. при нахождении его вне зала судебного заседания или с применением мер, обеспечивающих его неузнаваемость (ч. 2 ст. 67, ч. 3 ст. 68 УПК).

В настоящее время для этих целей применяются костюмы химзащиты, коробки из-под холодильника, смежные с залом судебного заседания комнаты и другие подсобные средства, что не может не вызывать улыбки у присутствующих в суде граждан. Думается, что решая указанную проблему государство должно пойти на определенные финансовые затраты, чтобы не

только надежно обезопасить участников уголовного процесса, но и обеспечить строгое соблюдение принципов непосредственности и состязательности судебного разбирательства.

Ведь именно состязательность правосудия, повышение правоохранительной и правозащитной роли суда, освобождение его от обвинительных функций стали своеобразной визитной карточкой УПК Республики Беларусь 1999 г.[43]

Осуществление правосудия в изменившихся условиях потребовало от участников процесса не только глубокого изучения новых положений закона, их практического освоения, но и значительной психологической перестройки. Поэтому еще осенью 2000 г. в целях ускорения адаптации судей, прокуроров и адвокатов к работе по требованиям нового Кодекса по инициативе Республиканской Прокуратуры совместно с Верховным Судом, Министерством юстиции, Республиканской коллегией адвокатов и автором настоящей статьи были разработаны и приняты Рекомендации по реализации конституционного принципа состязательности в уголовном процессе. В них предлагалось применять новый состязательный порядок судебного следствия с 1 ноября 2000 года при рассмотрении всех уголовных дел с участием прокурора, за исключением дел о преступлениях, за которые законом предусмотрено наказание в виде смертной казни. Доведение указанных Рекомендаций до сведения всех судов, работников прокуратуры, адвокатов Республики Беларусь и их применение еще до введение в действие нового УПК сыграло важную роль в подготовке участников правосудия к его осуществлению в условиях состязательности.

Правильной и единообразной реализации этого принципа в судебной практике способствовало и принятие Пленумом Верховного Суда Республики Беларусь постановления от 26 сентября 2002 года № 6 "О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции" (далее – Постановление № 6). В нем Верховный Суд разъясняет особенности осуществления функций правосудия, обвинения и защиты в состязательном судебном процессе. В частности, обязанность суда создать сторонам необходимые условия для осуществления предоставленных им прав и выполнения процессуальных обязанностей, оказать по их ходатайству содействие в представлении доказательств. Причем доказательства, представленные как стороной обвинения, так и стороной защиты, не имеют для суда заранее установленной силы и должны быть подвергнуты тщательному исследованию в судебном заседании и объективной оценке. Суд обязан обеспечить справедливое и беспристрастное разрешение дела на основе неукоснительного соблюдения требований закона об отделении функции осуществления правосудия от функций обвинения и защиты (п.п. 2 и 3 Постановления № 6).

---

[43] Зайцева, Л.Л. Состязательность правосудия и проблемы ее реализации в уголовном процессе Республики Беларусь // Юстиция Беларуси. 2008. – №5. – С. 33-38.

В названном постановлении Верховный Суд рассматривает также вопросы назначения и подготовки судебного разбирательства (п. 6-9 Постановления № 6), случаи изменения подсудности без согласия сторон (п. 4 Постановления № 6), порядок заявления и разрешения судом ходатайств (п. 11 Постановления № 6). Особое внимание в данном постановлении уделяется специфике поддержания обвинения как прокурором, так и потерпевшим в новых условиях состязательного процесса. В частности, порядку изменения обвинения, предъявления нового обвинения, отказа от обвинения (п. 17 и 18 Постановления № 6).

Однако уже первые месяцы работы по новому УПК показали, что для надлежащего осуществления принципа состязательности не хватает государственных обвинителей. Сегодня объем их работы по поддержанию государственного обвинения в суде по сравнению с 2000 г. увеличился в 3,4 раза! При этом штатная численность прокурорских работников осталась на прежнем уровне. В результате качество поддержания государственного обвинения нередко оставляет желать лучшего, поскольку у многих помощников прокурора отсутствует необходимое время для подготовки к судебному процессу. Вследствие этого они не во всех случаях полно и всесторонне исследуют доказательства по делу, иногда допускают необоснованные отказы от обвинения, ошибки при квалификации действий обвиняемых и предложении им мер наказания.

Недостатки в поддержании государственного обвинения приводят к чрезмерной активности суда в собирании доказательств по собственной инициативе, что предусмотрено ч. 2 ст. 103 УПК. Это зачастую превращает состязательный судебный процесс – в обвинительный, хорошо знакомый нам по недавнему прошлому, где бремя доказывания виновности обвиняемого было фактически возложено на суд.

Следует отметить, что органами Прокуратуры Республики Беларусь принимаются организационные и практические меры по повышению качества поддержания государственного обвинения, активизируется учебно-методическая и аналитическая работа в данном направлении. Тем не менее, кардинально изменить нынешнее состояние этой сферы прокурорского надзора в лучшую сторону иным путем, кроме как достаточным финансовым обеспечением состязательности и оптимизацией штатной численности государственных обвинителей, вряд ли возможно. Иначе другие, не менее важные направления деятельности прокуратуры перестанут осуществляться должным образом. С учетом вышеизложенного поддержание государственного обвинения в суде, являясь приоритетным направлением деятельности прокуратуры, остается в тоже время наиболее трудоемким и проблемным в плане его реализации.

Попытки каким-то образом сократить участие прокурора в судебном разбирательстве уголовных дел, которое согласно ч. 8 ст. 34 УПК является обязательным по всем делам публичного и частно-публичного обвинения, стали предприниматься еще весной 2001 г. Уже тогда стало ясно, что имеющейся штатной численностью работники прокуратуры не в состоянии

справиться с претворением в жизнь принципа состязательности правосудия и осуществлением других возложенных на них задач. Поэтому был разработан "спасительный" проект Закона о внесении изменений и дополнений в Уголовный, Уголовно-процессуальный и Уголовно-исполнительный Кодексы, где предлагался воистину революционный выход из создавшегося кадрового кризиса.

В проекте предусматривалось существенное увеличение как дел частного обвинения, в рассмотрении которых прокурор не участвует, так и дел частно-публичного обвинения, в рассмотрении которых обязательное участие прокурора ограничивалось только отдельными случаями. К последним были отнесены дела о преступлениях несовершеннолетних; дела, возбужденные прокурором, а также случаи, когда обязательное участие государственного обвинителя в судебном разбирательстве признает необходимым прокурор, направивший дело в суд. В остальных делах данной категории, а также в значительно выросших делах частного обвинения, обязанность доказывания в суде предъявленного лицу обвинения возлагалась на гражданина либо представителя юридического лица, которым преступлением был причинен вред. Вряд ли указанные лица способны самостоятельно справиться с обязанностью доказывания и защитить свои права и законные интересы, не обладая для этого необходимыми юридическими знаниями и практическими навыками. Тем более, если потерпевшему в состязательном судебном процессе будет противостоять несколько обвиняемых, не признающих свою вину, и их защитников – профессиональных адвокатов.

В описанной ситуации неизбежен был возврат к старому обвинительному судебному процессу, когда при отсутствии прокурора обязанность доказывания брал на себя суд с целью надлежащей защиты прав потерпевшего. Такой вариант противоречил ст. 115 Конституции Республики Беларусь о равенстве сторон обвинения и защиты и наносил удар основному достоинству нового УПК – состязательности правосудия.

Кроме того, возложение на потерпевшего обязанности доказывания предъявленного обвинения по столь широкой категории дел существенно повлияло бы на защиту прав человека, безопасность которого государство не смогло обеспечить, а теперь оставляет его беззащитным в суде. Поэтому предложенное в проекте решение возникшей кадровой проблемы выходило далеко за рамки чисто процессуального вопроса и вторгалось в область уголовной политики государства, которое провозгласило защиту прав и законных интересов граждан, в том числе и от преступных посягательств, своей основной задачей.

На основании изложенного предлагаемый выход из сложной кадровой ситуации был признан неприемлемым и недопустимым, противоречащим Конституции Республики Беларусь и значительно снижающим уровень правовой защищенности граждан как участников уголовного процесса.

Следующая попытка сократить участие государственного обвинителя в судебном разбирательстве уголовных дел была предпринята в текущем году и увенчалась успехом. 15 июля 2009 года в УПК были внесены соответствующие

изменения и дополнения, которые позволили внедрить элементы дифференциации в деятельность прокурора по поддержанию государственного обвинения.

Реформа коснулась только уголовных дел, расследованных в порядке ускоренного производства (глава 47 УПК). Указанный порядок применяется в случаях, когда факт преступления очевиден, известно подозреваемое лицо, и оно не отрицает своей причастности к совершению преступления. Причем ускоренное производство может осуществляться только по уголовным делам о преступлениях менее тяжких и не представляющих большой общественной опасности, которые перечислены в ч. 1 ст. 452 УПК. К ним, в частности, относятся такие распространенные преступления как уклонение родителей от содержания детей (ч. 1 ст. 174 УК), кража (ч. 1 ст. 205 УК), хулиганство (ч. 1 ст. 339 УК) и другие.

До недавнего времени судебное разбирательство таких дел проводилось по общим правилам с обязательным участием прокурора в качестве государственного обвинителя. Между тем, вряд ли участие последнего в суде в данном случае вызывается необходимостью, если обвиняемый признает свою вину еще в стадии предварительного расследования и это признание не вызывает сомнений у прокурора, который направил дело в суд.

Поэтому в настоящее время прокурор или его заместитель в постановлении о направлении в суд уголовного дела ускоренного производства получили возможность высказать мнение о рассмотрении дела без участия государственного обвинителя и предложения о применении к обвиняемому наказания или иных мер уголовной ответственности. Копия этого постановления направляется обвиняемому и потерпевшему (ч. 2 ст. 455 УПК).

В течение пяти суток со дня поступления дела в суд проводятся подготовительные действия и принимается решение о назначении судебного разбирательства без участия государственного обвинителя. В судебное разбирательство вызываются обвиняемый, защитник, если он участвует в деле, и другие заинтересованные участники уголовного процесса. Неявка в судебное заседание без уважительных причин потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей не препятствует рассмотрению дела по существу (ч. 4 ст. 459 УПК).

Судебное следствие по делам ускоренного производства проводится без оглашения предъявленного обвинения и в сокращенном порядке, предусмотренном ст. 326 УПК. Оно начинается с выяснения отношения обвиняемого к предъявленному обвинению и его допроса. По ходатайству потерпевшего, гражданского истца, гражданского ответчика, их представителей суд может заслушать и их показания (пояснения). Если признание обвиняемым своей вины никем не оспаривается и не вызывает у суда сомнений, то судебное следствие объявляется оконченным и суд переходит к судебным прениям (ч. 7 ст. 459 УПК).

Полагаем, что если в судебном разбирательстве прокурор не участвует, то процесс не перестает быть состязательным. В этой ситуации стороной обвинения становится прокурор, который согласился с предъявленным

обвинением, направил дело в суд и чье мнение подлежит тщательной и всесторонней проверке и оценке в судебном заседании. Принцип состязательности должен быть обеспечен всегда независимо от того, участвует прокурор в судебном заседании или не участвует. Поэтому попытки скорректировать ч. 1 ст. 24 УПК, т.е. исключить принцип состязательности в случаях, когда прокурор может не участвовать в судебном слушании уголовного дела, не допустимы.

Следует отметить, что в настоящее время ускоренное и упрощенное судопроизводство – одно из приоритетных направлений в развитии уголовно-процессуального закона[44]. Поэтому во многих государствах существуют судебные процедуры, где не требуется личного участия прокурора, если обвиняемый признает свою вину в преступлении, которое не является тяжким и наказание за которое не превышает установленный законом предел. Так, в Германии это производство об издании судейского приказа о наказании, во Франции – производство по применению уголовного приказа, в Италии – сокращенное разбирательство, назначение наказания по соглашению сторон, в Англии и США – суммарное производство[45]. О необходимости формирования подобных институтов в белорусском УПК неоднократно указывалось в юридической литературе, в том числе и автором настоящей статьи[46].

Успех данной реформы у отечественного законодателя, на наш взгляд, объясняется тем, что впервые в основу дифференциации процессуальной формы положен научно обоснованный принцип: отсутствие материально-правового спора между сторонами по уголовному делу о преступлении, которое не является тяжким или особо тяжким, не требует обязательного участия государственного обвинителя в суде. Если же возникает спор, т.е. обвиняемый не признает свою вину полностью или в части либо у суда возникают сомнения в достоверности признания обвиняемого, то выносится постановление об отложении судебного разбирательства и вызове государственного обвинителя. Кроме того, не смотря на мнение прокурора, суд вправе признать участие государственного обвинителя в судебном заседании обязательным (ч. 8 ст. 459 УПК), а прокурор может изменить свое решение и в любой момент вступить в судебное разбирательство для поддержания обвинения (ч. 2 ст. 459 УПК).

Таким образом, если в отсутствие прокурора в судебном заседании возникает спор и необходимость в доказывании предъявленного обвинения, то эта обязанность не возлагается на суд, как это было ранее по УПК 1960 г., а осуществляется специально вызванным для этой цели государственным обвинителем.

На основании изложенного полагаем, что введение дифференцированного участия прокурора в судебном разбирательстве в зависимости от тяжести совершенного преступления и позиции самого

---

[44] Головко, Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. – СПб.: Юрид. центр "Пресс", 2002. – С. 37-42.

[45] Гуценко, К.Ф., Головко, Л.В., Филимонов, Б.А. Уголовный процесс западных государств. – М.: Зерцало, 2001. – С. 39-40, 137-143, 269-272, 372-373, 456-457.

[46] Зайцева, Л.Л., Хомич, В.М. Об оптимизации функции поддержания государственного обвинения // Законность и правопорядок. 2008. – № 3. – С. 17-22.

обвиняемого позволит оптимизировать осуществление функции поддержания государственного обвинения в Республике Беларусь, не нарушая при этом принципа состязательности правосудия, а также прав и законных интересов сторон. Однако новая процедура применяется пока только по делам, расследованным в форме ускоренного производства, число которых не превышает 5-6%. Поэтому существенного сокращения участия прокурора в суде в результате введения нового порядка судопроизводства вряд ли стоит ожидать.

Впрочем, существуют и иные выходы из создавшейся ситуации, связанной с недостаточным кадровым обеспечением состязательности при осуществлении правосудия по уголовным делам.

Один из них – расширение круга субъектов, имеющих право на поддержание государственного обвинения в суде. Например, предоставление такого права в определенных случаях по поручению прокурора следователю (дознавателю), который проводил предварительное расследование по данному делу. Кроме того, предлагается наделить этим правом также надзирающего прокурора, т.е. должностное лицо органов прокуратуры, которое осуществляло надзор за законностью производства дознания и предварительного следствия по данному делу. Именно указанные лица лучше других знают материалы уголовного дела, и для участия в судебном разбирательстве им, как правило, не требуется длительной подготовки, как помощнику прокурора, который вовсе не знаком с уголовным делом и должен изучить его с «нуля». Сторонники этой идеи исходят из того, что участие должностных лиц органов предварительного расследования в суде по делам, которые они сами же и расследовали, будет своеобразным экзаменом, способствующим повышению их профессионального уровня.

Аналогичный порядок существует в уголовном процессе Англии, США[47], законодательстве некоторых других стран и оправдан тем, что все перечисленные должностные лица (дознаватель, следователь, прокурор) осуществляют общую функцию уголовного преследования путем не только установления факта и обстоятельств совершенного преступления, привлечения лица в качестве обвиняемого, но и доказывания виновности этого лица в суде для обеспечения применения к нему наказания. Для реализации данного предложения в белорусском законодательстве необходимо лишь внести соответствующие изменения и дополнения в п. 3 ст. 6 и ст. 81 УПК. Однако, вероятно, что этот путь также потребует увеличения штатов, но уже следователей и надзирающих прокуроров.

В Российской Федерации подобная возможность предлагалась в первых редакциях УПК 2001 г., где государственным обвинителем по поручению прокурора и в случаях, когда предварительное расследование произведено в форме дознания, мог стать дознаватель либо следователь (п. 6 ст. 5 УПК РФ). Однако данная практика не получила широкого распространения, поскольку

---

[47] Гуценко, К.Ф., Головко, Л.В., Филимонов, Б.А. Уголовный процесс западных государств. М., 2001. – С. 60-64, 185-188.

еще до вступления УПК в законную силу Генеральный Прокурор РФ своим приказом запретил поручать поддержание государственного обвинения дознавателю и следователю до особого распоряжения, а затем разрешил делать это только в исключительных случаях. В соответствии с новой редакцией п. 6 ст. 5 УПК РФ, принятой в 2007 г., государственное обвинение в судах России уполномочено поддерживать лишь должностное лицо органа прокуратуры. Думается, что это компромиссное решение позволит осуществлять эту функцию в суде в необходимых случаях и начальнику следственного подразделения, и следователю прокуратуры.

Другой путь, который позволит сократить количество дел, рассматриваемых в суде с участием прокурора, и тем самым улучшить качество поддержания государственного обвинения, - это введение альтернатив уголовному преследованию. Этот вариант предполагает расширение возможностей для прекращения прокурором производства по уголовному делу до суда по нереабилитирующим основаниям, руководствуясь при этом не только принципом законности, но и принципом целесообразности. В начале указанную процедуру следует предусмотреть по делам о менее тяжких преступлениях и преступлениях, не представляющих большой общественной опасности, а в дальнейшем – распространить ее и на некоторые дела о тяжких ненасильственных преступлениях.

Многие государства Европы уже давно идут по этому пути, применяя вместо традиционного уголовного преследования с целью наказания различные альтернативные меры воздействия. Условиями отказа государства от уголовного преследования служат добровольная уплата штрафа в государственную казну (применяемый в Бельгии и Нидерландах институт трансакции, шотландский «фискальный штраф», французская процедура «штрафа по соглашению»), выполнение работ в общественных интересах, испытательный срок с определенными условиями (английский институт «предупреждения» или пробация), возмещение причиненного преступлением вреда и примирение с потерпевшим[48].

Единственным условием для таких альтернатив является признание вины и согласие на применение указанных мер. В случае нарушения или невыполнения принятых на себя обязательств производство по уголовному делу возобновляется и осуществляется в общем порядке. Например, в Австрии около 25 % уголовных дел, которые подлежат рассмотрению в суде, заканчиваются отказом от уголовного преследования с применением альтернативных мер еще в досудебном производстве. Обсуждается возможность введения таких мер и белорусскими учеными и практиками[49].

Думается, что это самый оптимальный и перспективный путь решения проблем, связанных не только с обеспечением надлежащего поддержания

---

[48] Головко, Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. – СПб, 2002. – С. 52-178.

[49] Зайцева, Л.Л. Восстановительное правосудие – альтернатива уголовному преследованию // Судебная практика в контексте принципов права и законности: Сб. научн. тр. – Минск: Тесей, 2006. – С. 298-306; Малиновский, Э.В., Стебаков, С.И. Практика освобождения лиц от уголовной ответственности: проблемы и пути их решения // Там же. С. 319-325.

государственного обвинения, но и с перегруженностью судебной системы такими уголовными делами, в которых нередко затраты на правосудие во много раз превышают размер причиненного преступлением вреда.

О том, что потребность в альтернативных мерах существует и в белорусском законодательстве, свидетельствуют неоднократные изменения и дополнения, внесенные за последние годы в ст. 30 УПК и направленные на расширение полномочий прокурора по прекращению производства по делу до суда с освобождением от уголовной ответственности. Так, в 2005 году в данной статье появилась норма о возможности прекращения прокурором производства по делу на основании Указа Президента Республики Беларусь в отношении лиц, способствовавших раскрытию и устранению последствий преступлений (ч. 1^1 ст. 30 УПК). В 2007 году прокурор получил такое право по отношению к несовершеннолетним, впервые совершившим преступления, не представляющие большой общественной опасности, с передачей этих обвиняемых под наблюдение родителей или лиц, их заменяющих.

А в 2009 г. п.п. 1, 2, 3 и 5 ч. 1 ст. 30 УПК стали действовать не только в отношении лиц, совершивших преступления, не представляющие большой общественной опасности, но и обвиняемых в менее тяжких преступлениях, что существенно увеличило применение указанной статьи и количество прекращенных уголовных дел. Так, если в 2008 г. в связи с примирением с потерпевшим было прекращено 606 уголовных дел, то в 2009 г. – 1120 уголовных дел.

Таким образом, отдельные элементы альтернативной реакции государства на уголовно-правовой конфликт уже действуют в белорусской правовой системе. Тем не менее представляется, что общество нуждается в создании научно-обоснованной и адаптированной к национальным условиям целостной системы альтернативных мер, применение которых позволит отказаться от уголовного преследования лиц, привлечение которых к уголовной ответственности нецелесообразно.

В действующем УПК содержатся и такие новые нормы и институты, относящиеся к судебному производству, которые успешно работают и хорошо себя зарекомендовали.

Активно используются государственными обвинителями возможности по изменению пределов судебного разбирательства, связанные с предъявлением нового, более тяжкого обвинения (ч. 2 ст. 301 УПК). Такая процедура позволяет прокурору исправить ошибки предварительного следствия в случае обнаружения их в судебном заседании, а суду – избежать обвинительного уклона при принятии решения.

Сегодня можно с уверенностью утверждать, что в Беларуси полностью оправдал себя сокращенный порядок судебного следствия (ст. 326 УПК), с применением которого рассматривается от 30 % до 50 % уголовных дел в судах первой инстанции. Принципиальным для судебной практики стало уточнение Верховным Судом условий применения сокращенного порядка судебного следствия путем определения случаев, когда признание обвиняемым своей вины может вызывать сомнение либо является вынужденным (п. 15

постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 сентября 2002 года № 6 "О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции").

С целью повышения уровня проведения судебного разбирательства в условиях состязательности и его роли в исследовании доказательств Пленум Верховного Суда Республики Беларусь принял 29 марта 2001 года постановление № 1 "О судебной экспертизе по уголовным делам". В нем подчеркивается, что назначение экспертизы судом следует рассматривать как самостоятельное процессуальное действие, а не как повторное или дополнительное по отношению к экспертизе, проведенной в ходе досудебного производства (п. 8). Обращено внимание судов на случаи, когда вызов эксперта в судебное заседание является необходимым (п. 6), подробно регламентирован порядок назначения и проведения экспертизы. Последний должен включать вынесение двух постановлений (определений): о назначении соответствующего вида экспертизы, которая поручается определенному лицу, и о проведении экспертизы, где формулируются вопросы для разрешения экспертом. Пленумом разъяснены особенности назначения и проведения комплексной, комиссионной, повторной и дополнительной экспертиз в судебном заседании, а также оценки заключения эксперта и его допроса в суде.

Специфика постановления приговора при сокращенном порядке судебного следствия и в случае отказа прокурора от обвинения разъясняются в постановлении Пленума Верховного Суда от 28 сентября 2001 года № 9 "О приговоре суда" В нем указывается, что приговор должен быть постановлен в строгом соответствии с принципами презумпции невиновности, состязательности и равенства сторон в уголовном процессе. Особое внимание обращается на оценку доказательств в приговоре суда, в частности, необходимость аргументировать в нем признание доказательств недопустимыми с указанием выявленных нарушений закона. В нем также приводится положение, ставшее классическим в теории доказательств: признание обвиняемым своей вины может быть положено в основу обвинительного приговора лишь при подтверждении ее совокупностью доказательств, собранных по делу (ч. 3 п. 5). Пленумом разъясняются порядок и пределы изменения обвинения в приговоре суда, особенности изложения обвинительного и оправдательного приговоров, необходимость соблюдения требований к их форме.

В тоже время имеются в УПК отдельные новеллы, которые пока не оправдали себя и «пробуксовывают» на практике. Речь идет, в частности, об упразднении обвинительного заключения и замене его справкой о результатах проведенного по делу предварительного расследования, которая представляется прокурору и не подлежит приобщению к уголовному делу (ч. 2 ст. 262 УПК). Новое положение закона не привело к желаемому результату – суд и стороны не стали более тщательно изучать материалы предварительного расследования. Напротив, указанная справка, которая по замыслу законодателя должна была стать внутренним прокурорским документом, по-прежнему

представляется не только государственному обвинителю, но даже защитнику и суду.

Таким образом, практика показала нежизнеспособность и преждевременность замены обвинительного заключения справкой, хотя и тождественной ему по содержанию, но не подлежащей приобщению к уголовному делу. В Российской Федерации нашли более разумное решение, позволяющее в какой-то мере уравнять перед судом позиции обвинения и защиты. В п. 6 ч. 1 ст. 220 УПК РФ содержится положение о том, что обвинительное заключение должно содержать не только перечень доказательств, подтверждающих обвинение, но и перечень доказательств, на которые ссылается сторона защиты.

Опыт применения в Республике Беларусь нового порядка приостановления судебного разбирательства для собирания дополнительных доказательств (ч. 5 ст. 302 УПК), который, по замыслу некоторых разработчиков Кодекса, должен был заменить существовавшее ранее дополнительное расследование, показал, что такие доказательства, представляются прокурором в суд крайне редко. Как правило, дело возвращается в судебное заседание в прежнем виде и суд принимает решение на основе уже имеющихся и исследованных материалов. Тем более, что согласно разъяснению Верховного Суда Республики Беларусь в ходе собирания новых доказательств органы уголовного преследования не вправе принимать процессуальные решения, от которых зависит дальнейшее движение дела: приостановить или прекратить производство по делу, возбудить в рамках данного производства уголовное дело в отношении нового лица. Такие процессуальные решения, иногда встречающиеся на практике, не будут иметь юридической силы (п. 19 постановления Пленума Верховного Суда от 26 сентября 2002 года № 6 "О некоторых вопросах применения уголовно-процессуального закона в суде первой инстанции").

Полагаем, что применение этого института должно иметь место в исключительных случаях, поскольку его частое использование влечет затягивание судебного разбирательства, приводит к необоснованному содержанию обвиняемых под стражей, неоправданным затратам сил и средств органов уголовного преследования, то есть является неэффективным.

Расширение в новом УПК возможностей судебного контроля за законностью действий и решений органов уголовного преследования несомненно способствовало повышению авторитета судебной власти. Однако на практике обжалование в суд отказа в возбуждении уголовного дела, прекращения предварительного расследования либо уголовного преследования (ст. 142 УПК) носит единичный характер. Эффективность же судебной проверки законности применения мер уголовно-процессуального принуждения, связанных с лишением свободы (ст. 144 УПК), является крайне низкой. Причина этого – невозможность обжаловать в суд необоснованность избрания таких мер.

В тоже время необходимо, чтобы каждое решение суда и органов уголовного преследования, в том числе и о заключении под стражу, было не

только законным, но также обоснованным и мотивированным. Об этом прямо говорится в ч. 4 ст. 7 УПК Российской Федерации, что полностью соответствует требованиям, предъявляемым к уголовно-процессуальным актам и в Республике Беларусь.

При этом под законностью заключения под стражу в судебной практике понимается соблюдение всех норм уголовно-процессуального законодательства, регламентирующих порядок применения указанной меры пресечения и продления срока ее действия, то есть выполнение только формальных требований, «буквы» закона. Таким формальным требованием является, в частности, положение ч. 1 ст. 126 УПК о том, что заключение под стражу применяется лишь в отношении подозреваемого или обвиняемого в совершении преступления, за которое законом предусмотрено наказание в виде лишения свободы на срок свыше двух лет.

Под обоснованностью заключения под стражу в судебной практике понимается наличие в материалах дела сведений, в том числе и о личности арестованного, которые подтверждают необходимость применения такой меры пресечения или продления ее срока. Здесь имеется в виду «дух» закона, целесообразность заключения под стражу конкретного лица. Требование обоснованности содержится в ч. 2 ст. 117 УПК, где указано: «При решении вопроса о необходимости применения меры пресечения к подозреваемому или обвиняемому должны учитываться характер подозрения или обвинения, личность подозреваемого или обвиняемого, их возраст и состояние здоровья, род занятий, семейное и имущественное положение, наличие постоянного места жительства и другие обстоятельства». При отсутствии необходимости в применении меры пресечения у подозреваемого или обвиняемого берется письменное обязательство являться по вызовам органа, ведущего уголовный процесс (ч. 3 ст. 117 УПК).

Постановление о применении меры пресечения должно быть мотивировано, содержать указание на преступление, в котором подозревается или обвиняется лицо, и обоснование необходимости ее применения (ч. 1 ст. 19 УПК). В постановлении о применении заключения под стражу также должны быть изложены основания и мотивы, в силу которых возникла необходимость в избрании данной меры пресечения (ч. 2 ст. 126 УПК).

Таким образом, УПК требует, чтобы решение о заключении лица под стражу было законным, обоснованным и мотивированным. Следовательно, объектом судебной проверки должны являться все указанные правовые свойства такого решения, соблюдение которых придает ему необходимую юридическую силу.

Не случайно еще в 1994 г., когда в УПК Республики Беларусь впервые появилась судебная проверка ареста и продления срока содержания под стражей, объектом контроля суда стали как законность, так и обоснованность применения данной меры пресечения (ст. 220-2 УПК 1960 г.). Указанный порядок просуществовал до вступления в силу УПК 1999 г., активно применялся на практике и был достаточно эффективным, поскольку способствовал освобождению из-под стражи лиц, чье лишение свободы в

стадии предварительного расследования было признано судом необоснованным.

Однако, учитывая, что в Конституции Республики Беларусь 1994 г. (ч. 2 ст. 25) объектом судебной проверки была названа лишь законность заключения под стражу, в новом УПК контроль суда за применением данной меры пресечения также ограничился лишь законностью принятого решения. Это проявилось как в названии, так и в содержании ст. 144 УПК, которая регламентировала судебную проверку лишь законности задержания и заключения под стражу. А о необходимости проверки судом обоснованности применения данной меры пресечения в УПК вовсе не упоминалось.

В результате судебный контроль за заключением под стражу в Республике Беларусь являлся малоэффективным, поскольку ограничивался лишь проверкой формальных оснований для применения данной меры пресечения, которые, как правило, всегда соблюдаются органами уголовного преследования. Поэтому и отмена судом постановлений о применении заключения под стражу на практике почти не встречалась.

Исправление названного недостатка произошло лишь в 2010 г., когда законом от 4 января № 107-З были внесены дополнения в ст.ст. 143 и 144 УПК, позволившие обжаловать в суде необоснованность применения мер принуждения. Полагаем, что эти изменения будут способствовать усилению судебного контроля за деятельностью органов уголовного преследования и обеспечивать надлежащую судебную защиту прав и законных интересов граждан, содержащихся под стражей.

К сожалению, почти не применяются на практике такие новые и прогрессивные меры пресечения, как залог и домашний арест, которые должны были стать альтернативами заключению под стражу. Так, в 2005 г. залог был применен в отношении 33 лиц[50]. К такому положению привел чрезвычайно высокий его размер – не менее 500 базовых величин, который не в состоянии внести большинство подозреваемых и обвиняемых. В связи с этим в 2007 г. парламентом был принят закон о снижении размера залога до 100 базовых величин, однако это не повлияло на частоту его использования.

Домашний арест был применен в 2005 г. к 548 лицам, а личное поручительство – к 239 лицам[51], что вместе с залогом составляет менее 1 % всех обвиняемых и подозреваемых. Спустя несколько лет эти цифры не изменились. Так, домашний арест был применен в 2006 г. – к 402 лицам, в 2007 г. – к 320 лицам, в 2008 г. – к 349 лицам. Наиболее распространенными мерами пресечения в Беларуси по-прежнему являются подписка о невыезде и надлежащем поведении и заключение под стражу.

Подтверждают этот вывод и статистические данные. Так, в 2008 г. в г. Минске органами уголовного преследования было заключено под стражу в качестве меры пресечения 2770 лиц. В этом же году личное поручительство было применено к 52 лицам, залог – к 4 лицам, а домашний арест – лишь к 1

---

[50] Информационный бюллетень Прокуратуры Республики Беларусь. 2006. – № 34. – С. 175-186.
[51] Там же.

лицу. Таким образом, имеющиеся в УПК альтернативы заключению под стражу остаются невостребованными органами, ведущими уголовный процесс.

Не действуют в Республике Беларусь также ни специальные суды по делам о преступлениях несовершеннолетних, ни судьи, прошедшие специальную подготовку по данной категории дел, что предусмотрено ст. 430 УПК. Хотя нормативная база для их создания в белорусском законодательстве давно существует и первые шаги в этом направлении уже сделаны. Имеется в виду ст. 1 Закона «О судоустройстве и статусе судей в Республике Беларусь» 1995 г., где было установлено, что в системе общих судов допускается образование специализированных коллегий и судов по делам несовершеннолетних. Такая же норма содержится и в ст. 28 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей. Кроме того, группой ученых и практиков, в состав которой входила и автор настоящей статьи, разработан проект Концепции ювенальной юстиции Республики Беларусь, где предусматривается создание целостной системы специализированных органов правосудия в отношении несовершеннолетних с комплексной юрисдикцией[52].

Документом, подтверждающим специальную подготовку судьи для рассмотрения дел о преступлениях несовершеннолетних, по нашему мнению, должно являться свидетельство о соответствующем обучении в Институте переподготовки и повышения квалификации судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета. В программу обучения должны входить международные нормы в области защиты прав ребенка, действующее законодательство Республики Беларусь, регулирующее правовой статус несовершеннолетних, основы возрастной психологии и педагогики. При отсутствии указанного документа судья не вправе рассматривать по первой инстанции дела о преступлениях несовершеннолетних, поскольку в соответствии с п. 1 ч. 1 ст. 77 УПК будет является ненадлежащим судьей.

В 2001 – 2005 гг. в указанном Институте уже прошли специальную подготовку по делам несовершеннолетних несколько групп судей районных (городских) судов. Но еще рано говорить о том, что в каждом таком суде имеется специальный судья по делам несовершеннолетних и его компетенция строго соблюдается, т.е. он не рассматривает другие уголовные и гражданские дела.

Кроме профессионального судьи в состав коллегии, рассматривающей уголовные дела о преступлениях несовершеннолетних, входят также два народных заседателя (п. 2 ч. 3 ст. 32 УПК). Однако последние никакой специальной подготовкой по указанной категории дел не обладают. В связи с этим требования УПК, предъявляемые к составу суда по делам несовершеннолетних, на практике не выполняются.

В тоже время отдельные рекомендации, содержащиеся в постановлении Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28 июня 2002 года № 3 "О

---

[52] Перспективы создания ювенальной юстиции в Республике Беларусь: Сб.ст. и материалов. – Минск: Тесей, 2004. – С. 186-233.

судебной практике по делам о преступлениях несовершеннолетних" даже опережают действующее уголовно-процессуальное законодательство. Речь идет об обязательном участии защитника в производстве следственных действий, проводимых с несовершеннолетним подозреваемым или обвиняемым (ч. 3 п. 5). УПК в п. 4 ч. 1 ст. 48 не содержит такой категорической формулировки. Несмотря на это, указанные рекомендации Верховного Суда Республики Беларусь в практике органов уголовного преследования выполняются. В названном постановлении также регламентируется порядок участия в судебном разбирательстве законных представителей несовершеннолетнего обвиняемого, педагога и психолога; особенности назначения психологической и психолого-психиатрической экспертизы при наличии сомнений в умственном развитии несовершеннолетнего.

Пленумом Верховного Суда обращается особое внимание на то, что результаты следственных действий, проведенных с участием несовершеннолетнего обвиняемого или подозреваемого, но в отсутствии его защитника, педагога или психолога, признаются недопустимыми доказательствами и не могут быть положены в основу обвинения и приговора (п. 8 и 11).

Ликвидация дополнительного расследования, для производства которого можно было ранее возвратить уголовное дело из судебного заседания первой, кассационной и надзорной инстанций и которое подвергалось справедливой критике учеными и практиками, также пока не дала желаемого результата. Несмотря на низкий уровень предварительного расследования, который по-прежнему сохраняется по многим уголовным делам и выявляется в кассационном и надзорном производстве, число оправдательных приговоров после введения в действие нового УПК, не выросло, а, напротив, с каждым годом уменьшалось: с 389 человек - в 2001 г. до 170 человек - в 2005 г[53]. Это значит, что суды первой инстанции далеко не всегда подвергают результаты предварительного расследования тщательной и всесторонней проверке и оценке, не используют возможности судебного разбирательства для восполнения пробелов в доказывании и вопреки презумпции невиновности толкуют возникшие сомнения не в пользу обвиняемого. Вышеизложенное порождает у многих практических работников и ученых вполне объяснимую ностальгию по дополнительному расследованию и предложения о возврате этого института в УПК.

Такая тревожная тенденция уйдет в прошлое только тогда, когда законные и обоснованные оправдательные приговоры перестанут рассматриваться как чрезвычайное событие в правоохранительной системе, а займут свое достойное место в уголовном судопроизводстве как показатель сильной и независимой судебной власти.

Этому должно способствовать и постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28 сентября 2006 года № 8 «О практике

---

[53] Калинкович, В.Л., Дулько, Л.Д. О практике постановления судами оправдательных приговоров // Судовы веснік, 2006. – № 4. – С. 10.

вынесения судами оправдательных приговоров». В нем подчеркивается, что постановление законных и обоснованных оправдательных приговоров является важным средством судебной защиты граждан от неосновательного уголовного преследования (п. 1), разъясняются особенности применения различных оснований оправдания (п. 2-6) и их изложения в приговоре (п. 7-12), порядок и пределы обжалования и опротестования оправдательного приговора в кассационном и надзорном порядке (п. 14-16). Следует отметить, что в 2008 г. оправдательные приговоры были вынесены в отношении 191 человека, а в 2009 г. – 187 человек.

Дальнейшее совершенствование уголовно-процессуального законодательства Республики Беларусь должно быть направлено на усиление гарантий прав граждан на судебную защиту, доступ к правосудию и повышение эффективности уголовного судопроизводства. Этому должно способствовать появление в УПК таких демократических и прогрессивных норм и институтов, которые ранее были им необоснованно отвергнуты, но успешно функционируют во многих странах. Девятилетний опыт работы нового УПК показал ошибочность такого решения и необходимость их существования для успешного осуществления правосудия.

Речь идет, прежде всего, об апелляционном производстве, которое должно заменить традиционную кассационную процедуру с многочисленными повторными судебными процессами и существующий неэффективный и трудно доступный для граждан судебный надзор. Соответствующий законопроект разработан Верховным Судом Республики Беларусь и прошел широкое обсуждение на научно-практических конференциях и страницах юридической печати[54]. Полагаю, что в настоящее время Республика Беларусь обладает всеми необходимыми возможностями для введения указанного процессуального института, который позволит гражданам в полной мере осуществить свое право на справедливое судебное разбирательство дела вышестоящим судом.

А пока апелляционное производство еще не создано следует усиливать роль кассационной инстанции в проверке законности и обоснованности приговоров. Именно на это направлено постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 27 сентября 2007 года № 12 "О практике применения судами норм уголовно-процессуального кодекса, регулирующих кассационное производство". В нем обращается внимание на необходимость своевременного выявления и полного исправления допущенных судебных ошибок в ходе кассационного производства, на недопустимость перенесения решения вопроса об отмене или изменении незаконных и необоснованных приговоров в надзорное производство (п. 24). В названном постановлении уточняется круг субъектов кассационного обжалования и опротестования (п. 2) разъясняются условия и порядок подачи кассационных жалоб и протестов (п. 4), их отзыва (п. 6), конкретизируются основания к отмене и изменению приговора (п. 12-16), рассматриваются особенности их изложения в

[54] Введение апелляционного производства: за и против // Юстиция Беларуси, 2004. – № 8.; Зайцева, Л.Л. Опыт судебных реформ нуждается в изучении // Юстиция Беларуси, 2005. – № 4. – С. 21-24.

определении кассационной инстанции (п. 22), раскрываются пределы полномочий последней (п. 17-20).

Отсутствие предварительного слушания уголовного дела сегодня также негативно сказывается на процессе осуществления правосудия в Беларуси. Судья не может возвратить уголовное дело прокурору для устранения препятствий его рассмотрения судом в случае, если постановление о привлечении в качестве обвиняемого составлено с нарушением требований закона, что исключает возможность постановления приговора. Нередко обнаруживаются и иные нарушения, которые не могут быть исправлены судом и препятствуют судебному разбирательству. Предварительное слушание, которое можно будет провести в стадии назначения и подготовки судебного разбирательства, позволит суду решить вопрос о допустимости представленных доказательств и своевременно возвратить дело прокурору для устранения выявленных нарушений закона.

Неплохо было бы вернуться, уже в XXI веке, к обсуждению вопроса о составе суде первой инстанции. Вряд ли можно утверждать, что суд с участием народных заседателей в том виде, в котором он достался нам от советского прошлого, является наиболее эффективной формой участия народа в правосудии. Ни для кого не секрет, что при рассмотрении уголовных дел по первой инстанции правосудие уже давно фактически осуществляется профессиональным судьей единолично. Об этом говорит и тот факт, что народные заседатели за судебные ошибки никогда никакой ответственности не несли. Тем не менее, повысить эффективность этого института вполне возможно, опираясь на опыт европейских стран (Германии, Франции, Италии и др.), где успешно действуют суды «шеффенов», «ассизов», то есть суды с расширенной коллегией народных представителей.

Потребности практики вызвали внесение очередных изменений и дополнений в УПК. Так, в 2006 г. Кодекс был дополнен главой 49 «Производство по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц». В ней регулируется порядок возбуждения уголовного дела, привлечения в качестве подозреваемого и обвиняемого, применения задержания, мер пресечения и иных мер процессуального принуждения, производства отдельных следственных действий в отношении депутатов, судей, прокурорских работников и некоторых других категорий лиц (ч. 1 ст. 468^1 УПК).

Ранее совершение указанных действий в отношении перечисленных лиц регламентировалось не в УПК, а в других нормативных правовых актах. В частности, в ст. 65 Закона "О судоустройстве и статусе судей в Республике Беларусь", ст. 87 Кодекса Республики Беларусь о судоустройстве и статусе судей, ст. 44 Закона "О прокуратуре Республики Беларусь", ст. 37 Закона "О статусе депутата местного Совета депутатов Республики Беларусь". Такое положение противоречило требованиям ст. 1 УПК, согласно которой УПК должен являться единственным нормативно-правовым актом, устанавливающим порядок производства по материалам и уголовному делу, а также создавало трудности для органов уголовного преследования при

принятии процессуальных решений в отношении указанных категорий лиц. Поэтому появление в УПК главы 49 было обусловлено стремлением сосредоточить все правовые нормы, так или иначе регулирующие уголовно-процессуальную деятельность, в одном законе.

В 2007 г. в УПК был введен новый раздел XV, регулирующий порядок оказания международной правовой помощи по уголовным делам на основе принципа взаимности. Необходимость его появления обусловлена тем, что в ранее действовавших статьях 469-473 УПК не раскрывалась процедура осуществления такой помощи, а лишь содержались ссылки на международные договоры Республики Беларусь, в которых указанные вопросы также подробно не излагались. Отсутствие надлежащей законодательной регламентации существенно затрудняло процессуальное взаимодействие правоохранительных органов Республики Беларусь с аналогичными органами других государств в сфере борьбы с преступностью.

Раздел XV состоит из 7 глав и 50 статей и представляет собой самостоятельный правовой институт, который регулирует основания и условия оказания международной правовой помощи по уголовным делам; основания для отказа и отсрочки в ее оказании; требования к просьбе органа, ведущего уголовный процесс, документам и материалам, прилагаемым к ней; компетенцию Генеральной Прокуратуры и Верховного Суда Республики Беларусь по оказанию международной правовой помощи; порядок исполнения просьбы органа иностранного государства; права и обязанности лица, задержанного либо заключенного под стражу на основании решения об исполнении просьбы иностранного государства; обжалование решений и действий, связанных с оказанием международной правовой помощи, и другие положения.

В условиях экономического кризиса актуальным стал вопрос о возмещении расходов, которые понесло государство при осуществлении уголовного преследования. Поэтому в 2009 г. были внесены дополнения в ч. 2 ст. 163 УПК, позволяющие взыскать некоторые виды процессуальных издержек не только с осужденных, но и с обвиняемых или подозреваемых в случае освобождения их от уголовной ответственности или прекращения предварительного расследования по уголовному делу по нереабилитирующим основаниям.

Законом Республики Беларусь от 4 января 2010 года № 107-З, который внес изменения и дополнения в УПК, были существенно расширены процессуальные полномочия руководителей республиканских органов дознания – Министра внутренних дел, Председателя КГБ, директора Департамента финансовых расследований Комитета государственного контроля и лиц, исполняющих их обязанности.

Указанные лица получили право независимо от подследственности, определенной ст. 182 УПК, возбуждать уголовное дело о любом преступлении, предусмотренном статьей Особенной части УК, и передавать его для производства предварительного расследования возглавляемому ими органу уголовного преследования (ч. 5^1 ст. 38, ч. 8^2 ст. 182 УПК). В результате

прокуратура утратила исключительную компетенцию по расследованию уголовных дел о коррупции. Так, согласно ч. 8^1 ст. 182 УПК предварительное следствие по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных ст.ст. 424-433 и 455 УК, независимо от должности, занимаемой подозреваемым (обвиняемым), производится тем органом, который возбудил уголовное дело.

Названным законом был расширен круг субъектов, которые наряду с прокурором разрешают производство следственных и процессуальных действий, ограничивающих права и свободы личности. Теперь вышеперечисленные руководители республиканских органов дознания при производстве расследования возглавляемым ими органом вправе выносить постановления, которые не требуют санкции прокурора, о применении меры пресечения в виде заключения под стражу, производстве обыска, осмотра жилища, наложении ареста на имущество и других процессуальных действий, перечисленных в ч. 5^1 ст. 38 УПК. Копия соответствующего постановления в течение 24 часов направляется Генеральному прокурору Республики Беларусь.

Согласно ст. 147^1 УПК на постановления указанных лиц может быть подан протест Генеральным прокурором или лицом, исполняющим его обязанности, либо жалоба участниками уголовного процесса и иными лицами, перечисленными в ст. 138 УПК. Жалобы и протесты о применении меры пресечения или производстве процессуальных действий подаются в суд по месту предварительного расследования уголовного дела и подлежат рассмотрению в течение трех суток со дня поступления. Подача жалобы (протеста) не приостанавливает исполнения постановлений указанных лиц.

По итогам рассмотрения жалобы (протеста) судья выносит одно из следующих постановлений: а) об отмене меры пресечения и освобождении лица из-под стражи; б) об отмене постановления о производстве процессуальных действий либо мере пресечения, не связанной с содержанием под стражей; в) об оставлении жалобы (протеста) без удовлетворения (ч. 3 ст. 147^1 УПК).

Полагаем, что целесообразность и эффективность произведенных реформ в целях усиления борьбы с преступностью покажет время. Однако не следует забывать, что международно-правовые стандарты требуют иного решения вопроса о субъектах санкционирования ареста. Согласно ч. 3 ст. 9 Международного пакта о гражданских и политических правах и ч. 3 ст. 5 Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод только суд вправе решить вопрос о заключении лица под стражу и продлении его срока.

Думается, что еще в 1999 г. при принятии УПК необходимо было предусмотреть судебный порядок получения санкции на применение меры пресечения, связанной с содержанием под стражей. Это позволило бы избежать противоречия между новым белорусским УПК и общепризнанными нормами авторитетных международно-правовых актов[55].

---

[55] Зайцева, Л.Л. О реализации норм Европейской Конвенции в новом УПК Республики Беларусь // Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь, 2002. – № 3. – С. 72-77.

Таким образом, девятилетний опыт применения УПК свидетельствует, что практика является не только одним из факторов, влияющих на совершенствование национального законодательства, но и лучшим критерием эффективности новых уголовно-процессуальных норм и институтов.

Существенную помощь в приведении отдельных положений уголовно-процессуального закона в соответствие с нормами Конституции Республики Беларусь и международно-правовыми стандартами оказывают решения и заключения Конституционного Суда. В частности, решение от 13 декабря 1999 года «О некоторых вопросах обеспечения гражданам конституционного права на получение юридической помощи в уголовном процессе», решение от 3 апреля 2001 года «О праве граждан на обращение в суд по вопросам, возникающим в связи с осуществлением уголовно-процессуальных отношений», решение от 15 июля 2002 года «Об обеспечении конституционного права осужденных к лишению свободы на судебное обжалование примененных к ним мер взыскания», решение от 3 ноября 2003 года «О гарантиях обвиняемому при прекращении предварительного расследования в связи с истечением сроков давности».

Подводя итог вышеизложенному можно с уверенностью констатировать, что за девять лет своей работы новый УПК Республики Беларусь в целом оправдал ожидания и надежды общества. Не смотря на имеющиеся в нем недостатки и трудности в реализации отдельных положений, новый Кодекс показал, что уголовно-процессуальное законодательство Республики Беларусь развивается в русле современной цивилизации.

Однако, чтобы и впредь продвигаться по этому нелегкому пути, необходима целенаправленная, взвешенная и последовательная государственная политика, труд и терпение всех работников правоохранительной сферы. Дальнейшее реформирование уголовно-процессуального законодательства должно осуществляться только после тщательного и всестороннего обсуждения и быть направлено на его совершенствование и приближение к общепризнанным международным стандартам, а не на ликвидацию тех демократических институтов, которыми наше государство вправе гордиться.

ОПЫТ ДЕСЯТИЛЕТНЕГО ПРИМЕНЕНИЯ ТРУДОВОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ И ПЕРСПЕКТИВЫ ЕГО СОВЕРШЕНСТВОВАНИЯ

К.Л. Томашевский
доцент кафедры гражданского процесса и трудового права БГУ, кандидат юридических наук, доцент

Для белорусской правовой системы, «унаследовавшей» многие свои черты от советской правовой семьи, характерно кодифицированное законодательство. Не является исключением и отрасль трудового права, сформировавшаяся окончательно к началу XX века.

Ныне действующий Трудовой кодекс Республики Беларусь от 26.07.1999 г., вступивший в силу с 01.01.2000 г. (далее – ТК), является пятым по счету кодексом о труде, из числа действовавших на территории Беларуси, и третьим собственным кодексом. Напомним, что на территории белорусского государства до принятия вышеуказанного кодекса применялись КЗоТы РСФСР 1918 и 1922 гг., КоТ БССР 1929 г., КЗоТ БССР 1972 г. В 2009 году ТК Беларуси исполнилось 10 лет со дня принятия.

Напомним, что за 10-летний период с момента принятия ТК в него восемь раз вносились изменения и дополнения: в среднем почти по одному закону за год. Такая частота корректировок норм кодифицированного закона, призванного обеспечивать стабильность отрасли трудового права и регулирование наиболее важных трудовых и связанных с ними общественных отношений, носит негативный характер. Динамика развивающихся общественных отношений должна обеспечиваться за счет корректировок текущего некодифицированного законодательства.

С точки зрения анализа динамики совершенствования ТК кратко остановимся на наиболее значительной его реформе 2007 года и двух последних законах, внесших изменения и дополнения в 2009 году.

Реформа ТК Беларуси 2007 года

Значительная реформа ТК Беларуси связана с подготовкой и принятием Закона Республики Беларусь от 20.07.2007 № 272-З «О внесении изменений и дополнений в Трудовой кодекс Республики Беларусь» (далее – законопроект или Закон от 20.07.2007 № 272-З).

Его разработка была запланирована уже в 2000 году и активно началась с 2001 года. Первоначальный вариант законопроекта, предполагавшего корректировку 2/3 статьей ТК Беларуси, в начале 2003 года вносился Правительством в Парламент, но в июне 2003 г. был исключен из повестки дня Палаты представителей и снят с рассмотрения Парламентом. Активная доработка законопроекта рабочей группой началась после совещания у Президента Республики Беларусь, прошедшего 13 января 2005 г. Во второй

половине 2006 г. законопроект получил одобрение в Администрации Президента Республики Беларусь, Национальном центре законопроектной деятельности при Президенте Республики Беларусь и повторно внесен Правительством в Палату представителей Национального Собрания Республики Беларусь. Законопроект был принят Палатой представителей в первом чтении 04.05.2007, успешно прошел второе чтение 25.06.2007, был одобрен Советом Республики 29.06.2007 и был подписан Президентом Республики Беларусь 20.07.2007. Данный закон вступил в силу 26.01.2008.

В итоге почти семилетний процесс разработки законопроекта завершился принятием Закона от 20.07.2007 № 272-З. Для сравнения российским коллегам для разработки Федерального Закона от 30.06.2006 № 90-ФЗ, вносящего большие изменения и дополнения в ТК РФ, понадобилось около двух лет. Новеллы, внесенные Законом от 20.07.2007 № 272-З в ТК Беларуси, носят глобальный характер. Об этом свидетельствует тот факт, что Законом от 20.07.2007 № 272-З предусмотрен 141 пункт изменений и дополнений в ТК; им корректируется либо исключается более 2/3 статей данного кодекса[56]. Некоторые главы были полностью исключены из кодекса (например, гл. 30, 38), другие – изложены практически в новой редакции (15, 39), третьи – изменены концептуально (например, гл. 12 о трудовых и социальных отпусках). Оценка данной реформы как глобальной давалась в публикациях ряда белорусских ученых-трудовиков как на стадии разработки законопроекта[57], так и после принятия данного закона[58].

Изменения в ТК 2009 года

Негативная тенденция, связанная с частой корректировкой ТК, ярко проявилась в 2009 году, когда были приняты сразу два закона, вносящиеся определенные изменения и дополнения в кодекс:

Закон Республики Беларусь от 06.01.2009 № 6-З «О внесении дополнений и изменений в некоторые законы Республики Беларусь по вопросам государственного социального страхования и занятости населения» (далее – Закон № 6-З);

Закон Республики Беларусь 12.05.2009 № 19-З «О внесении изменений и дополнений в некоторые законы Республики Беларусь по вопросам социальной защиты граждан, пострадавших от катастрофы на Чернобыльской АЭС, других радиационных аварий» (далее – Закон № 19-З).

Закон № 6-З внес корректировки в ТК в части процедуры предупреждения государственной службы занятости при массовых высвобождениях, а также терминологические изменения. По существу законодатель ослабил гарантии прав работников при массовых

---

[56] См. подробнее: Комментарий новелл Трудового кодекса Республики Беларусь / Василевич Г.А. и [др.] / под общ. ред. О.С. Курылевой и К.Л. Томашевского. – Минск: Агенство Владимира Гревцова, 2007.

[57] См. например: Войтик А.А., Курылева О.С., Томашевский К.Л. Проблемы совершенствования Трудового кодекса Республики Беларусь: в ожидании глобальной реформы // Российский ежегодник трудового права. – 2006. – № 2. – С. 640-656.

[58] Войтик, А.А. Новая редакция Трудового кодекса Республики Беларусь: изменения и дополнения // Кадровая служба. – 2008. – № 9. – С. 4-8.

высвобождениях, поскольку при сокращениях, не отвечающих критериям массовых высвобождений, теперь не требуется письменно предупреждать службу занятости. Полагаем, что в условиях глобального финансово-экономического кризиса законодателю следовало не ослаблять, а усиливать гарантии прав работников как более слабой стороны трудовых отношений.

Закон № 19-З затронул девять статей ТК. Редакционно скорректирована часть вторая ст. 45 и часть первая ст. 325 ТК. Законодатель отказался от термина «предпочтение» в пользу «преимущественное право», устранив терминологическую коллизию, существовавшую между ст. 45 и 325 ТК, а также уточнив категории работников, обладающих преимущественным правом на оставление на работе: заболевшим и перенесшим лучевую болезнь, вызванную последствиями катастрофы на Чернобыльской АЭС или принимавших участие в ликвидации этих последствий.

В новой редакции изложены ст. 326 и 328 ТК, предусматривающие особенности предоставления трудовых и социальных отпусков, а также трудоустройства и расторжения трудового договора работниками в связи с последствиями катастрофы на Чернобыльской АЭС.

Концептуальные недостатки ТК Беларуси

ТК Беларуси представляет собой кодифицированный закон, призванный обеспечивать полное и системное регулирование трудовых и связанных с ними иных общественных отношений. Исключение составляют отношения в области занятости населения и отношения, определяющие правовой статус профсоюзов, урегулированные в отдельных законах, что является отступлением от идеи полной кодификации трудового законодательства. Трудовым кодексом также не регулируются общественные отношения, определяющие правовое положение объединений нанимателей и трудовых коллективов, что является пробелом в действующем национальном законодательстве Беларуси, поскольку данные группы отношений комплексно ни в одном белорусском законе не урегулированы. В этой связи можно согласиться с мнением В.И. Кривого, что разработчикам ТК не в полной мере удалось реализовать идею создания кодекса прямого действия[59]. Особенно эта «негативная тенденция» проявилась в ходе последней значительной реформы ТК в 2007 году, когда многие нормы прямого действия были заменены отсылками к подзаконным нормативным правовым актам (например, порядок индексации заработной платы, категории работников, которым основные отпуска предоставляются продолжительностью больше 24 календарных дней), а также были исключены целые главы из Кодекса (например, гл. 38 об ответственности нанимателей за ущерб, причиненный жизни и здоровью работника при исполнении трудовых обязанностей)[60].

---

[59] Кривой, В.И. От улучшений стало только хуже // Белорусский рынок. – 1999. – № 30. – С. 19.

[60] См. подробнее: Комментарий новелл Трудового кодекса Республики Беларусь / Василевич Г.А. [и др.] / под общ. ред. О.С. Курылевой и К.Л. Томашевского. – Минск: Агентство Владимира Гревцова, 2007. – С. 576

Трудовой кодекс призван играть роль своего рода «трудовой конституции» Беларуси, определять направление развития всего трудового законодательства. К сожалению, текущая нормотворческая практика (в особенности параллельное с ТК существование законодательства о контрактах, входящего с ним в противоречия, неограниченно расширившего использование таких срочных трудовых договоров как контракты, и тем самым существенно снизившего защитную функцию данной отрасли) во многом расходится с этим важным теоретическим выводом.

Согласно части шестой ст. 10 Закона Республики Беларусь от 10.01.2000 № 369-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» Трудовой кодекс имеет большую юридическую силу по отношению к другим законам. Расширительное и систематическое толкование ст. 10 данного Закона и ст.ст. 85, 101, 137 Конституции Республики Беларусь позволяет сделать вывод о том, что **Трудовой кодекс имеет большую юридическую силу по отношению и к другим нормативным правовым актам, имеющим силу закона** (декретам Президента Республики Беларусь), **обязательную силу** (указы Республики Беларусь), а равно к **актам, носящим подзаконный характер** (постановления Совета Министров Республики Беларусь, акты высших судебных органов, постановления Министерства труда и социальной защиты Республики Беларусь и другим). Этот вывод крайне важен для разрешения иерархических коллизий между ТК и другими актами законодательства.

Приходится констатировать, что в ТК Беларуси не отражена коллизионная норма о приоритете ТК по отношению к другим законам и иным нормативным правовым актам. Для сравнения, в ТК РФ такие нормы имеются (ч.ч. 3 – 5 ст. 5) и обеспечивают верховенство данного кодекса в вопросах регулирования трудовых и тесно связанных с ними отношений[61]. В п. 3 ст. 12 проекта ТК Украины также планируется допустить принятие отдельных законов лишь в соответствии с ТК Украины, хотя данная норма сформулирована менее четко, чем в ТК РФ. Подобная норма, к которой следовало бы вновь обратиться белорусскому законодателю, может выступить юридическим барьером на пути «размывания» ТК Беларуси в результате подмены его норм другими законодательными и подзаконными актами, а также исключения из него целых глав (как это произошло с гл. 38).

Из анализа ходе последних корректировок ТК напрашивается вывод о том, что не текущее законодательство приводится в соответствие с ТК, его нормами и принципами, а, наоборот, идет процесс «подгонки» норм ТК по отношению к нормативным правовым актам, принимаемых различными государственными органами и должностными лицами, уступающими по юридической силе ТК. В этой связи существующая нормотворческая практика, полагаем, нуждается в коренном пересмотре, а источники права (в том числе и

[61] Томашевский К.Л., Гудель В.В. Новеллы Трудового кодекса Российской Федерации (источники правового регулирования и изменение трудового договора) // Юстиция Беларуси. – 2006. – № 11. – С. 47-50.

трудового) в выстраивании в стройную иерархию с ее закреплением на законодательном уровне.

Полагаем, что ***исходя из юридической силы (приоритета) и принадлежности к национальной или международной правовой системе,*** все источники трудового права Беларуси можно классифицировать, выстроив в следующую систему:

№	*Национальные источники трудового права*	*Международные источники трудового права*
1		Международные документы, отражающие общепризнанные принципы международного права (в том числе трудового)
2	Конституция Республики Беларусь	
3		Конвенции МОТ и другие международные договоры, ратифицированные Законами Республики Беларусь или Указами Президиума Верховного Совета СССР и БССР
4	Заключения Конституционного Суда Республики Беларусь	
5	Трудовой кодекс	
6	Законы и временные декреты Президента Республики Беларусь	
7		Межгосударственные договоры, подлежащие утверждению или к которым оформлено присоединение указом Президента Республики Беларусь
8	Указы Президента Республики Беларусь	
9		Межправительственные договоры, заключенные Советом Министров Республики Беларусь
10	Генеральное соглашение	
11	Постановления Советом Министров Республики Беларусь	
12		Межведомственные договоры, заключенные Министерством труда и социальной защиты населения Республики Беларусь

13	Нормативные постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь	
14	Тарифные соглашения	
15	Постановления Министерства труда и социальной защиты населения Республики Беларусь	
16	Местные соглашения	
17	Решения местных исполнительных и распорядительных органов и органов местного самоуправления	
18	Коллективные договоры	
19	Локальные нормативные правовые акты	

Обоснование вышеуказанной иерархии источников трудового права (их соподчиненности или приоритета по отношению друг к другу) приводилось в последней нашей монографии[62], но считаем, перспективным отражение развернутой системы источников регулирования трудовых и связанных с ними отношений не только на доктринальном уровне, но и в законодательстве (например, в новой редакции ст. 7 ТК).

В перспективе необходимо закрепить в ТК и статью, закрепляющую механизм разрешения коллизий между нормами трудового права, в особенности, содержащимися в различных нормативных правовых актах, равной либо различный юридической силы. В частности, можно предложить дополнить ТК Беларуси следующей статьей:

«Статья 7-1. Коллизионные нормы трудового права

При противоречии настоящего Кодекса общепризнанному принципу международного права, Конституции или международному договору, ратифицированному Республикой Беларусь, применяется общепризнанный принцип международного права, норма Конституции Республики Беларусь и (или) ратифицированного Республикой Беларусь международного договора.

Если при рассмотрении конкретного дела суд придет к выводу о несоответствии акта законодательства о труде общепризнанным принципам международного права, Конституции или ратифицированному Республикой Беларусь международному договору, он принимает решение в соответствии с источником более высокой юридической силы, а в отношении несоответствия нормы законодательства Конституции ставит в установленном порядке вопрос о признании данного нормативного акта неконституционным.

[62] Томашевский, К.Л. Очерки трудового права. История, философия, проблемы систем и источников. – Минск: Изд. центр БГУ, 2009. – 335 с.

В случае противоречий между настоящим Кодексом и иными актами законодательства о труде (кроме Конституции) применяется настоящий Кодекс.

Специальная норма трудового права, принятая в пределах компетенции соответствующего государственного органа (должностного лица), при применении имеет приоритет перед общей нормой трудового права.

Источники трудового права более низкой юридической силы должны соответствовать источникам трудового права, имеющим большую юридическую силу, но могут улучшать правовое положение работника.

В случае противоречия источников трудового права равной юридической силы применяется правило, содержащее более льготные условия для работников. Если более льготное правило определить невозможно, то применяется источник трудового права принятый позднее».

Полагаем, реализация данных предложений позволит более эффективно разрешать и преодолевать различные виды юридических коллизий (темпоральных, иерархических, содержательных, смешанных) с учетом специфики отрасли трудового права.

В заключение обратим внимание на необходимость более тщательного изучения проблем общей части трудового права и осторожного, взвешенного совершенствования «Общих положений» Трудового кодекса, а при последующем реформировании законодательства о труде строгого следования со стороны законодателя и других нормотворческих органов принципам, функциям и задачам (исходным положениям) данной отрасли и научно обоснованным рекомендациям ученых-юристов.

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛ ОБ АДМИНИСТРАТИВНЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЯХ

А.Л. Тетюхин
судья Верховного суда
Республики Беларусь

Вступившие в силу с 1 марта 2007 года КоАП и ПИКоАП дали реальные возможности защиты человека, его прав и свобод, законных интересов, прав юридических лиц, окружающей среды, установленного порядка осуществления государственной власти, общественного порядка, а также защиты установленного правопорядка от административных правонарушений.

Осуществление правосудия по административным делам занимает значительное место в деятельности судов общей юрисдикции. Наряду с непосредственным рассмотрением дел об административных правонарушениях наиболее актуальных и значимых категорий, суды выполняют важную функцию судебного контроля (по жалобам граждан, юридических лиц и протестам прокуроров) за законностью рассмотрения административных дел иными органами и должностными лицами.

В целом результаты работы как судов, так и других государственных органов, вовлеченных в административный процесс, были ожидаемыми и вполне характерными для перехода на новую законодательную базу.

Суды республики в целом справились с поставленными перед ними задачами по переходу на новое административное законодательство. Для того, чтобы это произошло максимально безболезненно, Верховным Судом велась длительная, системная работа по разъяснению положений новых кодексов. Во всех регионах были проведены занятия по применению нового законодательства, подготовлены два сборника ответов на вопросы судов.

В судах областного звена была введена специализация судей по вопросам применения административного блока, что позволило своевременно выявлять проблемные вопросы в деятельности судов и оперативного направлять судебную практику.

Введение КоАП и ПИКоАП в действие повлекло расширение судебной юрисдикции и увеличение объема административного правосудия. В компетенцию общих судов сейчас входит рассмотрение дел по 272 (ранее их было около 90) составам административных правонарушений, что составляет примерно 65 % от общей административной ответственности, установленной КоАП 2003 года.

Административный процесс приобрел достаточно четкую и, что главное, единую для всех органов и должностных лиц регламентацию. Строгое соблюдение нормативных предписаний ПИКоАП позволяет в оптимально короткий срок установить обстоятельства правонарушения, обеспечить соблюдение и судебную защиту прав и законных интересов всех участников административного процесса.

Принципиально важным является и то, что в настоящее время административный процесс должен осуществляться на основе соблюдения принципа презумпции невиновности лица, в отношении которого он ведется (ст. 2.7 ПИКоАП).

В ч. 4 ст. 2.3 ПИКоАП нашли свое отражение положения ст. 27 Конституции Республики Беларусь, и закреплено, что никто не должен принуждаться к даче объяснений против самого себя, членов своей семьи, близких родственников. Орган, ведущий административный процесс, и суд обязаны разъяснять это людям.

Обязанность доказывать виновность такого лица возлагается на должностное лицо органа, ведущего административный процесс, а само лицо не обязано доказывать свою невиновность. Сомнения в обоснованности выводов о виновности лица, в отношении которого ведется административный процесс, толкуются в его пользу.

Важное значение имеет закрепленное в Кодексе право физического лица, в отношении которого ведется административный процесс, на защиту. Это право осуществляется как лично, так и с помощью защитника. При этом суд, должностное лицо органа, ведущего административный процесс, обязаны разъяснять физическому лицу предоставленные ему права и принимать меры к тому, чтобы оно имело фактическую возможность использовать все

установленные Кодексом средства и способы для своей защиты. Нарушение этого права является основанием для отмены постановления о наложении взыскания.

Законодатель не предусмотрел возможности назначения защитника органом, ведущим административный процесс, или судом. Защитником физического лица может быть только адвокат. Поскольку физическое лицо – индивидуальный предприниматель участвует в административном процессе все-таки как субъект хозяйствования, он вправе иметь не защитника, а представителя. Юридическое лицо, привлекаемое к ответственности, реализует свои права и выполняет обязанности через представителя.

Эффективность административного правосудия в значительной степени зависит от качества подготовки дел об административных правонарушениях.

Тем не менее, адаптация к работе в соответствии с подходами, определенными новым Кодексом, проходит порой непросто, в том числе и в государственных органах, ведущих административный процесс.

Изучение судебной практики показывает, что органами, ведущими административный процесс, допускается большое количество ошибок при оформлении дел об административных правонарушениях, оценке доказательств, собранных в ходе подготовки дел об административных правонарушениях, что влечет обоснованное прекращение производства по делам в судах.

В 2008 году районными судами было прекращено 28 162 дела, что от общего количества рассмотренных составляет 8,8 %. Причем за отсутствием состава, события, за истечением сроков наложения взыскания прекращено 14 044 дела.

В 2008 году судами рассмотрено 389 070 дел об административных правонарушениях (2007 году – 302 581), что на 28,6 % больше по отношению к прошлому году.

Рост произошел в основном за счет увеличения рассмотрения дел об административных правонарушениях: по ст. 9.1 КоАП – умышленное причинение телесных повреждений – на 3 817 дел; ст. 9.3 КоАП – оскорбление – на 6 703 дела; ст. 10.5 КоАП – мелкое хищение имущества – на 11 041 дело; ст. 17.1 КоАП – мелкое хулиганство – на 57 931 дело; ст. 17.3 КоАП – распитие алкогольных напитков в общественных местах – на 31 966 дел; ст. 18.16 КоАП – управление транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения – на 10 712 дел.

Основными составами, по которым суды рассматривают дела, являются: мелкое хулиганство – 156 724 (85 319 в 2007 году); распитие спиртных напитков в общественных местах – 49 674 (26 661); управление транспортным средством лицом, находящимся в состоянии алкогольного опьянения – 48 841 (38 129); мелкое хищение имущества – 7 861 (16 820); умышленное причинение телесных повреждений – 15 766 дел (11 949).

По этим составам административных правонарушений судами было рассмотрено 298 866 дел, что составляет 76,8 % от общего числа рассмотренных.

К сожалению, применение новых норм неизбежно привело к ошибкам, допускаемым судами при рассмотрении дел об административных правонарушениях.

Одним из важных условий правильного и своевременного рассмотрения дела в суде является его подготовка судьей к рассмотрению, которая регламентируется ст. 11.1 ПИКоАП.

Однако суды в некоторых случаях игнорируют эту норму закона, не выясняют обстоятельств, исключающих административный процесс, что приводит в дальнейшем к прекращению производства по делу в судебном заседании, а все необходимые дополнительные материалы требуются уже при рассмотрении дела. Не решается вопрос о необходимости вызова свидетелей, и, как правило, они вызываются в суд в ходе разбирательства только по ходатайству лиц, участвующих в рассмотрении дела. Это ведет к неоднократным отложениям дел слушанием и обоснованным жалобам граждан.

В нарушение ст. 10.2 ПИКоАП в административных протоколах зачастую не указывается место или время совершения правонарушения, не раскрывается фабула совершенного правонарушения, отсутствует доказательственная база, протоколы составляются неправомочными лицами. Однако судьи не в полной мере используют возможности возврата дел для исправления недостатков, предоставленные ст. 11.3 ПИКоАП.

Основной причиной отмен постановлений судов является неполнота исследования собранных по делу доказательств, их неправильная, а порой поверхностная оценка.

Процессуально-исполнительный кодекс об административных правонарушениях содержит требования к проверке и оценке доказательств, закрепленные в ст. ст. 6.13 и 6.14. Вместе с тем, при рассмотрении дел об административных правонарушениях судами требования этих норм в некоторых случаях игнорируются.

В постановлениях судей не приводится анализ доказательств, подтверждающих или опровергающих обстоятельства дела, они не сопоставляются с другими доказательствами, имеющимися в деле. Оценки доказательств с точки зрения относимости, допустимости, достоверности также не проводится.

Судьями судов областного звена по этим основаниям с последующим направлением дел на новое рассмотрение отменено 683 постановления районных судов, что составляет 49 % от всех отмененных постановлений районных судов.

Постановлением судьи Лепельского районного суда Пацей признан виновным в том, что 15 августа 2008 года в мини-кафе ЧТУП «Белпромторгком» в г. Лепеле, директором которого он работал, производилась незаконная реализация 10 бутылок вина «Вермут янтарный» и 22 бутылок вина «Ураджайная» без нанесения на потребительскую тару (упаковку) специальной маркировки (штампа) предприятия. Постановлением судьи Витебского суда от 17 сентября 2008 года постановление судьи оставлено без изменения.

Судом правильно установлено, что в кафе производилась реализация вина без нанесения на потребительскую тару специальной маркировки (штампа) предприятия. Однако указанное требование связано с правилами торговли спиртными напитками в объектах общественного питания, а не с подтверждением соответствия требованиям технических нормативных актов в области технического нормирования и стандартизации реализуемых спиртных напитков, и административная ответственность за данное административное правонарушение предусмотрена п. п. 2.16 Декрета Президента Республики Беларусь N 11, а не п. п. 2.10 указанного Декрета.

Судьями допускаются ошибки в определении субъекта административного правонарушения.

Постановлением суда Московского района г. Минска от 24 марта 2008 года Зубенко – бармен пиццерии – признана виновной в розничной торговле спиртными напитками без нанесения на потребительскую тару маркировки штампа продавца. Декретом Президента Республики Беларусь N 11 предусмотрена ответственность только в отношении должностных лиц, которым Зубенко, согласно должностных обязанностей бармена, не является.

При рассмотрении дела об административном правонарушении участие физического лица, в отношении которого ведется административный процесс, и иных лиц, указанных в ст. 11.4 ПИКоАП, является обязательным. Однако судьи во многих случаях не выясняют причины неявки в суд указанных лиц и рассматривают дело по существу, что в дальнейшем ведет к многочисленным отменам постановлений, так как судьями фактически не исследуются доказательства по делу и существенно нарушаются права и законные интересы лиц, привлекаемых к административной ответственности.

Судьей суда Центрального района г. Минска было рассмотрено дело об административном правонарушении в отношении Сидоровича по ч. 1 ст. 12.16 КоАП, и наложено административное взыскание в отсутствие последнего. Проведенной проверкой было установлено, что материалы дела исследованы поверхностно и в дальнейшем производство по делу было прекращено.

Одной из распространенных ошибок, повлекшей необоснованное привлечение граждан к административной ответственности, остается несоблюдение судами сроков наложения административных взысканий, предусмотренных ст. 7.6 КоАП, как при первом, так и при последующих рассмотрениях после их отмены в областном суде.

Так, постановлением судьи суда Московского района г. Минска от 14 июля 2008 года на Гром наложено административное взыскание по ст. 17.1 КоАП за совершение мелкого хулиганства 8 апреля 2008 года. Постановлением судьи Минского городского суда от 15 августа 2008 года постановление судьи оставлено без изменения. За данное правонарушение Гром впервые была привлечена к административной ответственности по постановлению судьи от 16 мая 2008 года, которое было отменено постановлением судьи Минского городского суда от 20 июня 2008 года. Трехмесячный срок наложения административного взыскания истек 8 июля 2008 года.

Постановлением судьи Октябрьского района г. Могилева от 21 ноября 2007 года на Матвиенко наложено административное взыскание по ст. 9.1 КоАП. Из материалов дела усматривается, что правонарушение им было совершено 13 сентября 2007 года. Однако это нарушение оставлено без внимания судьей Могилевского областного суда, который своим постановлением от 18 декабря 2007 года оставил постановление судьи без изменения.

Основная часть подобных ошибок является следствием невнимательного применения положений ст. 7.6 КоАП, которая в целом достаточно детально регламентирует сроки наложения взысканий за правонарушения различных категорий. В то же время она объективно нуждается в усовершенствовании.

В частности, возникают сложности при применении ч. 2 данной статьи. Прекращение производства по делу об административном правонарушении судом первой инстанции сегодня не пресекает течения сроков наложения административного взыскания. Если впоследствии оказывается, что дело прекращено необоснованно, в большинстве случаев отмена незаконного постановления лишена смысла и не может привести к восстановлению справедливости, поскольку сроки наложения взыскания на виновное лицо неумолимо истекают.

Принципиально новым для судов стал институт административной ответственности юридических лиц. При его применении также не удалось избежать нарушений Кодекса и неточностей.

Так, постановлением суда Смолевичского района на ООО «Р.-И.» на основании п. п. 2.9 п. 2 Декрета Президента Республики Беларусь от 9 сентября 2005 года № 11 наложено взыскание в виде штрафа в размере 1 000 базовых величин с конфискацией 13 184,6 литра этилового спирта, перемещавшегося по территории Республики Беларусь по товарно-транспортной накладной неустановленного образца. Проверяя законность и обоснованность постановления, Минский областной суд не учел, что санкцией указанного Декрета взыскание накладывается на должностных лиц юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, а не на юридическое лицо.

В Общей части КоАП получили достаточно детальную и четкую регламентацию все вопросы, связанные с определением вины лица в совершенном правонарушении, формами соучастия, правилами наложения различных видов административных взысканий, обстоятельствами, подлежащими учету при наложении взыскания. Большинство диспозиций норм Особенной части КоАП также сформулированы достаточно конкретно и не вызывают трудностей в применении. Тем не менее, на практике имеют место ошибки в достаточно очевидных ситуациях.

По одному из дел к административной ответственности по ст. 9.1 КоАП был привлечен гражданин, который, раскладывая диван, по неосторожности причинил легкие телесные повреждения своему малолетнему сыну. Должностное лицо органа внутренних дел, составившее протокол, а затем и суд не учли, что состав правонарушения, предусмотренного ст. 9.1 КоАП, характеризуется только умышленной формой вины.

Такие факты свидетельствуют о том, что формальный подход к ведению административного процесса, исследованию события административного правонарушения пока не изжит, причем как в судах, так и в других органах, ведущих административный процесс.

По постановлению и.о. заместителя начальника таможни «Минск-2» от 30 мая 2007 года, оставленному без изменения постановлением заместителя председателя ГТК от 21 июня 2007 года, на основании п. п. 1.6 п. 1 Указа Президента Республики Беларусь от 30 июня 2006 года N 419 «О дополнительных мерах но регулированию налоговых отношений» УП «Т-р» подвергнуто административной ответственности за неуплату в установленный срок таможенных платежей. Указанные постановления были отменены Председателем Верховного Суда, и дело прекращено в связи с отсутствием в деянии состава правонарушения. Предприятие «Т-р» уплатило причитающиеся таможенные платежи в установленный срок на транзитный счет, открытый для таможни Минск-2, что на полноту и своевременность поступления платежей в республиканский бюджет (на единый казначейский счет Минфина Республики Беларусь) не повлияло.

Судами допускаются ошибки при определении признаков состава мелкого хулиганства (ст. 17.1 КоАП), умышленного причинения легкого телесного повреждения (ст. 9.1 КоАП), клеветы (ст. 9.2 КоАП) и другим.

Отмена постановлений по делам данных категорий была вызвана в основном неполнотой исследования обстоятельств дела, а также ненадлежащим знанием материального закона.

Орешкина обратилась в Молодеченский МРО «Энергосбыт» с заявлением о проверке законности использования супругами Юши электрического котла, которым отапливается их дом. Постановлением судьи на нее было наложено административное взыскание за распространение ложной информации в отношении Юши. Вместе с тем, из материалов дела усматривается, что она не преследовала цель оклеветать соседей и не распространяла позорящую потерпевших информацию. Постановлением Председателя Верховного Суда постановление судьи отменено, производство по делу прекращено за отсутствием в действиях Орешкиной состава административного правонарушения.

В соответствии со ст. 4.5 КоАП некоторые деяния, содержащие признаки административных правонарушений, влекут административную ответственность лишь при наличии выраженного в установленном порядке требования о привлечении к административной ответственности.

Постановлением судьи Минского района Данейко привлечена к административной ответственности по ст. 9.2 КоАП за клевету в отношении Иванько. Однако в материалах дела не имелось заявления Иванько о привлечении Данейко к административной ответственности за клевету. Однако органом, ведущим административный процесс, в нарушение требований закона был составлен административный протокол, а судом необоснованно наложено административное взыскание.

Вместе с тем, в соответствии со ст. 8.4 КоАП физическое лицо, совершившее административное правонарушение, влекущее административную ответственность, по требованию потерпевшего освобождается от административной ответственности, если оно примирилось с потерпевшим. Это обязательное требование закона в некоторых случаях не выполняется.

Судья Сморгонского района 22 мая 2008 года рассмотрел дело об административном правонарушении по ст. 10.9 КоАП в отношении Климец, которая повредила имущество Шелехова на сумму 62 000 рублей. В судебном заседании потерпевший просил прекратить производство по делу за примирением сторон. Однако судья не освободил Шелехова от административной ответственности в связи с примирением сторон и наложил административное взыскание.

Глава 8 КоАП содержит ряд оснований для освобождения от административной ответственности, в том числе и при малозначительности правонарушения.

Судами редко применяется эта норма, однако и при ее применении допускаются ошибки. В одних случаях при довольно спорных ситуациях суды необоснованно освобождают лиц, совершивших административные правонарушения, от ответственности, а когда имеется такая возможность – не используют ее.

Постановлением судьи Полоцкого района и г. Полоцка от 14 ноября 2007 года явно необоснованно прекращены производством административные дела в отношении Трубий и Леонова по п. п. 1.1.2 Указа Президента Республики Беларусь № 581 «Об усилении ответственности за нарушение правил ведения рыболовного и охотничьего хозяйства, рыболовства и охоты», которые 23 ноября 2007 года находились в пяти метрах от береговой линии с запрещенным орудием рыболовства – сетью длиной 76 метров. Свое решение суд фактически не мотивировал.

В то же время постановлением суда Витебского района от 9 октября 2007 года к административной ответственности по ч. 1 ст. 10.5 КоАП привлечена Кузьмина, которая в силу тяжелого материального положения похитила с убранного картофельного поля остатки урожая в количестве 54 кг.

Постановлением суда Октябрьского района г. Гродно на Доньини Джакомо наложено административное взыскание в виде штрафа в размере 20 базовых величин с конфискацией товара на общую сумму 20 рублей.

Из материалов дела усматривается, что он являлся представителем Итальянского фонда «Поможем им жить». Указанный фонд в течение 2006-2007 года оказал безвозмездную помощь Пореченской вспомогательной школе-интернату на сумму 127 247 евро и 3 036 443 рубля. Однако в режиме временного ввоза не были возвращены 5 пар рабочих перчаток и баллончик со смазкой против ржавчины общей стоимостью 20 рублей, за что и было наложено административное взыскание по ч. 1 ст. 14.1 КоАП.

Только после обращения данных лиц в Верховный Суд они были освобождены от административной ответственности по малозначительности деяния, а производство по делам прекращено.

Эффективность административного правосудия во многом определяется правильным выбором мер административной ответственности.

Положительной тенденцией является то, что в 2008 году увеличилось количество привлеченных к штрафу физических и юридических лиц – 296 105 или 85,8 % (в 2007 году 82,9 %). Незначительно сократился удельный вес административно арестованных – 47 426 лиц или 13,7 %, а в 2007 году 41,7 тыс. лиц или 15,5 %.

Однако до сих пор судьи не в полной мере выполняют требования ч. 2 ст. 7.1 КоАП о том, что при наложении административного взыскания на физическое лицо учитывается характер совершенного правонарушения, обстоятельства его совершения и личность физического лица, степень его вины, характер и размер причиненного им вреда, имущественное положение. Не всегда учитываются как смягчающие, так и отягчающие ответственность обстоятельства, предусмотренные ст. ст. 7.2 и 7.3 КоАП.

Проведенное Верховным Судом изучение работы судов Гродненской области по применению законодательства, регулирующего вопросы незаконной добычи рыбы или других водных животных, а также незаконной охоты, показало, что судьями по этой значимой категории дел назначается, как правило, наказание в минимальных размерах санкций, установленных законом.

Яремчик был задержан на берегу реки с рыболовными сетями в количестве 780 штук. За это нарушение постановлением судьи Гродненского района на него наложено взыскание в виде штрафа в размере всего лишь 10 базовых величин.

Увеличение количества рассмотренных судами республики в 2008 году дел об административных правонарушениях повлекло рост жалоб и увеличение нагрузки на судей областных судов.

Так, если в 2007 году было обжаловано и опротестовано 2 710 постановлений, то в прошлом году 4 194 судебных решения.

Больше всего жалоб и протестов поступило в Минский городской суд, которым рассмотрено 863 дела против 566 в 2007 году, Витебским областным судом рассмотрено на 187 дел больше, Брестским – на 160, Гомельским – на 128, Гродненским – на 198, Минским – на 242, Могилевским – на 96 дел.

Обращает на себя внимание тот факт, что в областных судах прекращаются дела об административных правонарушениях ввиду истечения срока наложения административного взыскания. Всего прекращено по этим основаниям по республике 87 дел. В Минском городском суде из 300 отмененных постановлений почти каждое пятое дело об административном правонарушении прекращается по этому основанию (отменено 57 постановлений).

В областных судах незначительно увеличилось количество жалоб на постановления иных органов. Было рассмотрено 250 жалоб против 193 в 2007 году. Утверждаемость этих постановлений в среднем составляет 76,4 %.

Судьями областных судов порой допускаются ошибки при рассмотрении жалоб на постановления нижестоящих судов.

В 2008 году Председателем Верховного Суда отменено или изменено 12 (2007 год – 8) постановлений по делам об административных правонарушениях, которые прошли проверку в областных судах, с оставлением в силе постановлений районных судов, что свидетельствует о необходимости повышения качества рассмотрения дел в судах второй инстанции.

Порой судьями областных судов принимаются решения, которые не основаны на требованиях закона.

Так, постановлением суда Лепельского района от 9 апреля 2008 года на ИСКУП «Лепельское управление капитального строительства» наложено административное взыскание за завышение объема строительно-монтажных работ, выполненных за счет средств местного бюджета.

Постановлением судьи Витебского областного суда постановление отменено, производство по делу прекращено за отсутствием в деянии состава административного правонарушения, так как, по мнению судьи, управление капитального строительства не получало бюджетных денег и не является субъектом правонарушения.

Однако в соответствии с ч. 1 ст. 21.7 КоАП ответственность за завышение объема и стоимости выполненных строительно-монтажных работ несет как подрядчик, так и заказчик.

Указанная организация являлась заказчиком объекта и осуществляла надзор за качеством строительных работ, поэтому являлась субъектом административного правонарушения.

Постановлением Председателя Верховного Суда Республики Беларусь от 30 июля 2008 года постановление судьи областного суда отменено, постановление районного суда оставлено в силе.

Порой судьи областного суда не правомерно пытаются дать переоценку собранным по делу доказательствам, и это влечет принятие ими необоснованных решений.

Постановлением судьи суда Ганцевичского района на Макрецкую наложено административное взыскание в виде штрафа с лишением права управления транспортными средствами за то, что она управляла автомашиной в состоянии алкогольного опьянения. В обоснование виновности суд привел показания Макрецкой, которая не отрицала, что употребляла шампанское. Свидетели Круневич и Боричевская показали, что по внешнему виду можно было определить, что Макрецкая употребляла спиртные напитки. Согласно медицинскому освидетельствованию у нее установлено алкогольное опьянение. Однако судья Брестского областного суда, отменяя постановление, счел необходимым еще раз проверить достоверность показаний свидетелей, расширить их круг, что не вызывалось необходимостью.

Лица, привлеченные к административной ответственности, редко обращаются в областные суды для решения вопроса о восстановлении срока на подачу жалобы. Вместе с тем, при рассмотрении таких жалоб в областных судах имеются случаи формального, а в некоторых случаях просто

бюрократического подхода к их разрешению, что лишает граждан права на судебную проверку законности постановленных в отношении них судебных решений в вышестоящих судах.

В 2008 году судьями областных судов было рассмотрено 350 таких жалоб. При этом было удовлетворено 189 жалоб и отказано в восстановлении срока по 161 жалобе.

По протестам и жалобам Председателем Верховного Суда отменено 8 постановлений судей областных судов об отказе в восстановлении срока на обжалование постановления судьи.

Так, постановлением судьи Минского городского суда Раку отказано в восстановлении сроков на обжалование постановления суда Московского района г. Минска. Вместе с тем, дело об административном правонарушении было рассмотрено в его отсутствие, повестка вручена не была. Достоверных данных о вручении ему копии постановления в материалах дела не имеется. С жалобой в суд он обратился через непродолжительное время после вынесения постановления.

В 2008 году в Верховный Суд на постановления по делам об административных правонарушениях поступило 1 698 жалоб, что на 373 больше, чем в 2007 году. Основную массу составляют жалобы на постановления о наложении административных взысканий за правонарушения против безопасности движения – 476, из них 402 по ст. 18.16 КоАП, против здоровья, чести и достоинства человека. – 305, против порядка таможенного регулирования – 191 жалоба. Всего по протестам и жалобам Председателем Верховного Суда было отменено 317 постановлений судов (в 2007 году 179 постановлений, а в 2006 году 110 постановлений).

По проверенным Верховным Судом делам об административных правонарушениях отменено 34,9 % постановлений (в 2007 году – 27,5 %). Это произошло в основном за счет удовлетворенных протестов Генеральной прокуратуры.

Следует отметить, что из общего количества принесенных Генеральной прокуратурой протестов 37 были связаны с наличием по данному факту уголовного дела, 33 – с привлечением к административной ответственности не того лица, что составляет половину от отмененных судебных постановлений. Остальные протесты приносились в связи с отсутствием состава или события правонарушения, недоказанностью виновности, истечением сроков наложения административного взыскания, малозначительностью совершенного административного правонарушения.

Изучение практики рассмотрения дел об административных правонарушениях свидетельствует о том, что судьями судов республики при рассмотрении дел об административных правонарушениях в основном соблюдаются требования КоАП 2003 года и ПИКоАП 2006 года, выполняются поставленные 25 марта 2008 года Президентом Республики Беларусь задачи по качественному и своевременному рассмотрению дел, искоренению случаев формализма и волокиты, неукоснительному соблюдению требований Директивы Президента Республики Беларусь № 2.

Раздел 2. *Уголовный закон и судебная практика*

СПЕЦИАЛЬНЫЕ УСЛОВИЯ ЗАКРЕПЛЕНИЯ УГОЛОВНОЙ ПРОТИВОПРАВНОСТИ БЕЗДЕЙСТВИЯ

Р.Н. Ключко
заведующая кафедрой уголовного права и криминологии Гродненского государственного университета имени Янки Купалы, кандидат юридических наук, доцент

Бездействие является одной из форм деяния, выступающего в качестве обязательного структурного элемента преступления и основного признака объективной стороны состава преступления. Без внешне объективированного поступка человека в реальной действительности нет и преступления. Указанное положение нашло законодательное закрепление в ст. 11 УК Республики Беларусь, определяющей понятие преступления. Таким образом, действие либо бездействие образует как элемент социального основания уголовной ответственности, что находит отражение в ст. 10 УК «Преступление как основание уголовной ответственности», так и входит в юридическое основание уголовной ответственности, в качестве которого традиционно понимается состав преступления. Н.А. Бабий называет общественно опасное деяние фактическим, а состав преступления и противоправность деяния юридическим основанием уголовной ответственности, отмечая далее, что понятие преступления отражает социально-правовую сущность деяния, а значение состава видит в том, что он является формально-правовым основанием для привлечения виновного к уголовной ответственности[1]; А.И. Бойко совершенно справедливо утверждает, что именно в преступлении, то есть деянии в форме действия или бездействия, кроется главное, социальное основание покарания[2]; по утверждению Э.А. Саркисовой, основанием уголовной ответственности следует считать совершение общественно опасного деяния, содержащего признаки состава преступления, предусмотренного уголовным законом[3]; деяние как фактическое основание уголовной ответственности определял и А.А. Тер-Акопов, классифицируя в целом эти основания на фактические и правовые[4]. Для признания конкретного акта бездействия преступным следует

---

[1] Бабий, Н.А. Уголовное право Республики Беларусь. Общая часть: учеб. пособие / Н.А. Бабий. – Минск: ГИУСТ БГУ, 2006. – С. 43, 53.
[2] Бойко, А.И. Преступное бездействие / А.И. Бойко – СПб: Юридический Центр Пресс, 2003. – С. 23.
[3] Саркисова, Э.А. Уголовное право. Общая часть: Учеб. пособие / Э.А. Саркисова. – Минск: Тесей, 2005. – С. 100, 339.
[4] Тер-Акопов, А.А. Бездействие как форма преступного поведения / А.А. Тер-Акопов – М.:Юрид.лит., 1980. – С. 3-4.

определить, что оно являлось общественно опасным, виновным актом поведения человека во внешнем мире, запрещенным уголовным законом под угрозой наказания. Установление уголовно-правового запрета на тот либо иной акт бездействия путем закрепления его наиболее типичных признаков, образующих конкретный состав преступного бездействия, должно осуществляться с учетом принципов его криминализации.

Проблема определения оснований уголовно-правового запрета являлась предметом целого ряда исследований[5], поэтому останавливаться на анализе разработанных уголовно-правовой наукой общих оснований уголовно-правового запрета не станем. Позволим себе вести речь об особых условиях криминализации бездействия, выступающих в качестве дополнительных (наряду с общими) или как их еще можно назвать специальных условий его уголовной противоправности. Однако сначала проанализируем, как же определяется бездействие, требующее уголовно-правового преследования, в уголовно-правовой доктрине.

В отечественной уголовно-правовой доктрине бездействие как форма деяния, выступающего в качестве признака объективной стороны состава преступления, именуется «преступным», «уголовно-правовым», «общественно-опасным». Так, Н.А. Бабий под *преступным бездействием* (выделено автором – *Р.К.*) понимает несовершение требуемого, далее указывая, что это несовершение лицом определенного действия, которое лицо должно было и могло совершить[6]. Следовательно, автор презюмирует при определении бездействия наличие всех признаков преступления, не указывая их в определении, делая акцент лишь на пассивной форме поведения, основанной на долженствовании и возможности совершения, как указывает автор, *определенного* активного действия.

И.О. Грунтов *уголовно-правовое бездействие* определяет как общественно опасное, *осознанное*, *волевое* поведение субъекта, выражающееся в несовершении тех действий, которые лицо обязано было и могло совершить в *данных конкретных условиях*, вследствие чего *был причинен вред* общественным отношениям, охраняемым уголовным законом[7]. Представляется, что как уголовно-правовое следует понимать бездействие, предусмотренное (следовательно, запрещенное) нормами уголовного права, из чего можно было бы предположить, что автор ведет речь об условиях признания бездействия актом уголовно-противоправного деяния. Однако при этом И.О. Грунтов, в

---

[5] Дагель, П.С. Условия установления уголовной наказуемости / П.С. Дагель // Правоведение. – 1975. – № 4. – С. 68-74; Коробеев, А.И. Советская уголовно-правовая политика: проблемы криминализации и пенализации / А.И. Коробеев – Владивосток, 1987. – 268 с; Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.М. Яковлева. – М.: Наука, 1982. – 303 с; Плаксина, Т.А Основания уголовно-правовых норм, уголовно-правового запрета, криминализации: понятие и соотношение / Т.А. Плаксина // Государство и право. – 2006. – № 5. – С. 41-47; Филимонов, В.Д. Криминологические основы уголовного права / В.Д. Филимонов – Томск, 1981. – 214 с; Фефелов, П.А. Критерии установления уголовной наказуемости деяний / П.А. Фефелов // Советское государство и право. 1970. – № 11. – С. 101-103.

[6] Бабий, Н.А. Уголовное право Республики Беларусь. Общая часть: учеб. пособие / Н.А. Бабий. – Мн.: ГИУСТ БГУ, 2006. – С. 67-68.

[7] Грунтов, И.О. Объективная сторона преступления: гл.6 / И.О. Грунтов // Уголовное право. Общая часть: Учебник / Н.А. Бабий, А.В. Барков, И.О. Грунтов [и др.]; Под ред. В.М. Хомича. – Мн.: Тесей, 2002. – С. 104.

отличие от Н.А. Бабия, делает акцент на обязанности и возможности у лица совершения активных действий в *данных конкретных условиях* и, таким образом, подразумевает их как условия привлечения лица к уголовной ответственности за конкретный акт бездействия. Автор также указывает в качестве обязательного признака бездействия причинение вреда охраняемым уголовным законом общественным отношениям, не отражая в определении возможность опасности (угрозу) причинения такого вреда. В рамках постановки проблемы, позволим себе отметить, что указанный автором признак бездействия, характеризующий его общественную опасность, следует учитывать при определении критериев уголовно-правового преследования за бездействие и целесообразности такового без реального причинения вреда, но во всех ли без исключения случаях? Действующий уголовный закон дает отрицательный ответ на этот вопрос, который все же требует обстоятельного изучения.

Э.А. Саркисова, определяя *общественно опасное бездействие*, указывает, что таковым признается *осознанное* и *волевое* пассивное поведение лица, выражающееся в несовершении тех действий, которые оно должно было совершить в силу определенных возложенных на него обязанностей[8]. Таким образом, автор совершенно справедливо делает акцент на основной социальной характеристике акта бездействия, порождающей постановку проблемы необходимости его уголовно-правового преследования при наличии долженствования и возможности совершения активных действий. Указывая на признак осознанности субъектом пассивной формы поведения, И.О. Грунтов и Э.А. Саркисова ограничивают возможность совершения бездействия как формы преступного деяния, влекущего наступление последствий, лишь с прямым, косвенным умыслом либо по легкомыслию в соответствии с ч. 3 ст. 23 УК. В тех же случаях, когда бездействие является признаком объективной стороны формального состава преступления, в соответствии с определением, данным авторами, с субъективной стороны оно может быть совершено лишь с прямым либо косвенным умыслом, что следует из анализа нормативных предписаний ч. 3 ст. 24 УК. Проблема характеристики субъективной стороны бездействия является достаточно сложной и требующей пристального внимания, так как ее разработка также будет способствовать определению общих условий (критериев) уголовной противоправности бездействия с учетом степени его общественной опасности.

Из анализа приведенных выше определений видны различные акценты, проставляемые авторами при характеристике бездействия как признака объективной стороны преступления, что свидетельствует об отсутствии в отечественной (да впрочем и не только в отечественной) уголовно-правовой доктрине единой концепции определения бездействия, а также условий признания его преступным. Таким образом, в уголовно-правовой науке бездействие чаще всего определяется как общественно опасное виновное

---

[8] Саркисова, Э.А. Уголовное право. Общая часть: Учеб. пособие / Э.А. Саркисова. – Минск: Тесей, 2005. – С. 134.

поведение лица, характеризующееся несовершением им таких действий, которые оно должно было и могло совершить. Причем в уголовно-правовой науке обязанность и возможность действовать трактуются, прежде всего, как условия привлечения лица к уголовной ответственности за бездействие, а не как критерии его криминализации, которые влияют на закрепление законодательных установлений, изначально очерчивающих круг преступных посягательств.

Конкретное бездействие является, прежде всего, актом поведения человека во внешнем мире, который, как и активное действие, должен наделяться целым рядом характеризующих для признания его преступлением признаков, являющихся в одинаковой степени необходимыми.

Бездействие представляет пассивный акт поведения человека, объективированный во внешнем мире через нарушение требуемой модели активного поведения, образующий социальное (фактическое) основание уголовной ответственности, при наличии признаков его общественной опасности, виновности и уголовной противоправности. Определяющей, безусловно, является социальная характеристика бездействия (как и действия) как общественно опасного деяния, выступающая в качестве его материального признака и обязательного условия для его криминализации. Причем степень общественной опасности бездействия неравнозначна степени общественной опасности преступления, совершаемого в форме равнозначного по иным признакам действия, и указанное обстоятельство следует учитывать при решении вопроса о целесообразности установления уголовно-правового запрета на бездействие. Определение общественной опасности той или иной формы проявления акта бездействия как его материального признака учитывается, прежде всего, законодателем при установлении уголовно-правового запрета. Тем не менее, и правоприменитель может сделать вывод об отсутствии признаков преступления вследствие признания конкретного деяния малозначительным, при толковании уголовного закона, содержащего оценочные признаки, при решении вопроса об утрате деянием общественной опасности вследствие изменения обстановки. Но такие права правоприменителя представляют собой исключение из общего правила определения общественной опасности законодателем. И решение вопроса об общественной опасности деяния в таких случаях должно осуществляться с учетом **конкретной обстановки** содеянного, а не с применением единого масштаба к определению достаточной для признания деяния преступлением общественной опасности. Поэтому вряд ли можно согласиться с В.Н.Кудрявцевым, который выделяет как вид уголовной противоправности условную противоправность, используемую, как он пишет, при конструировании составов преступлений, в которых непосредственно не говорится о признаках деяния, а указаны лишь признаки вредных последствий[9], считая, что в таких случаях «действие (бездействие) признается

[9] Такие составы были известны советскому уголовному законодательству, и имеются в действующем Уголовном кодексе Республики Беларусь, например, причинение смерти по неосторожности (ст. 144 УК).

противоправным лишь при условии его конкретной общественной опасности в момент совершения в отношении того объекта, который предусмотрен соответствующей уголовно-правовой нормой»[10]. Однако оставим в стороне проблему определения критериев социальной вредности тех или иных категорий деяний и вернемся к проблеме наличия либо отсутствия специальных условий для признания бездействия уголовно-противоправным, не распространяющихся на основания криминализации активных действий.

Итак, на основании анализа имеющихся в уголовно-правовой науке определений бездействия можно сделать вывод о том, что пассивный акт поведения становится уголовно-противоправным лишь при нарушении его субъектом должной модели поведения. Как отмечает А.И. Бойко, у активно действующего лица обязанности сводятся к воздержанию от нарушений чужих прав, а в случаях бездействия мы имеем дело с уклонением от позитивного обязывания[11]. Уголовная противоправность бездействия, кроме случаев предваряющего бездействие поставления в опасность, базируется на его противоправности, основанной на нарушении норм иной («неуголовной») отраслевой принадлежности, определяющих должную модель активного поведения. На это указывает В.Н. Кудрявцев, определяя в качестве одного из способов выражения уголовной противоправности действия (бездействия) в законе смешанную противоправность, под которой понимает «такие случаи, когда действие (почему-то автор забыл про бездействие – *Р.К.*) запрещается в уголовном порядке в связи с тем и постольку, поскольку оно признано противоправным нормами другой отрасли права»[12]. В частности он пишет: «Смешанная противоправность особенно характерна для преступного бездействия. В подавляющем большинстве случаев обязанность осуществлять те или иные действия вытекает из должностного положения лица или из его профессиональных обязанностей. Поэтому в случаях преступного бездействия необходимо точно устанавливать, каким нормативным актом были предусмотрены действия, которые следовало совершить *обвиняемому* (здесь и ниже курсив мой – *Р.К*), т.е. установить противоправность *допущенного* бездействия»[13]. Таким образом, уголовную противоправность автор трактует как распространение уголовно-правового запрета на конкретный случай бездействия, не говоря об основаниях криминализации бездействия.

Тем не менее, присутствующее во всех определениях конкретно объективированного вовне акта бездействия указание на должную модель поведения, требует рассмотрения проблемы признания концепции специального субъекта бездействия, закрепление которой должно найти отражение непосредственно в уголовном законе. Фактическое признание признаков специального субъекта бездействия следует и из положений более поздней работы В.Н. Кудрявцева, утверждающего, что уголовная ответственность за бездействие «*устанавливается* только при условии, что

---

[10] Кудрявцев, В.Н. Объективная сторона преступления / В.Н. Кудрявцев – М., 1960. – С. 125-130.
[11] Бойко, А.И. Преступное бездействие / А.И. Бойко – СПб: Юридический Центр Пресс, 2003. – С. 92-93.
[12] Кудрявцев, В.Н. Объективная сторона преступления / В.Н. Кудрявцев – М., 1960. – С. 120.
[13] Там же, с.123.

соответствующие лица были включены в ту систему, функционирование которой было нарушено»[14].

А.А. Тер-Акопов отмечает, что применительно к бездействию правовая урегулированность имеет гораздо большее значение, ибо она не только включает установление запрета бездействовать, не только нейтрализует способствующие условия, но и определяет программу поведения, вводя обязанность совершить то или иное действие[15]. Более близок, на наш взгляд, к истине А.И. Бойко, который считает, что при установлении уголовной ответственности за бездействие имеет место обычный уголовно-правовой запрет, расположенный в Особенной части УК. Обязывает не уголовный закон, а бланкетный нормативный акт либо должностная инструкция. Криминальный закон запрещает и преследует бездействие, а не предписывает действие. Обязывающий или предписывающий характер уголовно-правовых норм можно усматривать лишь в общепредупредительном плане, а не в акте индивидуальной процессуальной расправы (частнопревентивный аспект)[16].

Нельзя согласиться с П.А. Дубовцом, который считает, что одни уголовно-правовые нормы запрещают совершать определенные действия, а другие – обязывают лицо выполнять указанные действия, а несовершение таких действий влечет уголовную ответственность (например, неоказание помощи больному, ст. 161 УК)[17]. Методом уголовно-правового регулирования при установлении признаков составов преступлений является именно запрет, а не предписание. И для уголовно-правового регулирования первичен именно запрет. Уголовно-правовой запрет на бездействие должен обуславливаться предписанием совершения активных действий, закрепленным в иных источниках, либо предшествующим нарушению запрета активным поведением лица, создающем для него обязанность совершения в последующем действий по устранению созданной им же угрозы причинения существенного вреда охраняемым общественным отношениям. Уголовный закон, определяя признаки составов преступлений, запрещает, а не обязывает к совершению каких-либо действий. Об этом четко свидетельствует законодательное положение, в котором определятся понятие преступления: «Преступлением признается совершенное виновно общественно опасное деяние (действие или бездействие), характеризующееся признаками, предусмотренными настоящим Кодексом, и **запрещенное** им под угрозой наказания». Таким образом, УК устанавливает запрет на бездействие, тогда как нормативным источником происхождения обязанности совершения активных действий уголовный закон в подобных случаях признавать нельзя. Нормы уголовного закона закрепляют обязанность совершения активных действий лишь только для правоприменителя, который должен отреагировать на совершенное

---

[14] Кудрявцев, В.Н. Противоправное бездействие и причинная связь / В.Н. Кудрявцев // Советское государство и право. – 1967. – № 5. – С. 35.

[15] Тер-Акопов, А.А. Бездействие как форма преступного поведения / А.А. Тер-Акопов – М.:Юрид.лит., 1980. – С. 11.

[16] Бойко, А.И. Преступное бездействие / А.И. Бойко – СПб: Юридический Центр Пресс, 2003. – С. 100.

[17] Дубовец, П.А. Понятие преступления: Гл. 3 / П.А. Дубовец // Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.М. Хомича. Авторы: Н.А. Бабий, А.В. Барков, И.О. Грунтов и др.; – Минск: Тесей, 2002. – С. 62-63.

преступление в форме применения мер уголовно-правового воздействия либо отказа от их применения. Именно для регулирования деятельности правоприменителя используется метод предписания.

Уголовный закон запрещает бездействие, если оно, безусловно, характеризовалось общественной опасностью, которая выступает в качестве общего условия либо критерия (принципа) криминализации как действия, так и бездействия[18]. Однако совершенно справедливо было отмечено о разности условий уголовной противоправности действия и бездействия: «акт преступного действия имеет одни условия противоправности, бездействие – другие, специфичные только для этой формы преступного поведения»[19]. Г.В. Тимейко указывает: «О бездействии как о неисполнении служебных обязанностей, несовершении определенных действий, непринятии должных мер можно говорить лишь в том случае, если была необходимость сделать что-то полезное и предотвратить вредное»[20]. А раз была такая социальная необходимость совершения активных действий, до субъекта следует довести информацию о требуемой, с точки зрения обеспечения социальной безопасности, обязанности совершения четко определенных активных действий. Правовыми средствами обеспечения реализации активной модели поведения должны быть, в первую очередь стимулы. Применение ограничений прав субъекта в случае неисполнения возложенных на него обязанностей нравственно обоснованно лишь тогда, когда исчерпаны все возможные средства и способы обеспечения реализации требуемой от субъекта активной модели поведения позитивными способами. Для предотвращения общественно опасных пассивных форм поведения требуется информирование субъекта общественных отношений о необходимости активной модели поведения, которую он может реализовать с учетом его личностных качеств. Для реализации субъектом общественных отношений возможности активной модели поведения в организационном плане он должен иметь соответствующие навыки и способности, позволяющие исполнить возложенные на него обязанности. Принимая на себя определенные обязательства **действовать** (то есть совершить активные действия), о которых лицу **заведомо известно**, оно гарантирует позитивную модель поведения. Социальная необходимость активного поведения субъекта требует обеспечения позитивного обязывания. В случае отсутствия создания условий исполнения возложенных на лицо обязанностей, в том числе и посредством ознакомления с ними субъекта и принятия (акцептирования) их, возникает проблема допустимости требования от него реализации активной модели поведения, ограничивающей свободу его волеизъявления и необходимой для удовлетворения общественных интересов в ущерб интересам самоопределения (например, лицо с учетом особенностей своего характера не может взять на себя ответственность за жизнь и здоровье

---

[18] Основания уголовно-правового запрета (криминализация и декриминализация) / Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.М. Яковлева. – М.: Наука, 1982. – С. 215-218.

[19] Тимейко, Г.В. Общее учение об объективной стороне преступления / Г.В. Тимейко – Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского университета, 1977. – С. 23.

[20] Там же, с. 60.

людей, поэтому не выбирает профессию спасателя, врача). Наиболее сложной является проблема социальной оправданности и справедливости уголовно-правового преследования за неосторожные случаи бездеятельности, не связанные с возложением повышенной ответственности на бездействующего в последующем субъекта. Определение уголовной противоправности бездействия, базирующейся на концепции специального субъекта бездействия, означает разумное сочетание концепций tat justiz и person justiz.

Таким образом, акцептированная обязанность совершения активных действий является одним из обязательных условий криминализации бездействия, тогда как возможность их совершения в конкретной ситуации следует считать условием для привлечения лица к уголовной ответственности. Специальным условием установления уголовно-правового запрета на бездействие следует признавать **абстрактную** возможность исполнения субъектом возложенной на него обязанности. Под абстрактной возможностью следует понимать возможность как объективную реальность, выражающую наиболее общие тенденции развития событий, отдаленные предпосылки их будущего преобразования[21]. Абстрактной является возможность, не воплощенная в реальности, но реально прогнозируемая.

В уголовно-правовой науке решение проблемы определения уголовной противоправности бездействия зависит от разрешения вопроса об основаниях происхождения обязанности совершения активного действия. К источникам возникновения обязанности действовать, неисполнение которой признается преступным, в уголовно-правовой литературе традиционно относят закон или иной нормативный акт; выполняемую лицом профессию или занятие им определенной должности; приказ, распоряжение, решение суда и другие волевые акты; договор, в силу которого на лицо возлагаются определенные обязанности[22]. В качестве таковых также назывались предшествовавшая деятельность субъекта[23], личные отношения, под которыми отдельные понимали родственные, семейные отношения[24], и даже нравственные нормы и правила поведения[25]. Достаточно обстоятельно разработавший в советской уголовно-правовой науке проблему оснований ответственности за бездействие А.А. Тер-Акопов в качестве единственного источника обязанности совершить действие определял нормативный акт, указывая, что правовыми нормами предусмотрены также и служебные и профессиональные обязанности, а также предшествовавшая деятельность, при которой обязанность действовать

---

[21] Керимов, Д.А. Категория действительности и возможности в праве/ Д.А. Керимов // Советское государство и право. – 1968. – № 8. – С. 15; Тимейко, Г.В. Общее учение об объективной стороне преступления / Г.В. Тимейко – Ростов-на-Дону: Изд-во Ростовского университета, 1977. – С. 85.

[22] Саркисова, Э.А. Уголовное право. Общая часть: Учеб. пособие / Э.А. Саркисова. – Минск: Тесей, 2005. – С. 134-135.

[23] Грунтов, И.О. Объективная сторона преступления: Гл.6 / И.О. Грунтов // Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.М. Хомича. Авторы: Н.А. Бабий, А.В. Барков, И.О. Грунтов и др. – Минск: Тесей, 2002. – С. 104.

[24] Шаргородский, М.Д. Вопросы Общей части уголовного права (законодательство и судебная практика) / М.Д. Шаргородский – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1955. – С. 28.

[25] Мельникова, В.Е. Объективная сторона преступления: Гл. VII / В.Е. Мельникова // Уголовное право Российской Федерации (Общая часть): Учебник для юрид. вузов / Отв. Ред. Б.В. Здравомыслов. – М.: Юристъ, 1996. – С. 136.

вытекает из определенных правовых, в том числе и уголовно-правовых, норм. При этом его позиция обоснована тем, что «если не признавать нормативного источника, непонятно, что порождает обязанность действовать для субъекта, не ставящего объект в опасное состояние своим поведением (например, проходящий по берегу гражданин обязан спасти тонущего человека)»[26]. В данном случае автор указанных строк подменяет причину следствием, ведь уголовно-правовой запрет является следствием неисполнения обязанности, а не причиной ее порождения. Именно возможное неисполнение обязанности должно выступать в качестве условия (критерия) установления уголовно-правового запрета на бездействие. Указывая, что «бездействие есть воздержание от обязательного действия, т.е. действия, предписываемого нормами, и потому оно является в известной мере категорией нормативной», автор невольно базирует признаки преступного бездействия лишь на формальном критерии определения преступления без учета материального. Из этого следует вывод о том, что при решении вопроса о преступности бездействия следует учитывать наличие уголовно-правового запрета на его совершение. Тем самым автор замыкает проблему саму в себе, так и не определяя четко критерии криминализации бездействия. Далее А.А. Тер-Акопов совершенно последовательно соглашается с мнением В.И. Курляндского и М.П. Карпушина о том, что нормы уголовного права могут устанавливать такие требования, которые не закреплены в иных актах[27].

Уголовно-правовому запрету на бездействие должна предпосылаться обязанность лица на совершение активных действий, направленных на предотвращение угрозы причинения вреда поставленным под охрану уголовного закона общественным отношениям. Такая обязанность, как было указано выше, акцептированная субъектом, порождается (1) его правовым статусом, определенным нормами иных отраслей права, либо (2) предшествующим поведением субъекта, создающем источник опасности причинения вреда наиболее важным общественным отношениям.

В первом случае речь идет о неисполнении обязанности на совершение определенных действий при осуществлении профессиональной (служебной) деятельности, обязанности, возложенной на лицо в установленном правовом порядке, которая может вытекать из его предшествующей деятельности и о наличии которой он предупреждается в установленном порядке либо иным образом осведомлен. Указанные обстоятельства позволяют утверждать об индивидуальном акцептировании такой обязанности. Лицо акцептирует такую обязанность в соответствии с выполняемыми им социальными функциями (напр., занятие должности предполагает выполнение определенных служебных обязанностей; осуществление определенной работы связано с выполнением профессиональных обязанностей; функции сиделки предполагают обязанности ухода за больным человеком). При этом субъект акцептирует обязанности, которые он способен исполнить и осознает как общественную опасность

[26] Тер-Акопов, А.А. Бездействие как форма преступного поведения / А.А. Тер-Акопов – М.:Юрид.лит., 1980. – С. 65,66.
[27] Там же, с. 10.

неисполнения такой обязанности, так и возможность привлечения к ответственности за их неисполнение, что позволит избежать объективного вменения и проблем с установлением признаков субъективной стороны. «Предупреждение» субъекта об ответственности посредством возложения на него обязанностей направлено на создание стимулов к активной модели поведения при осознании угрозы ограничений в случае игнорирования необходимости совершения активных действий.

За неисполнение подобных обязанностей фактически устанавливается уголовная ответственность статьями 137 (ч. 1), 159 (ч. 2), 160, 161, 162, 165, 174, 175, 176, 199, 204, 220, 225, 230, 231, 232, 237, 242, 243, 244, 267, 268, 300, 307, 308, 402, 411, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 421, 422, 423, 425, 428, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 445, 446, 447, 455 УК Республики Беларусь. Уголовно-правовой запрет на нарушение специальных правил, который возможен как в форме активных действий, так и бездействия, закрепляется в статьях 164, 264, 265, 271, 273, 278, 279, 280, 283, 284, 298, 299, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 314, 315, 316, 317, 317-1, 318, 319, 320, 321, 325, 326, 330, 334, 336, 355, 371-2, 372, 450, 451, 452, 453, 454, 463, 464, 465 УК. Лишь в трех статьях Особенной части УК – 137, 425, 455 – законодатель использует термин «бездействие» при характеристике формы деяния как признака объективной стороны преступления. Категория «бездействие» употребляется также и в статье 430 УК при характеристике форм использования должностным лицом своих служебных полномочий.

В других случаях используются термины «неоказание», «неисполнение», «уклонение», «несообщение», «непринятие мер», «сокрытие» (предполагающее несообщение), «неповиновение», «несоблюдение», «неприбытие», «неявка», а также «нарушение правил», «ненадлежащее исполнение обязанностей» и др. При этом о наличии у данного конкретного лица, выступающего в качестве субъекта бездействия, обязанности действовать свидетельствует непосредственное указание в уголовном законе на служебные или профессиональные обязанности, обязанности, возложенные на него в установленном порядке решениями либо приговорами суда (судьи), решениями органов власти или управления и т. п. В форме бездействия могут совершаться и иные преступления, связанные с неисполнением обязанностей, вытекающих из самой природы естественного физиологического существования человека, которые чаще всего образуются вовне активными действиями (например, убийство матерью новорожденного ребенка посредством отказа от его кормления). Неисполнение таких обязанностей характеризуется первоначальным поставлением охраняемого объекта в опасность и безусловным осознанием как определенного рода обязанностей, так и общественной опасности их неисполнения, что создает основания для реализации принципа субъективного вменения наряду с объективным вменением. К бездействию, сопряженному с предшествующим поставлением в опасность, относится заведомое оставление в опасности, совершенное лицом, которое само виновно поставило потерпевшего в опасное для жизни или здоровья состояние (ч. 3 ст. 159).

Резюмируя изложенное, учитывая, что методом определения признаков преступных посягательств является именно запрет, а не предписание совершения активных действий, попытаемся определить основные критерии определения основания закрепления уголовно-правового запрета на бездействие. Указанное основание создается как общими условиями фактического основания признания деяния преступным посягательством, связанными с определенными в уголовном законе его материальными признаками – общественной опасностью и виновностью, так и специальными формальными условиями для признания бездействия, являющегося общественно опасным, преступлением. К последним как раз и следует отнести наличие у субъекта индивидуально определенной (акцептированной) обязанности действовать, а также наличие абстрактной возможности совершения активных действий в таких типичных ситуациях, при которых возможно проявление общественно опасного бездействия. Обоснованные в качестве специальных формальных условий, создающих в своей совокупности элемент основания установления уголовно-правового запрета на общественно опасное бездействие, индивидуально акцептированная обязанность и абстрактная возможность совершения активных действий в целях предотвращения угрозы причинения вреда охраняемым уголовным законом объектам, позволяют сделать вывод о целесообразности внедрения в теорию уголовно-правового регулирования концепции специального субъекта уголовно-противоправного бездействия. Используя указанную концепцию в качестве основы для алгоритма криминализации бездействия можно добиться повышения системности уголовного законодательства и эффективности уголовно-правового регулирования.

СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ НЕВОЗМОЖНО БЕЗ ОПТИМИЗАЦИИ СИСТЕМЫ ВИДОВ НАКАЗАНИЯ

***В.М. Хомич*,**
директор НПЦ Генеральной прокуратуры Республики Беларусь;
доктор юридических наук, профессор

Постоянные реформации, которым подвергается сравнительно не так давно принятый и вступивший в действие Уголовный кодекс Республики Беларусь (далее – УК). Касается это и системы уголовных санкций, совершенствование которой, конечно же, необходимо, прежде всего, чтобы ***на деле*** обеспечить экономию социальных, материальных и уголовно-процессуальных ресурсов судебно-наказательной и уголовно-исполнительной деятельности ***при безусловном обеспечении безопасности общества, граждан и государства***. Ожидаема реализация именно такого направления в деятельности всех системных образований уголовной юстиции. Как

справедливо заметил Председатель Верховного Суда Республики Беларусь накануне обсуждения на Пленуме проблемы оптимизации применения наказания в виде лишения свободы: «Есть мировые тенденции в уголовном праве, в подходах к наказанию, которые мы не можем не учитывать»[1].

Многолетние дискуссии по этим вопросам обычно сводятся к предложениям о необходимости существенного сокращения применения лишения свободы. Против этого сегодня уже никто не возражает. Вопрос заключается лишь в том, как и за счет каких иных наказаний и мер уголовной ответственности этого можно достичь, сохраняя необходимый уровень контроля над преступностью и обеспечивая должную безопасность граждан, общества и государства от преступных посягательств. Ни одно государство сегодня пока не отказалось и вряд ли когда откажется от изоляционных видов наказания в отношении лиц, которые по характеру совершенных преступлений представляют серьезную опасность для общества и граждан.

Тем не менее, проблемы в осуществлении уголовной политики в области применения уголовных санкций в рамках действующего законодательства существуют. Обусловленность этих проблем многопланова и их преодоление возможно на основе комплексных, системно-согласованных решений социального, правового, организационного характера. Стратегически проблема обозначена и заключается в оптимизации системы уголовных санкций и их рациональном применении. Выступая 25 марта 2008 г. на совещании судей республики, Президент сказал буквально следующее: «Нам необходимо искать новые возможности для совершенствования уголовной ответственности и ее оптимизации. Пришло время проявлять более взвешенный подход к применению такого вида наказания, как лишение свободы. Его удельный вес хотя и сокращается, но все же остается неоправданно высоким»[2].

Необходимость наказания в виде **лишения свободы**, даже в условиях стабилизированной преступности, очевидна и определяется тем, что оно позволяет изолировать от общества наиболее опасных преступников в целях частного и общего предупреждения преступлений.

Кроме того, лишение свободы выступает в качестве основного показателя (критерия) опасности преступного деяния, высшей мерой его публичного осуждения со стороны общества и государства. Наказание лишением свободы уже только **в качестве угрозы его применения** за нарушение уголовного запрета выполняет функцию охраны общества от преступных посягательств посредством общего предупреждения (сдерживания). Однако ***в реальных практиках*** (при осуществлении правосудия по конкретным уголовным делам) лишение свободы все-таки должно назначаться преимущественно в отношении преступников, ***потенциально представляющих опасность*** для общества в случае их оставления на свободе, а не только в связи с уголовно-правовой (законодательной) оценкой общественной опасности совершенного преступного деяния. Практика

[1] См.: Советская Белоруссия. – 2009. – 25 марта.
[2] См.: Советская Белоруссия. – 2008. – 25 марта.

дифференциации применения уголовных санкций, установленных законом за совершение соответствующих преступлений, должна быть сориентирована на эффективное предупредительно-исправительное воздействие в отношении конкретного правонарушителя. Правовые основы для подобной оптимизации применения удерживающих факторов наказания в виде лишения свободы имеются – это и различные формы условного неприменения лишения свободы по системе контролируемой испытательной саморесоциализации (ст.ст. 77 и 78 УК), и институт назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено законом (ст. 70 УК). К сожалению, технология рационально-дифференцированного применения указанных форм оптимизации и сокращения реального лишения свободы пока должным образом не освоена отечественным правосудием.

Уровень лишения свободы, конечно же, должен снижаться, но за счет, во-первых, адекватного применения адаптированных современным условиям и возможностям эффективного исполнения видов наказания (имеется в виду наказаний, не связанных с изоляцией осужденных от общества), а равно иных мер уголовной ответственности и, во-вторых, посредством совершенствования ***порядка исполнения лишения свободы*** на основе введения так называемых *полуоткрытых и открытых форм его отбывания*. Это более рациональный и социально-закономерный путь поддержания необходимого карательного и предупредительного потенциала лишения свободы. Сокращение применения лишения свободы путем перехода к практике назначения наказаний, не связанных с изоляцией осужденных от общества, но размытых по своему карательному содержанию и неадаптированных в отношении определенных категорий правонарушителей вследствие их антиобщественной распущенности и очевидного злоупотребления форматом свободного общества и человека ослабляет реализацию как общей, так и частной предупредительной функций системы уголовных санкций.

Реформирование уголовного и уголовно-исполнительного законодательства (1993-1999 г.г.), прежде всего, было сориентировано на прогнозируемое расширение применения альтернативных реальному лишению свободы мер (не наказания) уголовной ответственности в отношении лиц, вступивших в конфликт с уголовным законом, при реализации которых сохраняется угрожающий потенциала лишения свободы в качестве обеспечительного и воздействующего фактора.

Однако уголовно-судебная политика оставалась и остается традиционно сдержанной в отношении реализации указанных тенденций и моделей применения уголовных санкций. Поэтому пока и не удается стабилизировать карательную политику на основе рационального и эффективного снижения уровня лишения свободы даже за совершение преступлений, не представляющих большой общественной опасности, и менее тяжких преступлений посредством назначения наказаний, не связанных с изоляцией от общества, равно как и альтернативных лишению свободы иных мер уголовной ответственности.

Конечно, основная причина – завышенный общий карательный уровень наказуемости большинства преступных деяний, чрезмерно большие сроки лишения свободы, особенно при назначении данного наказания по совокупности преступлений и совокупности приговоров (по сравнению с УК 1960 г.). В 2008 г. в исправительных колониях содержалось уже более 6 тыс. осужденных, которым данное наказание было назначено на срок свыше 10 лет, из них более 2 тыс. – на срок свыше 15 лет (16 % от всех осужденных, отбывающих данное наказание; в 2000 г. таких осужденных было не более 4 тыс. (8,4 %)). За последние шесть лет средний срок лишения свободы, приходящийся на одного осужденного, возрос с 6 до 8,8 лет для мужчин и с 4,6 до 5,8 лет для женщин.

На этом уголовно-правовом фоне сохраняется и поддерживается устойчиво карательный (пенитенциарный) уклон судебной практики и правосудия по уголовным делам. Подтверждением тому является практика преимущественного назначения наказания в виде лишения свободы за преступления, не являющиеся тяжкими.

Так, в 2002 г. из 19 031 осужденных к лишению свободы 1 791 осуждены к данной мере наказания за совершение *преступлений, не представляющих большой общественной опасности,* и 6 290 – *за менее тяжкие преступления;* в 2003 г. из 20 599 осужденных к лишению свободы – соответственно 1 966 и 8 325; в 2004 г. из 20 033 осужденных к лишению свободы – 979 и 11 615; в 2005 г. из 19 999 осужденных к лишению свободы – соответственно 773 и 11 414; в 2006 г. из 18 495 осужденных к лишению свободы – соответственно 197 и 10 868; в 2007 г. из 18 082 осужденных к лишению свободы – соответственно 241 и 10 981; в 2008 г. из 15 467 осужденных к лишению свободы – соответственно 257 и 9 445. Таким образом, более 50 % лишенных свободы – это лица, осужденные за совершение ***не тяжких преступлений***. Ради справедливости следует указать, что значительная доля лиц, осужденных за совершение менее тяжких преступлений к лишению свободы, это лица, допустившие квалификационный рецидив преступлений. Большинство из них отбывают в исправительных колониях для лиц, ранее отбывавших лишение свободы. Именно вследствие этого средний срок лишения свободы в указанных колониях ниже, чем в исправительных колониях для лиц впервые отбывающих лишение свободы. Возможно, эта категория осужденных и имеет больший криминально-пенитенциарный опыт, но согласиться с тем, что это более опасные и криминально запущенные осужденные, чем те, которые отбывают лишение свободы в колониях для лиц впервые отбывающих лишение свободы однозначно нельзя.

Вследствие указанных причин лишение свободы постепенно утрачивает свойство **радикальной** кары и средства изоляции от общества действительно опасных преступников. Существенно снижаются факторы, предопределяющие эффективность специального предупреждения преступлений посредством изоляции правонарушителей от общества, поскольку повсеместно происходит освобождение от отбывания лишения свободы по амнистии (проводятся, как правило, ежегодно), или вследствие

условно-досрочного освобождения, которые также утрачивают свойство **исключительности.** Применяются указанные виды освобождения от наказания без достаточной исправительно-предупредительной подготовки и обоснования, опять же ради ***высвобождения мест*** для последующего применения лишения свободы в отношении новых и «старых» осужденных *(более 42 % осужденных, отбывающих ныне лишение свободы, ранее уже осуждались и отбывали данное наказание, из них более 25 % – неоднократно; при этом более 60 % из них ранее осуждались к лишению свободы за нетяжкие преступления).*

Так, в соответствии с требованиями уголовного закона условно-досрочное освобождение может быть применено судом только при условии, что осужденный (отбывающий наказание) ***доказал*** свое **исправление.** Между тем, около 10,8 % условно-досрочно освобожденных из исправительных колоний совершают умышленное преступление еще в течение неотбытой части срока лишения свободы. Если сюда добавить условно-досрочно освобожденных, которые совершают преступление после истечения неотбытой части наказания, но до погашения судимости, то это еще (примерно) 15 %.

Нерациональность, а самое главное, – огромные социальные издержки такого «расточительного» применения лишения свободы (его назначения и последующего освобождения) – вызывают ***необходимость оптимизации сроков лишения свободы*** в таких пределах, когда лишение свободы на определенный срок будет восприниматься преступником как ***осознаваемо-эффектированное страдание*** за совершенное преступление и не приведет к необратимому психическому привыканию к жизни в условиях изоляции от общества, да еще и в среде себе подобных преступников-осужденных. При таком подходе определенный судом срок лишения свободы не следует корректировать – осужденный должен отбыть наказание полностью и до конца. Институт условно-досрочного освобождения от наказания в виде лишения свободы должен применяться в исключительных случаях, а основания и условия его применения должны быть изменены *(для условно-досрочного освобождения необходимо отбыть во всех случаях не менее трех четвертей срока наказания, в обязательном порядке трудоустроиться и работать или выполнять посильные общественные работы).*

По общему правилу, следует исключить (или существенно ограничить) применение условно-досрочного освобождения от таких наказаний как арест, исправительные работы, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. Это повысит карательно-предупредительный потенциал этих видов наказания по отношению к лишению свободы.

Социальные издержки функционирования пенитенциарных систем объективно вывели уголовно-правовую доктрину на необходимость социальной переориентации взглядов на цели применения наказания с проблем исправления на осуществление задачи безболезненного вхождения осужденных в социальные формы жизнедеятельности, особенно после отбытия наказания в виде лишения свободы. Сегодня преобладающим в пенитенциарной науке

является положение, что исполнение наказания в виде лишения свободы должно быть ориентировано **не на исправление**, а на ресоциализацию и/или дополнительную социализацию в формате свободного общества и установленного правопорядка.

По мнению Ф.Р. Сундурова, идея ресоциализации осужденных фактически выступает в качестве одной из концептуальных основ не только уголовно-исполнительной, но и уголовной политики в целом, которая предполагает необходимость рассмотрения и оценки эффективности системы уголовно-правового воздействия с позиций их ресоциализационного эффекта[3].

Если провозглашаемая до сих пор система социализации личности осужденного предполагала формирование личности путем привития ей определённых шаблонов поведения, гарантировавших ее самостоятельность лишь в определенных рамках, то ныне необходимо говорить о его подготовке к жизнедеятельности в условиях свободного общества, его полноценной социальной адаптации и ресоциализации. Вполне понятно, что новые требования должны предъявляться и к уголовно-правовой, и к уголовно-исполнительной политике (системе видов наказания и практике их исполнения), и к основаниям и условиям применения досрочного освобождения от наказания.

При этом должна возрастать и реально осуществляться социально-восстановительная функция уголовной ответственности – понимание того, что для общества очень важно добиваться рационального применения не только санкций возмездно-ресоциализационного характера, но и при этом обеспечивать усилиями виновного максимально возможное возмещение причиненного преступлением вреда.

Есть основания полагать, что наказание (различные виды наказаний) в большинстве случаев оказывает удерживающее воздействие. При этом традиционно утверждается, что удерживающее воздействие наказания увеличивается по мере усиления его суровости. Но это далеко не так, особенно в условиях современного развития общественных и государственных систем и устройства человеческого бытия, резкого усиления материально-ценностных потребностей в мотивации поведения людей и их активности.

Поэтому вопрос, насколько эффективна действующая система видов наказания с точки зрения ресоцализационных задач уголовной политики, не является риторическим. Позволяет ли действующая система видов наказания проводить более взвешенную и эффективную карательную политику противодействия преступности, в том числе в аспекте желательного снижения применения лишения свободы посредством назначения иных наказаний, которые, подавляя (удерживая) асоциальные устремления виновного,

---

[3]Сундуров, Ф.Р. Ресоциализационная функция уголовного закона и механизм ее реализации // Соотношение преступлений и иных правонарушений: современные проблемы: материалы IV Международ. науч.-практ. конф., посвящ. 250-летию образования Моск. гос. ун-та им. М.В. Ломоносова и состоявшейся на юрид. фак. МГУ им. М.В. Ломоносова 27-28 мая 2004 г. — М.: ЛексЭст, 2005. - С.560.

одновременно стимулировали бы осужденных к соблюдению требований правопорядка.

Вопрос, прежде всего, касается эффективности действующей системы видов наказаний *(их избыточности или достаточности, согласованности, адаптированности социальным условиям, отсутствия или наличия социальных и организационных ресурсов для обеспечения их исполнения),* а также совершенства проводимой карательной политики в аспекте индивидуализации наказания при его назначении судом.

Не является нормальным (как с точки зрения содержания наказания, так и его назначения (с учетом реализации принципа индивидуализации), когда **четверть лиц**, осужденных к таким наказаниям как ограничение свободы и исправительные работы, уклоняются от соблюдения очевидно не строгих требований режима отбывания этих наказаний, а уголовно-исполнительные органы (учреждения) не в состоянии в принудительном порядке обеспечить исполнение наказания ничем иным как путем привлечения к уголовной ответственности таких осужденных. Или штраф не применяется судами только потому, что у осуждаемых нет достаточных средств (денежных) и имущества, на которые может быть обращено взыскание по штрафу, даже в тех случаях, когда это было бы вполне справедливым и приемлемым для общества и государства наказанием правонарушителя. Общественные работы суд не назначает, потому что нет надлежащего организационного обеспечения их исполнения.

В 2008 г. осужденными в период отбывания наказания совершено 16 572 преступления (в 2007 г. – 15 178 преступлений). Это преимущественно – осужденные, отбывающие наказание в виде исправительных работ и ограничения свободы. Как следствие, отмечает И. Шкатуло, безопасность общества от новых преступных посягательств этой категории осужденных не была обеспечена в период отбывания наказания[4].

Казалось бы, столь большое видовое разнообразие наказаний (при этом в статусе основных), которые предусматривает УК Беларуси (всего 9, не считая специальных наказаний для военнослужащих), должно было послужить серьезным аргументом для переосмысления практики назначения наказания в аспекте более глубокой и социально ориентированной индивидуализации. Но этого не произошло. В конечном итоге снижение уровня лишения свободы было достигнуто за счет большего применения наказания в виде ограничения свободы. Так, если в 2006 г. ограничение свободы было назначено 11 266 осужденным, то уже в 2007 г. (после введения ограничения свободы без направления осужденного в исправительное учреждение открытого типа) – 15 864 осужденным (22,3 % от числа всех осужденных), в 2008 г. – 17 436 осужденным (25,4 %). Количество осужденных к наказанию в виде ограничения свободы в 2008 г. превысило в абсолютных числах число лиц, осужденных к наказанию в виде лишения свободы (15 467 – 22,6 %). В среднем

[4] Шкатуло, И. Что показал анализ практики назначения судами уголовных наказаний // Законность и правопорядок. – 2009. – № 2. – С. 13.

более 60 % осуждаемым к ограничению свободы данное наказание назначается без направления осужденного в исправительное учреждение открытого типа. Тенденция обнадеживающая, если ее рассматривать только в контексте очевидного сокращения применения лишения свободы. Однако расширение применения ограничения свободы и особенно без направления осужденных в исправительное учреждение открытого типа (скажем прямо, вместо лишения свободы), ослабило действие карательных факторов обоих видов наказания в реализации целей уголовной ответственности.

Наказание ограничением свободы в силу размытости карательных свойств, их неувязки с личностными свойствами преступников-осужденных, которым оно назначается, отсутствия должной системы организации исполнения и надзора за осужденными не стало серьезным сдерживающим фактором преступности и ресоциализации правонарушителей. Слабый предупредительный и исправительный эффект исполнения данного наказания (в принципе, в условиях нахождения осужденного на свободе), особенно в отношении преступников с устойчивыми асоциальными установками, да еще на фоне злоупотребления алкоголем, очевиден. Конечно, наказание ограничением свободы приемлемо для преступников, которые обладают устойчивой мотивацией на социальную реабилитацию, возвращение к нормальным условиям жизни, несмотря на совершенное преступление, и воспринимают кару ограничением их свободы в качестве серьезного сдерживающего фактора. К сожалению, более 30 % осужденных, отбывающих ограничение свободы, в силу антиобщественных склонностей и потребностей не воспринимают кару ограничением свободы в качестве серьезного карательно-предупредительного фактора, ориентируясь на то, что главным ущемлением их прав является принудительная организация и использование их труда.

Аналогичная оценка и такого традиционного наказания как исправительные работы. Высокая степень эффективности данного наказания в советское время обеспечивалась всеобщей обязанностью трудиться в рамках организованной государственной системы занятости – альтернативных источников жизни и социального устройства не было и не могло быть. Теперь ситуация изменилась, отсюда и проблемы в организации и обеспечении исполнения и отбывания исправительных работ.

Конечно, рассматривать эффективность воздействия исполненного наказания в аспекте одного лишь удержания непозволительно, ибо наказание может изменять преступника в лучшую или худшую сторону совершенно независимо от того, оказывает оно или не оказывает сдерживающего воздействия. Но очевидно, что введение в ходе реформы новых видов наказания и сохранение традиционных не привело к улучшению карательно-исправительных начал в уголовной политике. Согласованность наказаний по степени тяжести кары и ее соответствие (ее соотнесение) тяжести преступления (что закреплено в санкциях статей Особенной части УК) – это всего лишь **исходное начало** законности при осуществлении правосудия по уголовным делам.

Если государство намерено получить исправительно-предупредительный эффект от применения того или иного наказания, то следует учитывать, что каждое наказание имеет, помимо прочего, свой карательно-исправительный ресурс (или предел), а также рассчитано и социально ориентировано на определенную категорию правонарушителей. Это предполагает более строгую и практическую увязку назначения наказания с принципом его индивидуализации и возможностями общесоциального контроля правонарушителей, подвергнутых ответственности посредством применения соответствующего наказания.

Нет сомнений, что назначаемое судами наказание соответствует санкции статьи (назначается в пределах санкции) Особенной части УК, предусматривающей ответственность за совершенное преступление, и, в принципе, соответствует и тяжести совершенного преступления. Проблема заключается в том, что годами складывающаяся судебная практика исходила, главным образом, из принципа законности и возмездно-карательных начал при применении уголовных санкций. В общем-то это правильное требование общих начал назначения наказания, но, будучи возведенным в абсолют, оно привело к тому, что принцип индивидуализации (он, все-таки, нацелен на ресоциализационный (а сейчас и на восстановительный) эффект применения наказания) повсеместно стал трактоваться только в аспекте **соответствия назначаемого наказания характеру и опасности совершенного преступления,** а также, в какой-то мере, – обстоятельствам, отягчающим и смягчающим ответственность виновного. При назначении наказания менее всего учитываются прогнозные факторы (обстоятельства), указывающие на возможность виновного вернуться к нормальным условиям социальной жизни после отбытия назначенного наказания. При таком алгоритме применения наказание, хотя и назначается в рамках закона, **но достаточно произвольно**, поскольку, преследуя возмездно-карательную цель, оно определяется при очевидном формальном учете личности виновного на возможность достижения соответствующих целей уголовной ответственности в аспекте перспектив (рисков) возвращения (невозвращения) осужденного к нормальным условиям социальной жизни. В этом основная причина негативного влияния практики назначения, исполнения и освобождения от наказания на динамику рецидива и предупреждение преступности.

Выход из создавшейся кризисной ситуации в оптимизации практики индивидуализации видов наказания при осуществлении правосудия по уголовным делам, назначении таких наказаний, которые являются наиболее и карательными, и ресоциализирующими для конкретного преступника. Только при реализации таковой практики индивидуализации наказания при его назначении, в том числе с использованием института смягчения наказания (ст. 70 УК), учитывая завышенный карательный уровень санкций, можно рационально и социально экономно использовать карательный потенциал и лишения свободы, и ограничения свободы, и исправительных работ, равно как и других наказаний.

В аспекте данного предложения следует обратить внимание на опыт зарубежных государств относительно внедрения социально ориентированных практик индивидуализации наказания посредством представления суду специально-подготовленного заключения, содержащего предложения о целесообразности применения виновному той или иной меры уголовно-правого воздействия на основе прогнозно-оценочной характеристики социально-ролевых качеств виновного и допустимых (возможных) рисков в процессе его реабилитации. Максимально продуктивное решение этой задачи возможно только тогда, когда эта функция будет возложена на службу пробации как организационно оформленное образование уголовно-исполнительной системы. Специфика этого подразделения заключается в том, что оно функционально, предметно и, самое главное, комплексно отвечает за исполнительный аспект применения тех наказаний и мер уголовной ответственности, которые не связаны с изоляцией виновного (осужденного) от общества. Отбор такого рода осужденных должен начинаться до передачи дела виновного в суд и аккумулироваться в представлении службой пробации суду досудебного доклада, содержащего рекомендации относительно избрания виновному соответствующей меры уголовной ответственности на основе вероятностных оценок и прогнозов (рисков) его социальной реабилитации. Сегодня такая увязка правосудия по уголовным делам (практики индивидуализации наказания и иных мер уголовной ответственности) и уголовно-исполнительных практик – один из самых удачных проектов в области оптимизации применения уголовных санкций, не связанных с реальным применением лишения свободы, который успешно реализуется во многих европейских государствах. Мы имели возможность убедиться в этом на примере деятельности службы пробации Латвии, где она создана не так давно[5].

Не все виды наказания сегодня по своим карательным свойствам адаптированы к социальным возможностям контролировать и удерживать (предупреждать) криминогенную распущенность с учетом личностной типологии преступности и преступлений, а тем более успешно содействовать социальному исправлению правонарушителей.

Проблематичен карательный и исправительно-трудовой потенциал наказания в виде **ограничения свободы.** Наказание ограничением свободы предусматривалось как промежуточное между лишением свободы и исправительными работами посредством кары в виде направления осужденного на установленный судом срок **в места обязательного привлечения к труду**, где он должен был находиться под надзором органов, ведающих исполнением наказания, и не мог без разрешения этого органа покидать пределы места отбывания наказания. В принципе, суть этого наказания не была нова. По своим ограничениям и организационно-правовому режиму исполнения это не что иное, как закрепление бывшего условного осуждения к лишению свободы с

[5] См.: Горошко, Ю. Применение альтернативных лишению свободы наказаний в Латвии // Законность и правопорядок. – 2009. – № 2. – С. 30-33.

обязательным привлечением осужденного к труду (ст. 23-1 УК 1960 г.) в качестве самостоятельного вида наказания (ограничения свободы).

Адекватная оценка карательной стороны ограничения свободы как самостоятельного наказания связана с качественной характеристикой сущности и объема кары, которая заключается в факте принудительного удаления осужденного из места его жительства и контролируемого удержания по месту обязательного привлечения к труду в специальном учреждении открытого типа. Осужденный пребывает в пределах границ исправительного учреждения открытого типа и проживает в специально оборудованном общежитии, которое не должен покидать в свободное от работы время без разрешения администрации учреждения. В сравнительном отношении ограничение свободы имеет больше сходства с так называемыми открытыми формами исполнения лишения свободы. Так, если сравнивать отбывание лишения свободы в исправительной колонии-поселении с отбыванием ограничения свободы в исправительном учреждении открытого типа, то очевидно, что разница между режимом отбывания лишения свободы и режимом отбывания ограничения свободы в исправительном учреждении открытого типа не более чем условная. Между тем, в правовых последствиях осуждения к этим наказаниям разница существенная. Конечно, в целях обособления этих наказаний можно еще больше ослабить карательные элементы ограничения свободы, однако практика исполнения ограничения свободы свидетельствует, что резервы такого совершенствования исчерпаны или, по крайней мере, непродуктивны. Кроме того, необходимые режимные условия исполнения ограничения свободы могут быть обеспечены только при надлежаще организованных и контролируемых формах трудоиспользования осужденных.

Ограничение свободы по рейтингу строгости было рассчитано и на применение в отношении лиц, совершивших тяжкие и особо тяжкие преступления. И в этом смысле оно должно было стать определенного рода альтернативой лишению свободы. Проблема, однако, состояла в том, как организовать надлежащий надзор за осужденными по месту отбывания данного наказания, учитывая ограниченный спрос в трудовых ресурсах по месту нахождения исправительного учреждения и очевидную проблематичность надзора за достаточно пестрой и неоднозначной категорией осужденных, пребывающих для отбывания ограничения свободы. Поэтому кризисные явления с организацией исполнения наказания в виде ограничения свободы начали возникать уже с самого начала его применения.

Исполнение наказания в виде ограничения свободы возложено на исправительные учреждения открытого типа. Указанные образования с большой долей условности можно назвать ***учреждениями***, поскольку организационно они функционируют в виде администраций (по аналогии прежних специальных комендатур), которые и должны обеспечить принудительное пребывание осужденных вне места их жительства, а по месту обязательного привлечения к труду, а также надзор за ними в течение всего срока отбывания наказания. Осужденные на время отбывания наказания прописываются по месту нахождения администрации исправительного

учреждения открытого типа и не могут без разрешения администрации покидать границы территории места привлечения к труду (условно границы данного исправительного учреждения), которые определяются в установленном порядке. Оказалось, что основная задача обеспечения исполнения наказания в виде ограничения свободы, состоящая в том, чтобы прописанные к определенному исправительному учреждению открытого типа осужденные работали компактно на производствах или работах, приближенных к месту расположения администрации учреждения, оказалась трудно выполнимой (если не более). В большинстве случаев осужденные стали распределяться на работы, значительно отдаленные от места дислокации администрации учреждения и фактически находились вне надзора, который в таких случаях возлагался на службу участковых инспекторов.

Учитывая объективные трудности в организации труда лиц, осужденных к ограничению свободы, начиная с середины 2003 г. стало практиковаться отбывание ограничения свободы на дому. Такие осужденные трудоустраивались по месту жительства, как правило, самостоятельно. Одновременно была поставлена задача возможного реформирования данного наказания. Предлагалось закрепить два вида ограничения свободы: с направлением в исправительное учреждение открытого типа и без направления в такое учреждение, то есть с отбыванием ограничения свободы на дому по месту жительства. Законом Республики Беларусь от 9 июня 2006 г. № 12-З[6] такие изменения и дополнения были внесены в статью 55 УК и, соответственно, в Уголовно-исполнительный кодекс Республики Беларусь (далее – УИК). Ныне УК предусматривает два вида наказания ограничением свободы: с удалением осужденного из места его жительства и направлением в исправительное учреждение открытого типа и без направления осужденного в исправительное учреждение открытого типа (в условиях его пребывания по месту жительства в режиме ограничений свободы, предусмотренных ст. 48^1 УИК). Немаловажную роль в «открытии» нового вида ограничения свободы сыграло то обстоятельство, данный вид ограничения свободы может быть назначен и нетрудоспособным лицам, в том числе несовершеннолетним, достигшим 14-летнего возраста и совершившим преступление, за которое они подлежат уголовной ответственности. Для указанной категории осужденных при отбывании ограничения свободы без направления в исправительное учреждение открытого типа (на дому), а также для всех осужденных, отбывающих данный вид ограничения свободы и обучающихся на очной (дневной) форме обучения в учреждениях образования (в том числе достигших совершеннолетия) не устанавливается требование обязательного привлечения к труду.

С октября 2006 г. суды начали активно применять новый вид ограничения свободы. По данным судебной статистики уже на конец 2007 г. более 10 тыс. человек было осуждено к наказанию в виде ограничения свободы без направления в исправительное учреждение открытого типа, а в 2008 г. из

---

[6] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 92. – 2/1219.

174 536 осужденных к ограничению свободы около 14 тыс. было осуждено к данному наказанию без направления в исправительное учреждение открытого типа.

К сожалению, введение нового вида ограничения свободы не сопровождалось усилением организационных начал в его исполнении. Осужденные, отбывающие ограничение свободы по месту жительства в сельской местности, вообще оказались вне надзора. Если не считать, что введение данного вида ограничения свободы позволило применять данное наказание к несовершеннолетним и нетрудоспособным как альтернативу лишения свободы, то в целом старые проблемы сохранились. По-прежнему, наблюдается высокий уровень уклонения осужденных от отбывания ограничения свободы.

Нельзя не поставить вопрос о системном соотношении по строгости нового вида ограничения свободы с наказанием в виде исправительных работ. Если не считать продолжительность сроков наказания в качестве элементов кары, то исправительные работы несут в себе белее строгую карательную нагрузку, чем ограничение свободы без направления в исправительное учреждение открытого типа. Определенные элементы режима ограничения свободы могут вводиться и для осужденного отбывающего исправительные работы, правда в порядке меры взыскания за нарушение порядка и условий отбывания данного наказания (п. 2 ч. 2 с. 43 УИК), а некоторые являются обще установленными (см. ст. 9 УИК).

Все-таки, видовая определенность кары ограничением свободы как самостоятельного наказания мыслилось в принудительной «прописке» осужденного на срок отбывания наказания не по месту жительства. В противном случае, это наказание вообще утрачивает свои карательные свойства в качестве самостоятельного наказания.

Обратим также внимание, что система ограничений при отбывании наказания в виде ограничения свободы на дому реализуется и при отсрочке исполнения наказания в виде лишения свободы (ст. 77 УК). Но в этом случае уголовно-исполнительный контроль за соблюдением осужденными таких ограничений ***более актуализирован*** и мотивационно обеспечен угрозой применения назначенного наказания в виде лишения свободы.

Поэтому есть серьезные основания к тому, чтобы **реорганизовать** ограничение свободы как наказание в иные апробированные формы карательного воздействия. Так, ограничение свободы с направлением в исправительное учреждение открытого типа реорганизовать в открытую форму отбывания лишения свободы. Оптимизацию и сокращение применения лишения свободы следует начинать на основе введения открытых форм исполнения и отбывания данного наказания. Такие формы отбывания лишения свободы должны быть основаны на индивидуальной или групповой самоорганизации и самодисциплине осужденного (осужденных) под надзором учреждений и органов уголовно-исполнительной системы и обязательном трудоустройстве осужденных.

Открытые формы отбывания лишения свободы должны вводиться и применяться в отношении впервые осужденных к лишению свободы за:

– умышленные преступления, не представляющие большой общественной опасности, – после отбытия не менее шести месяцев лишения свободы в исправительной колонии в условиях общего режима;

– менее тяжкие преступления (неосторожные и умышленные), соответственно, после отбытия не менее шести месяцев лишения свободы в исправительной колонии-поселении (возможно, колонии-поселения и должны стать теми исправительными учреждениями, на которые следует возложить организацию исполнения открытых форм отбывания лишения свободы) и одного года в исправительной колонии в условиях усиленного режима;

– тяжкие преступления, не связанные с применением насилия и посягательством на жизнь и здоровье людей, и осужденных к лишению свободы на срок до шести лет, – после отбытия одного года данного наказания в исправительной колонии в условиях усиленного режима (в таких случаях целесообразнее дать перечень соответствующих преступлений, осуждение за которые к лишению свободы является препятствием к применению открытых форм отбывания лишения свободы, в этот перечень не должны включаться и некоторые насильственные преступления, например умышленные менее тяжкие телесные повреждения, хулиганство и др.).

Отбывание лишения свободы в открытом режиме – одна из прогрессивных форм исполнения лишения свободы, которая позволяет рационально и экономно использовать предупредительный и ресоциализационный ресурс данного наказания, одновременно снимая негативные социальные последствия изоляции правонарушителей от общества. Все осужденные, отбывающие лишение свободы в открытом режиме, продолжают числиться (состоять на пенитенциарном учете) за теми исправительными колониями, из которых они были «командированы» для отбывания лишения свободы в открытом режиме. Места отбывания лишения свободы в открытом режиме определяются администрацией исправительного учреждения на основе предварительных заявок и потребностей в рабочих ресурсах и при согласии осужденного работать на предложенных условиях. Осужденные могут направляться для выполнения работ в порядке открытого отбывания лишения свободы на весь период срока наказания или только на часть этого срока с учетом сезонного характера выполняемых работ или ограниченного объема (срока) их выполнения. В последнем случае осужденные могут быть направлены для выполнения работ в иные места на указанных условиях. Не должна исключаться возможность выполнения таковых работ в порядке открытого отбывания лишения свободы и по месту жительства лица до его осуждения.

Решение об открытом режиме отбывания лишения свободы должно приниматься индивидуально в отношении каждого осужденного на основе его личностной социально-психологической оценки и степени готовности (заключения) выполнить все условия и обязательства, касающиеся порядка и требований отбывания лишения свободы в открытом режиме. На основе

положительного заключения для каждого осужденного с его участием разрабатывается **«задание-обязательство»,** в котором отражаются все условия и порядок открытого отбывания лишения свободы, система ограничений режимного характера, место и характер выполняемых работ, правовые последствия выполнения и невыполнения осужденным условий открытого отбывания лишения свободы. Важнейшим условием открытого отбывания лишения свободы должно стать выполнение осужденным **общественных работ.**

Обязательным элементом открытого отбывания лишения свободы является распространение на указанную форму отбывания наказания правовых последствий осуждения и отбывания лишения свободы с определенными стимулирующими факторами негативного и позитивного характера, а именно:

– период открытого отбывания лишения исчисляется сроком лишения свободы, определенным приговором суда;

– лицо, отбывавшее лишение свободы в открытом режиме, считается ранее осуждавшимся к лишению свободы, а также отбывавшим данное наказание, если оно совершило новое преступление в пределах срока судимости;

– нарушение осужденным, отбывающим лишение свободы в открытом режиме, одного из условий такого отбывания наказания по неизвинительным причинам является безусловным основанием отмены данного порядка исполнения лишения свободы и направления осужденного для дальнейшего отбывания лишения свободы в соответствующую исправительную колонию. При этом в отбытый срок лишения свободы период открытого отбывания лишения свободы в таких случаях засчитывается из расчета два дня открытого отбывания лишения свободы за один день лишения свободы. Аналогичный порядок исчисления должен применяться при определении неотбытой части лишения свободы при совершении осужденным во время открытого отбывания лишения свободы преступления и назначения наказания по совокупности приговоров;

– в отношении осужденных, отбывших лишение свободы в открытом режиме в соответствии с установленным им **заданием-обязательством,** суд по представлению органа внутренних дел или администрации исправительного учреждения с учетом достигнутой степени социальной реабилитации и адаптации осужденного может принять решение об освобождении его от дополнительного наказания, а также о снятии (сокращении срока) судимости.

Введение открытой формы исполнения (отбывания) лишения свободы позволит существенно активизировать социально-реабилитационный аспект применения лишения свободы, используя достаточно высокий карательно-предупредительный (устрашающий) потенциал данного наказания. Государство получит возможность рационально, с пользой для общества и самих осужденных использовать их трудовой ресурс, повысится предметно и функционально ответственность органов и учреждений уголовно-исполнительной системы (и не только их) за осуществление уголовно-исполнительной политики. Кроме того, открытая форма исполнения лишения свободы – самая простая в правовом,

процессуальном и организационном смысле альтернатива реальному (традиционному) лишению свободы. С учетом допустимого контингента осужденных, в отношении которых может вводиться открытая форма отбывания лишения свободы, это примерно 25-30 % осужденных, отбывающих ныне лишение свободы.

Ограничение свободы без направления в исправительное учреждение открытого типа, если не считать сами элементы ограничения свободы поведения осужденного по месту жительства и срок, на который они применяются, то трудно даже специалисту идентифицировать в качестве конкретно-определенного вида (в данном случае подвида) наказания. Осужденный, оставаясь и находясь в привычном для него домашнем и бытовом окружении, сохраняет возможность прямо или косвенно уклоняться от соблюдения этих запретов, учитывая их произвольный и предметно-нефункциональный характер, а самое главное, – отсутствие системного контроля за его поведением. Очень быстро было усвоено – не следует нарушать те режимные обязанности-ограничения, которые связаны с очевидными учетно-контрольными функциями (явка на регистрацию, на работу, выезд за пределы места жительства только с согласия уголовно-исполнительной инспекции).

Наказание ограничением свободы с отбыванием его на дому с учетом его карательного содержания, которое сводится в основном к контрольно-режимным ограничениям, не диссонирует с таким более мягким наказанием как исправительные работы, при отбывании которого для осужденного также устанавливается определенные ограничения свободы (невозможность увольнения с работы без письменного разрешения уголовно-исполнительной инспекции; обязанность уведомлять инспекцию об изменении места жительства; на срок до трех месяцев может быть установлена обязательная явка осужденного на регистрацию в инспекцию). Более того, карательное воздействие исправительных работ существенно усиливается имущественным компонентом карательного воздействия (ежемесячные удержания из заработка в пределах до 25 %). Поэтому система карательных ограничений, сопровождающих исполнение и отбывание наказания в виде ограничения свободы по месту жительства, должна стать принудительно-обеспечительным комплексом исполнения и отбывания исправительных работ. В этой связи предлагается предусмотреть в качестве самостоятельного наказания «исправительные работы» двух видов – исправительные работы в традиционном виде и исправительные работы с ограничением свободы (усиленный вариант исправительных работ). Усиление карательных свойств исправительных работ за счет введения элементов ограничения свободы усилило бы надзорную функцию за отбыванием данного наказания, расширило бы карательно-предупредительный и исправительный потенциал данного наказания как альтернативы лишению свободы. Одновременно необходимо увеличить срок исправительных работ **с двух до трех лет**, а также предусмотреть, что минимальная сумма ежемесячных удержаний из заработка осужденного не должна быть менее двух базовых величин.

ЛИШЕНИЕ ПРАВА ЗАНИМАТЬ ОПРЕДЕЛЕННЫЕ ДОЛЖНОСТИ ИЛИ ЗАНИМАТЬСЯ ОПРЕДЕЛЕННОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬЮ И ЛИШЕНИЕ СПЕЦИАЛЬНОГО ПРАВА В БЕЛОРУССКОЙ СИСТЕМЕ НАКАЗАНИЙ

А.И. Лукашов
доцент Государственного института управления и социальных технологий БГУ,
кандидат юридических наук, доцент

В статье анализируются законодательство и практика применения наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в настоящее время и в советский период развития белорусского государства.

Исследуется опыт использования лишения специального права в национальном законодательстве об административной ответственности и в иностранном уголовном законе.

Предлагается дополнить систему наказаний, предусмотренную статьей 48 Уголовного кодекса Республики Беларусь, новым наказанием в виде лишения специального права. Определяются основания и порядок его назначения. С учетом необходимости реализации пакетного принципа формирования законодательства формулируются предложения об одновременном внесении дополнений и изменений в Уголовный, Уголовно-исполнительный и Уголовно-процессуальный кодексы Республики Беларусь, а также в иные законодательные акты.

Введение

Среди видов наказания, предусмотренных в ст. 48 Уголовного кодекса Республики Беларусь (далее – УК) 1999 года, не упоминается лишение специального права, хотя такой вид наказания, правда, под другим названием, был известен отечественному уголовному законодательству. Используется он в национальном законодательстве об административных правонарушениях и в законодательстве иностранных государств.

Анализ отечественной практики применения наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, которая будет представлена ниже, показывает, что имеются все основания для того, чтобы лишение специального права ввести в белорусскую систему наказаний.

Основная часть

1. О судебной практике лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

В белорусской системе наказаний лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью занимает третью строчку после общественных работ и штрафа. В силу предписаний ст. ст. 48 и 51 УК этот вид наказания может назначаться судом с учетом характера и тяжести совершенного преступления на срок от 1 до 5 лет либо в качестве основного, либо в качестве дополнительного наказания.

Отличительная особенность лишения указанного права в том, что в качестве дополнительного его можно назначить и в случае, когда этот вид наказания не предусмотрен в санкции статьи Особенной части УК, но по своему характеру совершенное осужденным преступление связано с занимаемой им должностью или с занятием им определенной деятельностью.

В условиях рыночной экономики рассматриваемый вид наказания обладает достаточно существенным карательным потенциалом, поскольку в значительной степени и на продолжительное время ограничивает осужденного в праве на труд в определенной сфере деятельности, может привести к его дисквалификации, потере конкурентоспособности на рынке труда и иным негативным последствиям, о которых обоснованно говорят белорусские и российские ученые[1].

Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью широко представлено в санкциях статей Особенной части УК. Данный вид наказания по состоянию на 11.04.2009 г. предусмотрен в 124 статьях Особенной части УК (40,2 % от числа всех статей Особенной части УК). В 84 статьях Особенной части УК этот вид наказания фигурирует в качестве основного наказания (27,2 % от числа всех статей Особенной части УК), в 87 статьях (28,2 % от числа всех статей Особенной части УК) – в качестве дополнительного наказания. Немалое число из названных статей Особенной части УК содержит указание на возможность применение его и в качестве основного, и в качестве дополнительного наказания. К тому же, как отмечалось, при наличии определенных оснований суд может назначать этот вид наказания в качестве дополнительного и вне зависимости от указания о нем в санкции статьи Особенной части УК.

Однако указанные широкие возможности, которые уголовный закон предоставляет суду в части назначения данного вида наказания, в судебной практике реализуются более чем скромно. Данные судебной статистики говорят о том, что лишение права занимать определенные должности или заниматься

---

[1] Саркисова, Э.А. Уголовное право: Общая часть: Учеб. пособие / Э.А. Саркисова. – Минск: Тесей, 2005. С. 378, 379; Наумов, А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. В 2 т. Т. 1. Общая часть. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юридическая литература, 2004. С. 357; Дворецкий, М.Ю. Эффективная реализация постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 11 января 2007 года № 2 «О практике назначения судами Российской Федерации уголовного наказания» в оптимизации применения лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью / М.Ю. Дворецкий // Военно-юридический журнал. – 2008. – № 3. – С. 29.

определенной деятельностью назначается небольшому числу осужденных (см. таблицу).

Таблица

Назначение наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в Республике Беларусь (2003-2008 гг.)*

	2003	2004	2005	2006	2007	2008
1. Количество лиц, осужденных к **основному наказанию** в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (в скобках – удельный вес лиц, осужденных к данному наказанию, среди всех осужденных, в %)	396 (0,6)	203 (0,3)	193 (0,2)	170 (0,2)	231 (0,3)	436 (0,6)
2. Количество, осужденных к **дополнительному наказанию** в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью по всем статьям УК	902	1093	1164	1141	1169	1485
в том числе: по статьям 209 – 212 УК	122	211	217	206	201	298
по статье 233 УК	25	46	50	53	57	104
по статье 243 УК	17	23	25	25	31	12
по статье 317 УК	515	464	552	546	543	638
по статье 317^1 УК	–	–	–	–	30	118
по статье 318 УК	11	10	8	10	10	6
итого по статьям 317, 317^1 и 318 УК (в скобках – удельный вес лиц, осужденных по данным статьям УК, среди всех осужденных к данному виду дополнительного наказания, в %):	526 (58,3)	474 (43,4)	560 (48,1)	556 (48,7)	583 (49,8)	762 (51,4)
по статьям 424 – 430 УК	174	258	278	257	265	209

* *Примечание: данные о количестве осужденных в абсолютных цифрах приведены по источникам: [4 – 9], доли в процентах рассчитаны автором.*

Приведенные данные свидетельствуют, что в 2003 – 2008 годы лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью как основной вид наказания ежегодно назначается около 270 осужденным или 0,36 % от числа всех лиц, осужденных судами республики. В среднем почти в 6 раз больше этот вид наказания назначается в качестве дополнительного. В последние три года наметилась тенденция к увеличению

количества лиц, осуждаемых к данному виду дополнительного наказания. В 2008 году их число приблизилось к полутора тысячам человек. При этом около половины дополнительного наказания в виде лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью приходится на лиц, осужденных за так называемые транспортные преступления, предусмотренные ст. ст. 317, 317[1] и 318 УК. Примерно половина лиц, осужденных по статье 317 УК, совершили это преступление в состоянии алкогольного (наркотического или токсического) опьянения (например, в 2007 году из 1891 лица, осужденного по этой статье УК, 43,4 % совершили преступление в состоянии алкогольного опьянения, а 0,5 % – в состоянии наркотического и токсического опьянения, в 2008 году из 1677 лиц, осужденных по ст. 317 УК, соответственно 35,0 % и 0,4 % [10, 11][2]).

2. О потенциальных возможностях наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

В зависимости от правового положения осужденного и характера совершенного им преступления назначение и исполнение наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью может быть представлено в виде четырех вариантов, регулируемых нормами уголовного и иных отраслей законодательства.

ВАРИАНТ ПЕРВЫЙ. Наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью назначается осужденному, который на день вынесения приговора работал у нанимателя в определенной должности (был избран на определенную должность) или занимался у него определенным видом деятельности в порядке выполнения трудового договора.

В данном случае осужденный является работником у нанимателя (лицом, избранным на должность). Запрет, установленный судом в рамках названного вида наказания, является запретом, реализуемым в сфере трудовых отношений (отношений, возникающих в связи с избранием на должность) (далее – трудовых отношений).

В связи с осуждением наниматель или те, кто избрал лицо на должность, обязаны освободить осужденного от должности или от занятия видом деятельности, указанных в приговоре суда. К этому их обязывают статья 51 УК, нормы главы 6 Уголовно-исполнительного кодекса Республики Беларусь (далее – УИК) и п. 5 ст. 44 Трудового кодекса Республики Беларусь (далее – ТК), предусматривающие обязанность нанимателя уволить работника в связи со вступлением в законную силу приговора суда, которым работник осужден к наказанию, исключающему продолжение работы.

---

[2] Приводимые некоторыми авторами сведения о количестве лиц, осужденных по ст. 317 УК, совершивших в 2007 году это преступление в состоянии алкогольного опьянения [14, с. 11], являются завышенными, не соответствуют данным судебной статистики, содержащимся в источнике [10: форма 11 часть 1, строки 68 – 70] (*примеч. авт.*)

Обвиняемый в целях выполнения предписаний обвинительного приговора обязан поставить перед нанимателем или избравшими его на должность вопрос о переводе его на другую должность, либо об освобождении от должности, либо о переводе его на другую работу, либо об увольнении с работы. По требованию уголовно-исполнительной инспекции он обязан предоставлять документы, связанные с отбыванием указанного наказания, сообщать в уголовно-исполнительную инспекцию об изменении места работы или об увольнении с работы (см. ст. 35 УИК).

ВАРИАНТ ВТОРОЙ. Наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью назначается осужденному, который на день вынесения приговора не работал у нанимателя в определенной должности (не занимал выборной должности) и не занимался у него в порядке выполнения трудового договора определенным видом деятельности. В этом случае данный вид наказания назначается ввиду того, что совершенное лицом преступление было связано с занимаемой им в том момент определенной должностью или с осуществлением им определенного вида деятельности.

В приведенной ситуации обязанность по выполнению приговора суда возлагается на осужденного. Он обязан выполнять предписания приговора, не нанимаясь на работу на должность, запрещенную ему, либо не давая согласия на избрание его на запрещенную ему выборную должность, либо не осуществляя деятельность, также запрещенную ему. По требованию уголовно-исполнительной инспекции он обязан предоставлять документы, связанные с отбыванием указанного наказания, сообщать в уголовно-исполнительную инспекцию о поступлении на работу, изменении места работы или об увольнении с работы (см. ст. 35 УИК).

С другой стороны, в соответствии с ч. 4 ст. 348 ТК и наниматель, к которому обратится лицо, осужденное к данному виду наказания, обязывается не допускать приема его на работу по совместительству на те должности или виды деятельности, которые этому лицу запрещены приговором суда.

ВАРИАНТ ТРЕТИЙ. Рассматриваемый вид наказания назначается осужденному, который на день вынесения приговора осуществлял определенный вид (виды) деятельности, непосредственно связанный с совершенным им преступлением.

В этом случае деятельность осужденного, запрещенная ему по приговору суда, находится вне рамок трудовых отношений. Вид (виды) деятельности, которым занимался осужденный, не регулируется трудовым законодательством. Такие виды деятельности регламентируются нормами иных отраслей законодательства.

Например, к их числу могут быть отнесены различные виды экономической деятельности, предусмотренные в законодательстве республики, и, в частности, в общереспубликанском классификаторе Республики Беларусь ОКРБ 005-2006 «Виды экономической деятельности», утвержденном постановлением Государственного комитета по стандартизации Республики Беларусь от 28.12.2006 г. № 65 «Об утверждении, введении в

действие, изменении и отмене технических нормативных актов в области технического нормирования и стандартизации и общегосударственного классификатора Республики Беларусь». Согласно этому документу под видом деятельности понимается процесс, в котором материальные ресурсы, оборудование, труд, технология сочетаются таким образом, что это приводит к получению однородного набора продукции (товаров или услуг). При этом не имеет значения, в какой сфере осуществляется эта деятельность (материальная, связанная с производством товаров, работ, или нематериальная, связанная с производством услуг).

Как представляется, **деятельность лица как система взаимосвязанных действий** должна иметь место **в определенной сфере экономической или иной деятельности**, связанной с выполнением работ, производством товаров, оказанием услуг как на коммерческой, так и на безвозмездной основе, должна носить **относительно постоянный характер** на момент совершения преступления, а совершенное преступление должно находиться **в непосредственной связи с деятельностью**, запрет на которую будет устанавливаться судом. Только при таких обстоятельствах суд вправе назначить осужденному наказание в виде запрещения заниматься определенной деятельностью.

Подчас занятие тем или иным видом деятельности может быть сопряжено с предварительным получением соответствующего специального разрешения (лицензии). К примеру, получение такого специального разрешения (лицензии) обязательно в случае занятия лицом одним из видов деятельности, предусмотренных в Перечне видов деятельности, на осуществление которых требуются специальные разрешения (лицензии), и уполномоченных на их выдачу государственных органов и государственных организаций, утвержденном Декретом Президента Республики Беларусь от 14.07.2003 г. № 17 «О лицензировании отдельных видов деятельности».

Возможно также осуществление определенного вида деятельности, не требующего наличия специального разрешения (лицензии), но обусловленного выполнением лицом определенных обязанностей. Например, деятельность физических лиц, постоянно проживающих в сельской местности, малых городских поселениях, ведущих личное подсобное хозяйство, по оказанию услуг в сфере агроэкотуризма не признается предпринимательской и не требует прохождения государственной регистрации и получения специального разрешения (лицензии). Однако до ее начала эти лица обязаны уплатить соответствующий сбор, письменно проинформировать соответствующий Совет депутатов первичного территориального уровня о намерении осуществлять такую деятельность, а также подать в налоговый орган по месту жительства заявление о постановке на учет с представлением документа, подтверждающего уплату сбора (см. Указ Президента Республики Беларусь от 02.06.2006 г. № 372 «О мерах по развитию агроэкотуризма в Республике Беларусь»).

Если вид деятельности, занятие которым запрещено осужденному по приговору суда, относится к числу требующих специального разрешения (лицензии), то в соответствии со ст. 33 УИК орган, выдавший такое

специальное разрешение (лицензию) обязан аннулировать его, изъять соответствующий документ, предоставляющий осужденному право заниматься указанной деятельностью, и направить сообщение об этом в уголовно-исполнительную инспекцию.

В подобной ситуации наказание в виде лишения права заниматься определенным видом деятельности порождает обязанности как для осужденного (прекратить соответствующий вид деятельности), так и для государственного органа, выдавшего осужденному соответствующее разрешение (лицензию): он обязан аннулировать его, уведомив об этом уголовно-исполнительную инспекцию.

Если такое разрешение (лицензия) не требуется, то обязанность по выполнению приговора суда в части запрета на занятие определенным видом деятельности возлагается только на осужденного. Он обязан выполнять предписания приговора, заключающиеся в запрете заниматься определенным видом деятельности (см. ст. 35 УИК).

ВАРИАНТ ЧЕТВЕРТЫЙ. Анализируемый вид наказания назначается осужденному, который на день вынесения приговора не осуществлял определенный вид (виды) деятельности, непосредственно связанный с совершенным им преступлением. Лишение судом осужденного права заниматься определенной деятельностью применительно к данной ситуации обусловлено тем, что на момент совершения преступления он таким видом (видами) деятельности занимался. В этом случае обязанность по выполнению приговора суда в части запрета на занятие определенным видом деятельности возлагается только на осужденного. Он обязан бездействовать, не осуществлять запрещенный ему виды (виды) деятельности.

В связи с изложенным возникает вопрос об обоснованности применения наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью к лицу, управлявшему транспортным средством не в связи с занимаемой им должностью или не в связи с осуществлением им деятельности, связанной с управлением транспортным средством.

3. О лишении права заниматься управлением транспортными средствами как видом деятельности.

Указанному вопросу уделил внимание Пленум Верховного Суда Республики Беларусь. В октябре 2008 года, обсудив практику рассмотрения судами дел о преступных нарушениях правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств, Пленум Верховного Суда Республики Беларусь сформулировал следующее правило назначения наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью за совершение этих преступлений: «лишение права заниматься таким видом деятельности, как управление транспортными средствами, не исключается и в отношении лиц, которые на момент совершения дорожно-транспортного происшествия осуществляли управление механическим транспортным средством при отсутствии водительского

удостоверения, выдаваемого в установленном порядке»[3] [п. 19]. По данному вопросу такую же позицию занял Пленум Верховного Суда Российской Федерации, высказав ее в п. 12 постановления от 09.12.2008 г. № 25 «О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения»[4].

Приведенное толкование уголовного закона высшим судебным органом системы общих судов Республики Беларусь, которому придан статус нормы права[5], и, в отличие от белорусского государства, носящий в Российской Федерации рекомендательный характер, порождает ряд вопросов, имеющих отношение как к названному виду наказаний, так и к системе наказаний, закрепленных в уголовном законе. Попытаемся ответить на них.

Если лицо совершило преступление, предусмотренное ст. ст. 317, 317[1] и 318 УК, во время выполнения обязанностей водителя транспортного средства (как работник транспортной или иной организации или индивидуального предпринимателя), то оно не относится к категории лиц, работа которого связана с занятием должности. Согласно абзацу 11 ст. 1 ТК **должность** – это служебное положение работника, обусловленное кругом его обязанностей, должностными правами и характером ответственности. Иными словами, это понятие («должность») используется не для такой категории работников как «рабочий», к которым относится и водитель транспортного средства. К работникам, занимающим должность, могут быть причислены лишь лица, входящие, как правило, в число руководителей, специалистов и служащих[6] [13, пп. 10.3, п. 10].

Говоря иначе, работник, относящийся к категории «рабочих» (водитель, тракторист, комбайнер и пр.), не занимающий должность, на наш взгляд, не может быть субъектом применения наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью посредством **лишения права занимать определенные должности**. Равным образом нельзя применять этот вид наказания к лицу, управлявшему транспортным средством в качестве частного лица. В этом случае он также не занимает должность, ибо вообще не находится в системе трудовых отношений

---

[3] О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств (ст. ст. 317 – 318, 321 УК): Постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 01.10.2008 № 7 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2008. – № 249. – 6/710.

[4] О судебной практике по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств, а также с их неправомерным завладением без цели хищения: Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 09.12.2008 № 25 // Российская газета. – 2008. – № 265.

[5] Согласно ч. 11 ст. 2 Закона Республики Беларусь от 10.01.2000 № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь относятся к числу нормативных правовых актов и в силу абзаца 13 ст. 1 этого Закона, изложенные в них положения являются нормами права – общеобязательными правилами поведения, рассчитанными на неопределенный круг лиц и неоднократное применение (Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2000. – № 7. – 2/136) (*примеч. авт.*).

[6] Постатейный комментарий к Трудовому кодексу Республики Беларусь: Для профессионалов в 40 выпусках. Выпуск 1 / Кривой В.И. и др. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2007.

«работник – наниматель» или отношений, связанных с избранием на должность.

Полагаем, что водитель транспортного средства, выполнявший функции рабочего по трудовому договору, совершивший преступление, предусмотренное ст. ст. 317, 317[1] и 318 УК, может быть подвергнут наказанию в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью посредством **лишения права заниматься определенной деятельностью**. В этом и других подобных случаях (например, при сдаче транспортного средства в аренду вместе с экипажем в соответствии со ст. ст. 603 – 606 ГК), когда управление транспортным средством осуществляется водителем как профессиональная деятельность, назначение ему данного вида наказания соответствует предписаниям ст. 51 УК. Аналогично следует поступать и в тех случаях, когда физическое лицо осуществляет предпринимательскую деятельность по перевозке грузов и (или) пассажиров в качестве индивидуального предпринимателя, вне рамок трудовых отношений.

Напротив, лицо, управляющее транспортным средством как частное лицо, использующее транспортное средство для осуществления поездок, выполняемых не в качестве профессиональной и иной деятельности (поездки на работу и с работы, в магазин, в гости и пр.), полагаем, не может быть подвергнуто наказанию в виде лишения права заниматься определенной деятельностью. Управление транспортным средством – конечно, вид человеческой деятельности[7] однако в ст. 51 УК речь идет о запрете обвиняемому заниматься деятельностью как системе действий в указанном выше значении, а не о запрете совершения отдельных действий.

Но как же тогда ограничить право лица на управление транспортным средством, если известно, что оно, например, совершило преступление, предусмотренное ст. 317[1] УК, поскольку пользуется автомобилем только раз в неделю, когда выезжает за город на дачу, и практически всегда возвращается обратно, находясь за рулем в состоянии алкогольного опьянения?

4. О необходимости введения лишения специального права в систему наказаний.

Увы, нынешний арсенал видов наказания, предусмотренных в статье 48 УК, не позволяет решить вышеуказанную проблему правовым путем, свойственным правовым государствам.

Представляется, что применение наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью в указанном и иных подобных случаях, есть ничто иное, как нарушение запрета на применение уголовной ответственности по аналогии, есть отступление от принципа строгого толкования закона (см. ч. 2 ст. 3 УК, ч. 3 ст. 72 Закона Республики Беларусь от 10.01.2000 г. № 361-З «О нормативных правовых актах Республики Беларусь»). И уж тем более вызывает сомнение правомерность

[7] Калинкович, В. Отдельные вопросы судебной практики по делам о преступлениях, связанных с нарушением правил дорожного движения или эксплуатации транспортных средств (ст. ст. 317 – 318, 321 УК) / В. Калинкович, Л. Дулько // Судовы веснік. – 2008. – № 4. – С. 13.

вышеприведенной нормы Верховного Суда Республики Беларусь назначать анализируемый вид наказания лицу, не имеющему права на управление транспортным средством, и, как следствие, не имеющему права на осуществление соответствующего вида деятельности, сопряженного с управлением транспортным средством. Подобный подход к решению данного вопроса несколькими месяцами ранее был обнародован в одном из белорусских юридических журналов[8].

Решение рассматриваемой проблемы видится в дополнении перечня видов наказаний новым видом наказания, который следует наименовать «**лишение специального права**».

Таким специальным правом является право управления транспортным средством лицом, участвующим в дорожном движении, предоставляемое физическим лицам, достигшим определенного возраста, удовлетворяющим определенным требованиям по состоянию здоровья, сдавшим квалификационные экзамены и получившим водительское удостоверение – документ, подтверждающий право управления механическим транспортным средством или самоходной машиной соответствующей категории (см. ст. ст. 5, 23, 25, 32 Закона Республики Беларусь от 05.01.2008 г. № 313-З «О дорожном движении», Положение о порядке приема квалификационных экзаменов на получение права управления механическими транспортными средствами (за исключением колесного трактора), утвержденное постановлением МВД Республики Беларусь от 30.12.2002 г. № 297). Лица, управляющие транспортными средствами, участвующими в движении железнодорожного, воздушного и водного транспорта, как правило, должны иметь специальное право на их управление, выдаваемое им после прохождения соответствующей подготовки и по результатам специального экзамена (см., например, гл. 5 Авиационных правил выдачи свидетельств и классификации авиационного персонала гражданской авиации Республики Беларусь, утвержденных постановлением Государственного комитета по авиации Республики Беларусь от 02.03.2004 г. № 2).

Если у лица имеется такое специальное право, то неважно, работает ли оно или ведет праздный образ жизни, а если работает, то не имеет значения, каков характер работы, связана ли она с этим правом. Важно, что такое право имеется. А совершенное им преступление указывает на то, что лицо этим правом злоупотребило. При таких обстоятельствах имеются основания для лишения такого права по приговору суда.

Если специальное право не получено (ситуация, о которой говорится в приведенном выше разъяснении Пленума Верховного Суда Республики Беларусь и Пленума Верховного Суда Российской Федерации), то при наличии соответствующих оснований лицо можно **ограничить в праве на его получение** на определенный срок, предусмотрев эти ограничения как составную часть наказания в виде лишения специального права.

---

[8] Сахарчук, А. Проблемные аспекты законодательной характеристики субъекта преступления в ст. 317[1] Уголовного кодекса Республики Беларусь / А. Сахарчук // Юстиция Беларуси. – 2008. – № 7. – С. 34, 37.

Отметим, что такая мера уголовно-правового воздействия как лишение специального права была известна белорусскому уголовному праву советского периода (см., например, ст. ст. 206 и 206[1] УК Республики Беларусь 1960 года). Правда, термин «лишение специального права» не использовался в уголовном законе. Об указанной мере уголовно-правового воздействия не упоминалось в Общей части УК. Ее не было в системе наказаний (см. ст. 21 УК 1960 года). В изъятие из общего правила эта мера уголовно-правового воздействия предусматривалась в Особенной части УК в качестве «лишения права управлять транспортными средствами» (ст. 206 УК 1960 года), «лишения водителя права управления транспортными средствами» (ст. 206[1] УК 1960 года).

О лишении права управлять транспортными средствами в ст. 206 УК 1960 года говорилось как об избираемой по усмотрению суда дополнительной мере к наказанию в виде штрафа, исправительных работ или лишения свободы, а в ст. 206[1] УК 1960 года – как об обязательной дополнительной мере к тем же видам наказания. Она была срочной, но без указания нижней границы. Максимальный срок не должен был превышать 5 лет. В ч. 2 ст. 206[1] УК 1960 года лишение права управлять транспортными средствами представлено в виде абсолютно определенной санкции («сроком на пять лет»). Отмечу, что такой же подход сохранился в УК Российской Федерации 1996 года, санкция ст. 264 которого предусматривает применение лишения права управлять транспортным средством, без указания в Общей части относительно правовой природы этой меры государственного принуждения[9].

Таким образом, в период действия УК Республики Беларусь 1960 года в уголовном законе правовой статус рассматриваемой меры уголовно-правового воздействия не был определен, хотя суды нередко именовали ее «дополнительной мерой наказания», «дополнительным наказанием в виде лишения права управлять транспортными средствами», не связывая ее никоим образом с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью[10]. Напротив, в литературе ее применение приводилось в качестве примера реализации наказания в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью[11], что едва ли соответствовало подходу законодателя к решению данного вопроса.

Если бы белорусский законодатель рассматривал лишение права управлять транспортным средством в качестве вида лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, он бы не вводил в санкции ст. 206 и 206[1] УК меры, не предусмотренные в Общей

---

[9] Уголовный кодекс Российской Федерации (по состоянию на 01.04.2009) // Консультант Плюс: Российская Федерация. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2009.

[10] Практика прокурорского надзора при рассмотрении судами уголовных дел: Сборник документов. – М.: Юридическая литература, 1987. – С. 104.

[11] Шкурко, В.А. О наказании / В.А. Шкурко // Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Белорусской ССР. / Под общ. ред. А.А. Здановича. 2-е изд., перераб. и доп.. – Минск: Беларусь, 1989. – С. 71; Шаргородский, М.Д. Система и виды наказаний / М.Д. Шаргородский // Курс советского уголовного права (Часть Общая). В 5 т. Т. 2. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1970. – С. 290.

части УК. Представляется, что, предусмотрев лишение права управлять транспортным средством как дополнительную к основным видам наказания меру уголовно-правового воздействия, законодатель дал ясно понять, что не причисляет ее к наказанию в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. Небезынтересно в этой связи отметить, что Пленум Верховного Суда Российской Федерации именует ее дополнительным наказанием, хотя ст. 44 УК Российской Федерации не дает оснований для такого утверждения.

До 1 января 2001 года (дня введения в действие УК 1999 года) в белорусском уголовном законе лишение специального права предусматривалось, но правовой статус этой меры уголовно-правового воздействия не был определен должным образом. Область применения лишения специального права была ограничена только правом на управление транспортным средством, что не позволяло суду применять лишение специального права более широко, и по другим уголовным делам (о незаконной охоте и др.).

5. Об историческом аспекте проблемы и законодательном опыте применения лишения специального права.

В советское время попытки судов применять лишение права на охоту как лишение специального права, в качестве самостоятельного наказания пресекались вышестоящими судами. Например, Верховный Суд СССР по одному из уголовных дел о незаконной охоте обоснованно признал незаконным назначение виновным дополнительного наказания в виде лишения права на охоту. В то же время он пошел по пути применения аналогии закона: придал лишению специального права (права на охоту) статус лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью[12]. Хотя уголовный закон, судебная практика и доктрина уголовного права исходили из недопустимости аналогии закона в сфере действия уголовного права[13], высшие судебные органы СССР и союзных республики подчас шли на применение аналогии уголовного закона в случае его пробельности под видом судебного толкования, которое, по сути, являлось принятием на себя функций законодателя[14].

В настоящее время наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью не позволяет решить в полном объеме проблему лишения осужденного специального права, злоупотребление которым проявляется в совершенном им преступлении.

---

[12] Практика прокурорского надзора при рассмотрении судами уголовных дел: Сборник документов. – М.: Юридическая литература, 1987. – С. 109.

[13] Барков, А.В. Верховный Суд Республики Беларусь и совершенствование уголовного законодательства / А.В. Барков // Верховный Суд Республики Беларусь: история и современность (1923 - 1998) / Под ред. В.О. Сукало, Л.Л. Зайцевой. – Минск: ИнтерДайджест, 1998. – С.158-159.

[14] Лукашов, А.И. Правовая природа и значение постановлений Пленума Верховного Суда Республики Беларусь по уголовным делам: О правовой природе постановлений Пленума Верховного Суда Республики Беларусь / А.И. Лукашов // Право Беларуси. – 2002. – № 22 – С. 64.

Отсутствие в перечне видов наказания лишения специального права не дает возможности суду лишить права на охоту лицо, осужденное по ст. 282 УК за незаконную охоту.

Право на охоту также является специальным правом, поскольку предоставляется дееспособным физическим лицам, достигшим определенного возраста, сдавшим специальный охотничий экзамен и получившим государственной удостоверение на право охоты (см. п. 145, 147 Правил ведения охотничьего хозяйства и охоты, утвержденных Указом Президента Республики Беларусь от 08.12.2005 г. № 580). Также как и право управления транспортным средством, право на охоту является срочным (10 лет). Среди оснований к прекращению этого права, перечисленных в пункте 180 Правил ведения охотничьего хозяйства и охоты, не предусмотрено совершение незаконной охоты, за которую лицо привлечено к административной или уголовной ответственности. К осужденным (частным лицам) по ст. 282 УК суды не применяют и дополнительное наказание в виде лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью [4 - 9], отдавая отчет в том, что подобное решение, направленное на лишение осужденного права на охоту, было бы натяжкой, отступлением от принципа строгого толкования уголовного закона.

Надлежит отметить, что такой вид административного взыскания как «лишение специального права» давно известен законодательству об административных правонарушениях. Так, в Кодексе Республики Беларусь об административных правонарушениях (КоАП) от 06.12.1984 г. № 4048-XII этот вид взыскания находился в системе административных взысканий. Он выражался в лишении двух специальных прав: права управления транспортными средствами и права охоты (см. ст. ст. 23, 24 и 29 названного кодекса).

В КоАП от 21.04.2003 г. № 194-З лишение специального права сохранилось в системе административных взысканий. Упоминается только об одной его разновидности (лишении права управления транспортными средствами). Другие его разновидности могут применяться в зависимости от того, предусмотрено ли такое право в законодательстве (см. ст. ст. 6.2, 6.3 и 6.8 КоАП от 21.04.2003 г. № 194-З). Анализ статей Особенной части этого кодекса показывает, что данный вид административного взыскания может применяться как в отношении лиц, имеющих право управления транспортными средствами, так и в отношении лиц, имеющих право на охоту.

Характерно, что КоАП от 21.04.2003 г. № 194-З наряду с административным взысканием в виде лишения специального права предусматривает и административное взыскание в виде лишения права заниматься определенной деятельностью. Иными словами, законодательство об административных правонарушениях давно решило проблему использования лишения правонарушителя специального права путем его узаконения в качестве самостоятельного вида административного взыскания (и основного, и дополнительного).

С другой стороны, оно использовало и наработки уголовного закона, расширив спектр административных взысканий за счет такого вида административного взыскания как лишение права заниматься определенной деятельностью (и основного, и дополнительного). Применение этого вида административного взыскания обусловлено характером совершенного лицом административного правонарушения, связанного с осуществлением правонарушителем лишь видов деятельности, на осуществление которых требуется специальное разрешение (лицензия), если будет признано невозможным сохранение за физическим или юридическим лицом права заниматься такими видами деятельности (см. ст. ст. 6.2, 6.3 и 6.9 КоАП от 21.04.2003 г. № 194-З).

В уголовном законодательстве многих иностранных государств предусмотрено лишение осужденного специального права. Хотя решается данный вопрос по-разному.

Например, в латвийском уголовном законе лишение специального права является составной частью наказания в виде ограничения прав, которое выражается, в частности, в лишении права на «получение разрешений или прав, предусмотренных специальным законом»[15].

В Уголовном кодексе Франции выделяются следующие виды лишения специального права: лишение водительских прав, запрещение управлять некоторыми видами транспортных средств, аннулирование водительских прав, запрещение хранения или ношения оружия, на которое требуется разрешение, изъятие разрешения на охоту с запрещением ходатайствовать о выдаче нового разрешения[16].

Уголовный кодекс Польши предусматривает, что суд может на определенный срок запретить осужденному управлять средством передвижения определенного вида в случае, если дальнейшее управление им лицом, совершившим преступление против безопасности движения, создает угрозу безопасности движения, либо может запретить осужденному управлять любыми механическими средствами передвижения или механическими средствами передвижения определенного вида, либо может запретить управлять любыми средствами передвижения навсегда, если лицо в момент совершения преступления против безопасности движения находилось в состоянии опьянения, под воздействием одурманивающего средства или скрылось с места происшествия[17].

Представляется, что достижения отечественного и зарубежного законодательства в части лишения специального права могут быть с пользой реализованы при введении названного вида наказания в отечественную систему наказаний.

---

[15] Уголовный закон Латвийской Республики / Науч. ред. и вступ. статья А.И. Лукашова и Э.А. Саркисовой. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 79.

[16] Уголовный кодекс Франции / Науч. ред. Л.В. Головко, Н.Е. Крылова. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 85.

[17] Уголовный кодекс Республики Польша / Науч. ред. А.И. Лукашов, Н.Ф. Кузнецова. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 63-64.

6. Предложения законодателю.

Вышеизложенное позволяет сформулировать следующие de lega ferenda (предложения законодателю).

В целях реализации требований системного и комплексного регулирования уголовно-правовых отношений, возникающих в связи с введением нового вида наказания, представляется необходимым внести следующие коррективы в уголовный закон[18]:

1. в статью 48 УК:

1.1. часть первую дополнить пунктом следующего содержания:

«2^1) лишение специального права»;

1.2. часть третью после слова «штраф» дополнить словами «лишение специального права»;

2. дополнить УК статьей следующего содержания:

«Статья 50^1. Лишение специального права

1. Лишение специального права заключается в запрете осужденному в течение срока, назначенного по приговору суда:

1) пользоваться правом, предоставленным ему в установленном порядке в соответствии с законодательством;

2) получить такое право.

2. Лишение специального права, предоставленного физическому лицу, применяется за нарушение порядка пользования этим правом, если, исходя из характера совершенного лицом преступления, связанного с нарушением специального права, суд признает невозможным сохранение за ним этого права.

3. Лицу, которому специальное право не предоставлено, наказание в виде лишения специального права назначается, если оно совершило в качестве исполнителя преступление, выражающееся с объективной стороны в выполнении действий, обусловленных наличием специального права, в связи с чем суд признает невозможным получение им такого права.

4. Лишение специального права устанавливается на срок от одного года до пяти лет в случаях, установленных настоящим Кодексом.

5. Лицо, совершившее преступление, повлекшее смерть или причинение тяжкого телесного повреждения в результате управления им транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения или состоянии, вызванном потреблением наркотических средств, психотропных, токсических или других одурманивающих веществ, либо в нарушение установленных правил скрылось с места совершения такого преступления, может быть лишено судом специального права на срок от пяти до двадцати пяти лет или пожизненно.

6. Лишение права управления транспортным средством не может назначаться лицу, которое пользуется этим средством в связи с инвалидностью, за исключением случаев управления транспортным средством в состоянии алкогольного опьянения или состоянии, вызванном потреблением

---

[18] Ввиду ограниченного объема работы не приводится обоснование тех или иных конкретных решений, предлагаемых автором (*примеч. авт.*).

наркотических средств, психотропных, токсических или других одурманивающих веществ, либо отказа от прохождения в установленном порядке проверки (освидетельствования) на предмет определения состояния алкогольного опьянения или состояния, вызванного потреблением наркотических средств, психотропных, токсических или других одурманивающих веществ, либо оставления в нарушение установленных правил места совершения преступления.

7. При назначении наказания в виде лишения специального права в качестве основного наказания, дополнительного наказания к общественным работам, штрафу, исправительным работам, ограничению по военной службе, при отсрочке исполнения наказания и условном неприменении наказания, если исполнение дополнительного наказания не отсрочено, срок исполнения наказания в виде лишения специального права исчисляется со дня вступления приговора суда в законную силу. При назначении этого наказания в качестве дополнительного к аресту, ограничению свободы, направлению в дисциплинарную воинскую часть или лишению свободы оно распространяется на все время отбывания осужденным основного наказания и сверх того – на срок, установленный приговором.

Примечание: под транспортным средством в настоящей статье понимается транспортное средство, указанное в примечании к ст. 317 настоящего Кодекса, а также иные транспортные средства, управление которыми осуществляется лицом во время совершения преступлений, предусмотренных ст. ст. 214, 311, 314, 316 и 464 настоящего Кодекса»;

3. часть вторую статьи 74 УК после слова «штрафа,» дополнить словами «лишения специального права,»;

4. часть первую статьи 90 УК после слов «отбывающим наказание в виде» дополнить словами «лишения специального права,»;

5. статью 109 УК дополнить пунктом следующего содержания:

«2^1) лишение специального права;»;

6. дополнить УК статьей следующего содержания:

«**Статья 111^1. Лишение специального права.**

Лишение специального права назначается лицу, достигшему шестнадцатилетнего возраста ко дню постановления приговора, на срок от одного года до трех лет.»;

7. в статье 214 УК:

7.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказывается штрафом с лишением специального права или без лишения, или арестом на срок до шести месяцев с лишением специального права или без лишения, или ограничением свободы на срок от двух до пяти лет с лишением специального права или без лишения, или лишением свободы на срок до пяти лет с лишением специального права или без лишения.»;

7.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет с лишением специального права или без лишения.»;

7.3. абзац второй части третьей изложить в следующей редакции:

«наказываются лишением свободы на срок от пяти до десяти лет с лишением специального права или без лишения.»;

8. в статье 282 УК:

8.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказывается штрафом с лишением специального права или без лишения, или исправительными работами на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения, или арестом на срок до шести месяцев с лишением специального права или без лишения.»;

8.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказываются штрафом с лишением специального права или без лишения, или арестом на срок до шести месяцев с лишением специального права или без лишения, или лишением свободы на срок до трех лет с лишением специального права или без лишения.»;

8.3. абзац второй части третьей изложить в следующей редакции:

«наказывается лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью со штрафом и с лишением специального права или без лишения, или ограничением свободы на срок до трех лет с лишением специального права или без лишения и с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, или лишением свободы на срок до четырех лет с лишением специального права или без лишения и с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью»;

8.4. абзац второй части четвертой изложить в следующей редакции:

«наказывается лишением свободы на срок до шести лет со штрафом и лишением специального права.»;

9. в статье 311 УК:

9.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказываются ограничением свободы на срок до пяти лет с лишением специального права или без лишения или лишением свободы на тот же срок с лишением специального права или без лишения.»;

9.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказываются ограничением свободы на срок от трех до пяти лет с лишением специального права или без лишения или лишением свободы на срок от трех до семи лет с лишением специального права или без лишения.»;

9.3. абзац второй части третьей изложить в следующей редакции:

«наказываются лишением свободы на срок от пяти до пятнадцати лет с лишением специального права.»;

10. в статье 314 УК:

10.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказывается арестом на срок от трех до шести месяцев с лишением специального права или без лишения, или ограничением свободы на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения, или лишением свободы на тот же срок с лишением специального права или без лишения или с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью или без лишения.»;

10.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказывается ограничением свободы на срок до пяти лет с лишением специального права или лишением свободы на тот же срок с лишением специального права или с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью или без лишения»;

10.3. абзац второй части третьей изложить в следующей редакции:

«наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет с лишением специального права.»;

11. в статье 316 УК:

11.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказывается штрафом с лишением специального права или без лишения, или лишением специального права, или исправительными работами на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения, или ограничением свободы на тот же срок с лишением специального права или без лишения, или лишением свободы на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения.»;

11.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказывается исправительными работами на срок до двух лет с лишением специального права, или ограничением свободы на срок до пяти лет с лишением специального права, или лишением свободы на срок до семи лет с лишением специального права.»;

12. в статье 317 УК:

12.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказывается штрафом с лишением специального права или без лишения, или лишением специального права, или лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью с лишением специального права или без лишения, или исправительными работами на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения, или арестом на срок до шести месяцев с лишением специального права или без лишения, или ограничением свободы на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения, или лишением свободы на тот же срок с лишением специального права или без лишения.»;

12.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказывается исправительными работами на срок до двух лет с лишением специального права, или ограничением свободы на срок до пяти лет с лишением специального права, или лишением свободы на тот же срок с лишением специального права»;

12.3. абзац второй части третьей изложить в следующей редакции:

«наказывается лишением свободы на срок от трех до семи лет с лишением специального права.»;

13. в статье 317^{1} УК:

13.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказываются штрафом с лишением специального права, или лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью со штрафом и с лишением специального права, или

исправительными работами на срок до двух лет с лишением специального права или с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, или арестом на срок до шести месяцев с лишением специального права или с лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.»;

13.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказываются штрафом с лишением специального права, или исправительными работами на срок до двух лет с лишением специального права, или арестом на срок до шести месяцев с лишением специального права.»;

14. в статье 318 УК:

14.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказываются штрафом с лишением специального права или без лишения, или исправительными работами на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения, или ограничением свободы на тот же срок с лишением специального права или без лишения, или лишением свободы на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения.»;

14.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказываются ограничением свободы на срок до пяти лет с лишением специального права или без лишения или лишением свободы на тот же срок с лишением специального права или без лишения.»;

15. дополнить УК статьей следующего содержания:

«**Статья 416[1]. Неисполнение приговора суда о лишении специального права.**

Умышленное неисполнение осужденным вступившего в законную силу приговора суда о лишении его специального права – наказывается штрафом или арестом на срок до шести месяцев со штрафом.»;

16. в статье 464 УК:

16.1. абзац второй части первой изложить в следующей редакции:

«наказывается ограничением по военной службе на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения, или арестом на срок до шести месяцев с лишением специального права или без лишения, или направлением в дисциплинарную воинскую часть на срок до двух лет с лишением специального права или без лишения, или лишением свободы на тот же срок с лишением специального права или без лишения.»;

16.2. абзац второй части второй изложить в следующей редакции:

«наказывается лишением свободы на срок до пяти лет с лишением специального права.»;

16.3. абзац второй части третьей изложить в следующей редакции:

«наказывается лишением свободы на срок от двух до семи лет с лишением специального права.».

Введение нового вида наказания потребует также дополнения УИК главой 5^1 «Исполнение наказания в виде лишения специального права», в которой надлежит предусмотреть порядок исполнения данного вида наказания. Следует

также внести соответствующие коррективы в другие структурные элементы этого кодекса, в частности, в ст. 14, 18, 179 УИК.

Новый вид наказания, вводящий ограничения на получение или пользование специальным правом, должен найти соответствующее отражение в нормах Закона Республики Беларусь от 05.01.2008 г. № 313-З «О дорожном движении» и Правил ведения охотничьего хозяйства и охоты, утвержденных Указом Президента Республики Беларусь от 08.12.2005 г. № 580, регламентирующих вопросы предоставления и лишения специального права, а также в других нормативных правовых актах, в которых регулируются эти же вопросы.

Установление уголовной ответственности за неисполнение приговора суда о лишении специального права обязывает законодателя к определению подследственности уголовных дел о преступлениях, предусмотренных ст. 416^1 УК, что обусловливает необходимость внесения соответствующих дополнений в ст. 182 Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь (УПК).

Введение в уголовный закон указанных новелл потребует внесения определенных корректив и в нормы КоАП, регламентирующие применение административного взыскания в виде лишения специального права.

С учетом предписаний пакетного принципа формирования законодательства все предлагаемые новеллы в УК, УИК, УПК, КоАП и Закон «О дорожном движении» должны найти отражение в одном законопроекте. Одновременно следует подготовить проект Указа Президента Республики Беларусь, вводящий соответствующие коррективы в Правила ведения охотничьего хозяйства и охоты, приурочив вступление его в силу ко дню вступления в силу закона, вводящего предлагаемые изменения и дополнения в УК и иные вышеназванные законодательные акты. Потребуется соответствующая корректировка и других нормативных правовых актов, регламентирующих те или иные вопросы предоставления и лишения специального права.

Заключение

Наличие в системе наказаний такого вида наказания как лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью не позволяет решить в полном объеме проблему лишения осужденного специального права (права управления транспортным средством, используемым в дорожном движении, на железнодорожном, воздушном или водном транспорте, права на охоту и др.), злоупотребление которым проявляется в совершенном лицом преступлении.

Отечественный и зарубежный опыт противодействия злоупотреблению специальным правом делает актуальным дополнение системы наказаний, предусмотренной ст. 48 УК, новым наказанием в виде лишения специального права. Приведенные выше новеллы, реализующие указанное предложение исходят из пакетного принципа формирования законодательства, позволяют решить рассматриваемую проблему комплексно и системно, будут

способствовать повышению эффективности уголовной ответственности, точному осуществлению принципа строгого толкования уголовного закона.

ПРИНЦИП ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ НАКАЗАНИЯ ДОЛЖЕН НЕУКЛОННО СОБЛЮДАТЬСЯ

В.Л. Калинкович
заместитель Председателя
Верховного Суда Республики
Беларусь

Результаты судебного разбирательства оцениваются людьми, прежде всего в контексте назначенного обвиняемому наказания как справедливой кары за содеянное. На протяжении веков в качестве такой кары и средства устрашения потенциальных преступников в основном использовались смертная казнь, телесные наказания, длительное тюремное заключение или каторжные работы, представлявшие собой для большинства осужденных ту же смертную казнь, но растянутую во времени.

Воздаяние лицу за содеянное зло оценивается как выражение социальной справедливости и на современном этапе развития человеческой цивилизации. Однако объектом воздействия служит уже не физическое тело преступника, а система его индивидуальных ценностей, которые создали основу для мотивации преступного деяния. Этим обусловлено разнообразие мер уголовно-правового воздействия, подходов к их применению и уголовно-правовых доктрин.

Наша страна вступила в XXI век с Уголовным кодексом, который предоставляет судам уникальные возможности для индивидуализации назначаемого наказания. Трудно найти не только в регионе СНГ, но и в мире уголовный закон, предусматривающий 11 видов наказания, столь широко воплощенных в уголовно-правовых санкциях, большинство из которых при этом еще бы реально применялись. Тем не менее, именно наказание в виде лишения свободы и все, что связано с его назначением и исполнением, по-прежнему составляют сегодня основную сферу общественного внимания. И внесение вопроса о назначении судами наказания в виде лишения свободы на рассмотрение Пленума Верховного Суда было вызвано отнюдь не изобилием проблем, связанных с применением ст. 57 УК. Обратившись к тексту постановления, можно увидеть, что предельно прикладной характер носят лишь разъяснения, содержащиеся в п. 7 и п. 8 постановления[1]. Ответы на часть более локальных вопросов сконцентрированы в обзоре судебной практики.

Актуальность рассматриваемого вопроса состоит в необходимости осознания роли и места лишения свободы среди уголовных наказаний на

[1] Постановление Пленума Верховного Суда от 25 марта 2009 г. № 1 «О назначении судами наказания в виде лишения свободы».

современном этапе, оценки сложившихся тенденций и определения ближайших перспектив формирования практики назначения наказаний и системы мер уголовной ответственности в целом.

Сегодня все больше научных работников и практиков склоняются к убеждению в неэффективности лишения свободы, его разрушительном воздействии на психологический и социальный статус заключенного. Надо признать, что такие оценки имеют под собой почву и подтверждаются результатами специальных исследований и обобщений. Прогрессивно мыслящие юристы, криминалисты, социологи во всем мире занимаются поиском эффективных и оптимальных подходов к уголовной ответственности с целью смещения акцентов от чисто карательных средств воздействия на виновного к примирительным и восстановительным, к максимальному учету интересов жертв преступлений.

Эту проблему приходится решать и нам. Республика Беларусь никогда не отличалась высоким уровнем криминализации населения. Тем не менее коэффициент осужденных к лишению свободы на 100 тысяч населения в нашей стране до сих пор не внушает оптимизма. Этому есть свои причины.

Распад СССР, возникшие на этом фоне социально-экономические проблемы повлекли последовательный, более чем 10-летний рост преступности, включая тяжкую и особо тяжкую ее составляющие. Введенный же в действие в 2001 году Уголовный кодекс содержал завышенные оценки категорий тяжести ряда преступлений, серьезные ограничения в назначении наказаний за повторное совершение даже наименее опасных преступлений, что фактически заблокировало применение судами многих альтернатив. В итоге к 2002 году удельный вес лишения свободы в системе наказаний превысил 36 %, а уголовно-исполнительная система перестала справляться с огромным количеством заключенных, поступавших в исправительные колонии.

Стало очевидно, что без внесения радикальных поправок в уголовный закон, смягчения уголовных санкций и сокращения осуждения к лишению свободы ситуация может вообще выйти из-под контроля. Исправить положение мог решительный поворот от неоправданной строгости назначаемых наказаний к их неотвратимости и максимальной индивидуализации. Тогда Верховным Судом был внесен ряд предложений, возможные последствия которых прогнозировались исходя из анализа криминогенной ситуации и судимости за предшествовавшие 15 лет. Не все наши идеи воспринимались однозначно. Тем не менее, Глава государства поддержал эти начинания, в 2003 году они были воплощены законодателем в текст уголовного закона. Сегодня есть основания подвести определенные итоги применения уголовного закона в его обновленной редакции за пятилетний период.

Своевременность предпринятых шагов подтвердило время. Кстати, далеко не все наши соседи по СНГ смогли переломить негативные тенденции. В той же России, Казахстане удельный вес лишения свободы по-прежнему составляет 33–34 %. А если вникнуть в существо предлагаемых сегодня в России реформ уголовного закона, очевидно, что их направленность очень созвучна с тем, чем мы занимались в 2002–2003 годах.

У нас же в 2008 году общая судимость составила 68,5 тысячи человек, приблизившись фактически к уровню 2003 года, причем лишь 11–12 % от общего числа осужденных составляют лица, совершившие тяжкие и особо тяжкие преступления. Впервые за последние 10 лет лишение свободы перестало преобладать в системе применяемых судами уголовных наказаний (22,6 %), что в количественном выражении составляет 15 467 лиц и соответствует уровню 2001 года.

Учитывая, что преступность имеет глубокие социальные корни, это прежде всего результат серьезных достижений в социально-экономическом развитии страны. Однако общепредупредительная функция уголовных санкций реализуется и посредством их применения судами.

К сожалению, сегодня нет оснований говорить о победе над преступностью, полном и окончательном решении проблемы применения лишения свободы. Мы всего лишь несколько продвинулись в ее решении. Дальнейшее будет зависеть от правильного выбора направления и последовательности прилагаемых усилий.

Все эти годы Верховным Судом планомерно реализуется система мер, направленных на обеспечение точного соблюдения судами требований уголовного закона и его основной концепции: применение предусмотренных законом строгих мер наказаний за совершение тяжких и особо тяжких преступлений с одновременным использованием широких альтернатив лишению свободы в отношении лиц, совершивших неопасные преступления.

Концепцию дальнейшего движения составляют положения, высказанные 25 марта 2008 года Президентом страны на совещании судей судов республики. Глава государства обратил внимание на то, что настало время проявлять более взвешенный и избирательный подход к применению лишения свободы. Шире применять за преступления небольшой и средней тяжести такие наказания, как штраф, исправительные работы, ограничение свободы, не допуская в то же время снисхождения к лицам, совершившим тяжкие преступления, связанные с насилием над личностью и коррупцией.

Эти установки последовательно реализуются в судебной практике. Удельный вес применения денежного штрафа в 2008 году превысил 14 %. Исправительные работы назначены 19 %, а ограничение свободы – 25 % лиц. Несколько уменьшилось применение краткосрочного ареста (9 %).

Однако это усредненные цифры. При сходных характеристиках преступности и судимости продолжает иметь место различие в подходах на уровне регионов. Так, в Могилевской области удельный вес применения как лишения свободы, так и денежного штрафа составил по 20 %. Всего 20 % лиц осуждено к лишению свободы и в Брестской области, причем это не сопровождается всплесками тяжкой преступности. В то же время судами г. Минска к лишению свободы опять осуждено почти 30 % лиц. Но в мегаполисе с развитой инфраструктурой, где практически идеальны условия не только для назначения альтернативных наказаний, но и их исполнения, результаты, по идее, должны быть другими. Это позволяет утверждать о наличии возможностей для дальнейшей оптимизации судебной практики.

В истекшем году 5,5 тысячи лиц приговорены к лишению свободы за тяжкие и особо тяжкие преступления. За последние же пять лет к длительным срокам заключения осуждены: 4 200 лиц, совершивших убийства; 5 400 – тяжкие телесные повреждения; более 5 000 – за разбои; 3 900 – за сбыт наркотиков; 1 080 – за получение взяток. Более 100 человек осуждены за руководство и активное участие в бандах и иных организованных преступных формированиях.

Лишение свободы выступает здесь действенным средством длительной изоляции от общества наиболее опасных преступников. Статистика свидетельствует и о положительном предупредительном действии строгих уголовно-правовых санкций при их последовательном и адекватном применении судами. «Потворствовать греху есть то же преступление, карая одного, спасаю многих я» – писал А.С. Пушкин.

В истекшем году лишение свободы было назначено также 257 лицам, совершившим не представляющие большой общественной опасности преступления, и 9,4 тысячи за менее тяжкие, санкции за которые носят в основном альтернативный характер.

Если же брать все количество осужденных к лишению свободы, то 11 % лиц оно назначено на срок до одного года; 31 % – свыше года и до двух лет; 21 % – на срок свыше двух и до трех лет включительно.

Из 36,7 тысячи осужденных, содержавшихся в исправительных колониях на 1 января 2009 года, более 17 тысяч отбывали лишение свободы впервые. Возникает вопрос, во-первых, об объективной обусловленности этих показателей, а во-вторых, о наличии либо отсутствии предпосылок для еще более взвешенного применения лишения свободы за нетяжкие преступления. Ведь требования ч. 2 ст. 62 УК прямо предписывают судам назначать лишение свободы лишь при условии, что цели уголовной ответственности виновного не могут быть достигнуты применением другого, более мягкого наказания, предусмотренного санкцией статьи.

Преступность в Республике Беларусь достаточно молода, основное число осужденных составляют лица в возрасте от 20 до 40 лет, что в принципе не исключает возможности их исправления. Однако в истекшем году более 44 % осужденных на момент совершения преступления не были заняты общественно полезным трудом или учебой; более 47 % совершили преступления, будучи нетрезвыми; более 16 % страдали алкогольной или наркотической зависимостью.

Отрицательные данные о личности виновного в ряде случаев оказываются единственным фактором, определяющим выбор суда в пользу более строгого вида наказания.

Уголовно-правовые санкции за ряд преступлений, формально относящихся к категории менее тяжких, далеко не случайно содержат в себе лишение свободы на срок до пяти, а то и до семи лет. Ведь соответствующие деяния в рамках этой категории представляют более значительную общественную опасность, чем остальные. Так, в истекшем году лишение свободы было назначено почти 300 лицам, совершившим ДТП, повлекшие гибель людей. Еще

370 человек осуждено к лишению свободы за простое или групповое хулиганство.

Далее. Почти половину осужденных на протяжении многих лет составляют лица, совершившие хищения имущества. Соответствующую распространенность имеет и применение лишения свободы. В 2008 году за некрупные кражи к лишению свободы осуждено 3 300, грабежи – 1 300, мошенничество – 400 человек. Это примерно половина всех осужденных к лишению свободы за менее тяжкие преступления. Такие подходы трудно назвать неадекватными.

Фактором, объективно влияющим на выбор судами мер уголовно-правового воздействия, всегда выступало наличие у лица непогашенной и неснятой судимости за предыдущее преступление, тем более, если и предыдущее наказание было отбыто не полностью. Данный факт влечет назначение более строгого наказания не только в ситуациях, когда влияет на более «жесткую» юридическую квалификацию содеянного.

Анализируя и устанавливая причины, по которым применение наказания в прошлом не оказало необходимого воздействия, суды обязаны выполнять прямые нормативные предписания о назначении наиболее строгого наказания, из числа предусмотренных законом, при опасном и особо опасном рецидиве преступлений. Это определило в истекшем году судьбу 2 000 осужденных к лишению свободы.

Всего же, от общего числа осужденных в 2008 году, 11,6 тысячи, или 17 % имели одну, а 16,4 тысячи (24 %) – две и более непогашенных судимости. Если иметь в виду еще и тех, чья судимость к моменту нового осуждения была погашена, то в последние пять лет прослеживается четкая тенденция, в соответствии с которой более половины ежегодно осуждаемых лиц в прошлом привлекались к уголовной ответственности. Состояние и структура рецидивной преступности остается одним из основных факторов, прямо влияющих на применение судами наказания в виде лишения свободы.

При рецидиве в основном совершаются преступления против собственности (более 11 тысяч осужденных в 2008 году); еще тысяча – хулиганство; почти 3 тысячи потенциальных заключенных дает ежегодно осуждение лиц, уклоняющихся от уплаты алиментов и других средств на содержание. Некоторые из них последовательно продвигаются к тюрьме, уклоняясь сначала от алиментов, потом – от исправительных работ и ограничения свободы.

Таким образом, преобладание назначения лишения свободы на небольшие сроки находит свое логическое объяснение: в большинстве санкций за менее тяжкие преступления верхний предел лишения свободы составляет три – пять лет, за не представляющие большой общественной опасности – два года.

В период отбывания различных видов наказания в прошлом году совершили новые преступления и были осуждены 4,6 тысячи лиц, еще 1 310 – в период условно-досрочного освобождения, 487 – иных мер уголовной ответственности. За уклонение от отбывания исправительных работ осуждено 2 779, а за уклонение от ограничения свободы – 2 525 лиц.

Это вызывает неоднозначные оценки и практиков, и криминологов, создавая впечатление о чрезмерном увлечении альтернативными видами наказания и провоцировании рецидива.

Риск совершения осужденным нового преступления в период отбывания наказания, не связанного с лишением свободы, или иных мер уголовной ответственности существует всегда. И самое простое, на первый взгляд, противоядие – либо сразу отправить человека в тюрьму, либо сделать это при повторной судимости, даже если преступление заключается в краже двух мешков картошки. Так трактовала эти вещи главенствовавшая у нас в течение десятилетий правовая доктрина. Но мы от этого долго и трудно уходили к осознанию, что нельзя так легко направлять человека в «тюремный университет». И как сегодня вообще можно отказаться от того же ограничения свободы, исправительных работ, прямо предусмотренных в сотнях уголовно-правовых санкций, составляя во многих из них единственную альтернативу лишению свободы? Чем их заменить? Действующая редакция уголовного закона прямо обязывает суд, в том числе при наличии так называемого «простого» рецидива неопасных преступлений, максимально полно исследовать данные о личности виновного, оценить обстоятельства дела и определить ту меру ответственности, тот объем ограничений его прав и свобод, который заставил бы человека остановиться. И это требование должно неуклонно исполняться. Нельзя, к сожалению, приговором суда запрограммировать человека на правопослушное поведение. К этому он должен прийти сам. А помочь ему – и суд, вынесенным справедливым наказанием, и уголовно-исполнительная система, и те общественные институты, которые призваны влиять на человека положительно, могут. Если даже судимость не первая, но мы не видим в человеке тех наклонностей, которые делают его социально опасным, когда сам он стремится к законопослушанию и заглаживанию нанесенного вреда – суд не всегда должен отказать ему еще в одном шансе! На это обращено внимание судов в п. 3 принятого Пленумом постановления.

Действительно, от отбывания наказания уклоняются до 20 % осужденных к исправительным работам, до 14 % – к ограничению свободы. Но во всех ли случаях суды ошиблись, или же здесь вина тех, кто призван исполнять приговор? Есть, конечно, и судебные ошибки. Недавно по мягкости наказания был отменен приговор в отношении лица, которое шесть раз отбывало лишение свободы, а в очередной раз суд за мелкую кражу решил назначить ему ограничение свободы. Опыт оказался отрицательным, но ведь это не система. Есть и другие факты. В истекшем году каждый пятый осужденный к лишению свободы совершил новое преступление уже в течение первого года после освобождения, опять же, из мест лишения свободы. А после отбытия ограничения свободы – 153, после отбытия всех остальных мягких видов наказаний – 1 071, или каждый тридцатый. Как ни оценивай, а факты свидетельствуют, что колония в итоге исправляет хуже, и суды в целом это понимают правильно.

Внесение на Пленум вопроса о назначении судами наказания в виде лишения свободы вызвало неоднозначную реакцию в среде правоведов и практиков. Автору этих строк пришлось выслушивать и суждения, в том числе действующих судей, о том, что не годится превращать заседание Пленума в научную конференцию, что суды ждут от Пленума более конкретных рекомендаций: кого, за что, и на сколько лишать свободы. Хотелось бы процитировать в этой связи слова А.Ф. Кони, одного из видных юристов прошлых лет, о том, что наказание есть не только правовое, но и бытовое явление, и его нельзя прилагать механически ко всякому преступлению одинаково. Назначение наказания требует от судьи взвешенности и житейской мудрости. Происходит это в совещательной комнате, где находятся лишь материалы дела, текст закона да судейская совесть и правосознание. Мы никогда не допускали и не допустим, чтобы разъяснения Пленума, высказывания руководства и судей вышестоящих судов, другие факторы оказывали отрицательное влияние на формирование внутреннего судейского убеждения. Это очень тонкий вопрос, лежащий на стыке права, социальной и юридической психологии. Некорректные инструкции могут привести к неоправданно резким и непродуманным кренам в судебной практике, что прямо отразится на интересах людей и всего общества. Речь не идет, и никогда не шла, об объявлении судебной властью какой-то «эры всеобщего милосердия». Убежден судья, что другого выхода, кроме как лишить человека свободы, нет – ну, что ж… Но при этом, уважаемый служитель правосудия, будь добр выполнить прямые предписания ч. 2 ст. 360 УПК и привести в приговоре обоснование, почему ты решил так, а не иначе. У гуманизма ведь тоже есть свои пределы. И если конкретный человек ворует или хулиганит без остановки, несмотря на все усилия направить его на истинный путь – лишение свободы есть крайняя, но необходимая мера ограждения общества от «подвигов» этого субъекта.

Выбор судами наказания должен стать еще более осознанным, продуманным и взвешенным.

При этом надо помнить, что лишение свободы не является универсальной мерой предотвращения преступности; что содержание в местах лишения свободы заключенных обходится государству ежемесячно порядка 4 миллионов евро; что места лишения свободы, при всех режимных ограничениях, были и остаются школой преступности, особенно для несовершеннолетних; что самые строгие меры наказания не приводят в итоге к разрешению конфликта между членами общества, возникшего в связи с совершением преступления.

Мы должны не торопясь, но неуклонно готовить общество к восприятию этих вещей, к осознанию, что карой за содеянное является не только лишение свободы, но и другие меры наказания. Если человек уплатил по приговору суда штраф или вообще освобожден от наказания в связи с возмещением ущерба, то он тем самым не откупился от правосудия, а понес серьезные ущемления своих имущественных прав.

Еще об одном аспекте. Всегда ли правильно разрешается судьба людей, впервые попавших на скамью подсудимых, тем более за неопасные

преступления? Ведь среди них много и тех, чье падение можно остановить, не помещая за решетку. Таких лиц только в прошлом году предстало перед судами более 38 тысяч, из которых 10 % – несовершеннолетние. Применение в отношении осужденного назначенного по приговору суда наказания является не единственным средством реализации и достижения целей уголовной ответственности именно этой категории граждан. С отсрочкой исполнения наказания в 2008 году осуждено 2 145 (3,1 %) человек, с условным неприменением лишения свободы – 1 288 (1,9 %) в основном несовершеннолетних. Но ведь и эти меры уголовной ответственности, и наказание в виде ограничения свободы примерно одинаково ставят перед человеком проблему выбора. Шаг в колонию делает лишь каждый десятый осужденный к этим мерам уголовной ответственности, причем без повторной судимости, рецидива и дополнительных затрат на производство по делу об уклонении от отбывания наказания.

Многие уголовные дела о мелких преступлениях вообще не должны доходить до суда.

К примеру, в Могилеве подросток украл мобильный телефон, чем совершил преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 205 УК. До возбуждения уголовного дела он явился с повинной, добровольно возвратил похищенное. Часть 5 примечаний к главе 24 УК прямо предписывала сразу же прекратить данное уголовное дело. Однако это произошло лишь по протесту Верховного Суда. При решении судьбы подростка следствие, прокуратура, суды первой и кассационной инстанции проявили недопустимый формализм.

Кстати, в поле зрения вышестоящих судов реально попадает не более 15 % дел, рассмотренных судами первой инстанции. Тем не менее эти суды обладают всеми необходимыми полномочиями для своевременного исправления ошибок при решении человеческих судеб.

В истекшем году ввиду мягкости назначенного наказания было отменено 113 приговоров, тогда как 503 изменено ввиду чрезмерной суровости. Но почти по 100 уголовным делам это было сделано либо непосредственно Верховным Судом, либо по протестам его руководителей.

В одном из дворов в г. Минске пожилой человек сделал замечание молодым людям, чтобы не ставили грязные ноги на скамейку в беседке. Ему объяснили, куда он должен идти. Второй, менее пожилой человек, возмутился этим и стукнул одного из нахалов каким-то предметом, причинив легкие телесные повреждения. Ситуация достаточно очевидная. Почему же исправлять ошибки следствия, прокуратуры и судебных инстанций г. Минска, говорить, что это не особо злостное хулиганство, что этот человек, к тому же перенесший два инфаркта, не должен три года сидеть в колонии, опять пришлось Верховному Суду?

Пленум Верховного Суда в этой связи потребовал от судей областного звена и их руководства более решительно вмешиваться в приговоры нижестоящих судов с тем, чтобы справедливость не была запоздалой. Все наши Пленумы, семинары, обобщения и разъяснения – это хорошо, только пора их

подкреплять конкретными судебными решениями, реальной практикой вышестоящих судов прежде всего в областном звене, в кассации.

Изоляция эффективно лишает лицо возможности совершать новые преступления лишь на срок заключения. Лишенный свободы с течением времени неизбежно возвращается в общество, и порою, чтобы продолжить преступный путь.

Так, серийный насильник малолетних Л. не раз отбывал наказание, имел блестящие характеристики, однако свою готовность убить проявил уже через несколько дней после досрочного освобождения.

Поэтому суды должны иметь в виду, что ч. 2 ст. 116 УИК прямо требует при определении степени исправления осужденного учитывать его готовность вести правопослушный образ жизни на свободе. В конечном итоге именно судья подписывается под этим. Нельзя в рутинном, казенном режиме отпускать до срока на свободу убийцу, насильника, разбойника, который формально примерно ведет себя. Надо найти время и заглянуть ему в глаза, а не только в положительные характеристики, вникнуть в жизненные установки человека, спрогнозировать, насколько он будет опасен. Это одна из гарантий обеспечения общественной безопасности.

Мы, судьи, также должны вносить более серьезный вклад в пропаганду правовых знаний и разрушение существующей в обществе системы двойных стандартов по отношению к проблемам лишения свободы. Выходя на волю, человек зачастую превращается в изгоя, от которого все пытаются держаться подальше. Руководитель субъекта хозяйствования готов оказать спонсорскую помощь для обустройства быта в исправительной колонии, но на работу бывших заключенных не принимает во избежание морального разложения коллектива. Невозможность найти и реализовать себя толкает многих осужденных к совершению новых преступлений. Это дает мощную подпитку усилиям, предпринимаемым криминальной средой для вербовки новых «солдат», насаждению в обществе системы криминальных ценностей, рекламы преступного мира как сообщества, где каждый изгой может найти настоящих друзей, достичь материального достатка. Льет воду на эту мельницу, к сожалению, и массовая культура.

Лиричным французским словом «шансон» названы разного рода музыкальные страдания с блатным оттенком, заполнившие радиоэфир и прилавки магазинов аудиопродукции. Искусствоведы, где вы? А директор фирмы, только что отказавший в приеме на работу бывшему заключенному, заслушивается на отдыхе песней Михаила Круга «Владимирский централ».

В боевике «Жмурки» два известных актера в роли киллеров-отморозков, без перерыва на обед за полтора часа убивают 15 человек. А что в итоге? Камера смертников? Пожизненный срок? Ничего подобного – кресла депутатов парламента! Неотвратимость ответственности налицо. Как объяснить это нашим детям.

Сериал «Бригада» буквально вышиб из населения слезу о горькой судьбе бандита Саши Белого и его погибших сообщников. Примерно в то же время, то

же население леденело в ужасе и возмущалось запоздалым разоблачением зверств банды Морозова. А ведь Саша Белый и Морозов – одного поля ягоды.

Гражданам, сознательно ставшим на путь совершения преступлений, настоятельно рекомендуется посмотреть еще раз сериал «Зона» – прекрасную видеошколу выживания в тюрьме по криминальным понятиям.

Дело укрепления правопорядка настоятельно требует развенчания криминальной романтики. Если общество и государство заинтересованы, чтобы молодой человек мечтал стать бригадиром слесарей на «Гомсельмаше», а не очередной бригады «сельмашевских братков», надо не просто дать ему возможность получить образование и первое рабочее место. Нужна активная и целенаправленная контрпропаганда криминального образа жизни, доступный рассказ о последствиях совершения преступлений и судимости. В стране живет немало людей, которым удалось разорвать криминальный круг, вернуться в общество и преуспеть. Давайте покажем через телевизионный экран не бритоголового заключенного, который монотонно вещает, что в колонии тяжело и лучше сюда не попадать, а этих людей – пусть поделятся своим опытом реального возврата в общество.

Судебная и правоохранительная система являются неотъемлемой частью этого общества, черпая там человеческие резервы. И, к сожалению, формула «по закону все равны – все в тюрьме сидеть должны» въелась в правосознание не только обывателя, но и многих правоохранителей и судей. Но подобные установки уже не современны. Сегодня заканчивают школы, вузы, осваивают азы юридической профессии люди, которые в ближайшие 10–15 лет наденут судейские мантии, займут места прокуроров, следователей, адвокатов, социальных педагогов. Нельзя, чтобы правосознание и этого поколения выражалось подобными однобокими формулами.

Необходимо вместе со всем прогрессивным человеческим обществом приходить к осознанию, что наказание – не самоцель, а средство достижения целей уголовной ответственности, что будущее – в основном не за карательными, а примирительными и восстановительными процедурами и средствами воздействия на виновного, что лишение свободы – это крайняя мера воздействия при совершении самых опасных преступлений, для защиты общества от самых опасных его членов. Но к этому надо двигаться последовательно, взвешенно, выверено и осторожно, вместе с обществом и воздействуя на него всеми доступными средствами, не допуская перегибов и искажений.

ПРИМЕНЕНИЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ НОРМЫ КАК ПРАКТИЧЕСКАЯ СТОРОНА ПОНИМАНИЯ И ТОЛКОВАНИЯ В ПРОЦЕССЕ КВАЛИФИКАЦИИ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

В.В. Марчук
доцент кафедры уголовного права БГУ, кандидат юридических наук

Общетеоретическое учение о применении правовой нормы реализацию нормы публичного права рассматривает в широком смысле: не только в аспекте применения гипотезы и (или) диспозиции, но и реализации санкции нормы. В настоящее время большинство учёных, специализирующихся на исследованиях вопросов общей теории права, называют три стадии реализации (применения) права: установление фактических обстоятельств дела, установление юридической основы дела (выбор юридической нормы), принятие решения по делу.[1]

В теории и практике квалификации преступлений применение уголовно-правовой нормы рассматривают в узком смысле этого слова, как профессионально-практическую деятельность органов, ведущих уголовный процесс, которые обеспечивают применение диспозиции и (или) гипотезы уголовно-правовой нормы к конкретному случаю. При этом в теории уголовного права процесс квалификации преступлений классифицируют на определённые этапы. Следует заметить, что в авторских интерпретациях нет однозначности в определении названий, содержания и количества выделяемых этапов квалификации. Во многом это объясняется использованием разных критериев классификации этапов квалификации преступлений.[2]

Выделение в теории квалификации преступлений этапов квалификации предполагает, что этот процесс является последовательно развивающимся во времени. Однако при практической реализации задач квалификации преступлений довольно трудно провести грань межу этими этапами. Более того, нет оснований с однозначностью утверждать, какой этап является первым.

Феномен применения уголовно-правовой нормы можно рассмотреть под иным углом зрения, сквозь призму философской герменевтики и феноменологии. В советский период времени герменевтика и феноменология, как и некоторые другие учения, были незаслуженно преданы забвению. Однако в настоящее время негативно-критическое отношение к философской герменевтике и феноменологии сменилось позитивным анализом их специфического подхода к методологии гуманитарного исследования. Как показывают специальные философские исследования, проведённые в последние годы, проблема интерпретации и понимания является в настоящее

---

[1] См., например, Алексеев, С.С. Право: азбука – теория – философия: Опыт комплексного исследования. М.: «Статут», 1999. С. 119; Ларин, А.Ю. Теория государства и права: Учебник для вузов. М., Книжный мир, 2005. С. 266; Смоленский, М.Б. Теория государства и права: Учеб. пособие. М.: Наука-Пресс, 2006. С. 206.

[2] Подробнее см. Марчук, В.В. Об этапах процесса квалификации // Юридическая наука и образование. 2008. № 1. С. 165-170.

время одной из активно разрабатываемых проблем философии.[3]

Опыт философской герменевтики и феноменологии, несомненно, представляют интерес для юридической деятельности, поскольку эта деятельность является по своему характеру познавательной. На это обстоятельство обращают внимание некоторые ученые-философы, посвятившие специальные исследования юридической герменевтике.[4]

Здесь следует заметить, что о юридической герменевтике можно говорить с определенной долей условности, учитывая лишь правовую специфику познавательного процесса. В настоящее время есть основания полагать, что юридическая герменевтика не является некой автономной герменевтической дисциплиной. Ее следует рассматривать как вариант применяемой в юриспруденции философской герменевтики, которая синтезировала достижения отдельных герменевтических дисциплин и обобщения отдельных философов-герменевтов и феноменологов.

Использование философской герменевтики в сфере уголовной юстиции пока еще не нашло в среде правоведов должного внимания. Автору известно лишь несколько работ, в которых предпринята попытка «прививки» герменевтики к решению некоторых прикладных задач в науках криминального цикла. Так, В.В. Суслов обозначил значение герменевтического интерпретирования при проведении некоторых следственных действий.[5] Есть диссертационное исследование О.В. Пычевой, посвященное герменевтике уголовного закона, которое, в конечном итоге, сведено к анализу проблем толкования уголовно-правовых норм.[6]

Основные идеи философской герменевтики и феноменологии, а также их практическая значимость в процессе квалификации преступлений были обозначены автором настоящей статьи в предыдущих публикациях.[7]

---

[3] См., например, Ноздринова, Г.Н. Понимание как стратегия социального познания: автореф. дис. ... канд. философ. наук: 09.00.11. Ставрополь, 2006; Чистилина, И.А. Герменевтическая концепция М.М. Бахтина: от идеи диалога к проблеме понимания: автореф. дис. ... канд. философ. наук: 09.00.01. Краснодар, 2006; Копылов, А.В. Проблемы языкового посредничества в контексте философской герменевтики: автореф. дис. ... канд. фил. наук: 09.00.03. Мурманск, 2006; Слабухо, С.И. Стратегии отношения к тексту: от классической философии – к постмодернизму: автореф. дис. … канд. философ. наук: 09.00.01. Смоленск, 2006; Гаврина, Е.Г. Понимание: предметно-логический и культурно-исторический аспекты: автореф. дис. … канд. философ. наук: 09.00.01. Иваново, 2007; Арутюнян, О.А., Понимание философского текста как смыслотворчество: автореф. дис. … канд. философ. наук. 09.00.01. Краснодар, 2007; Куксо К.А. Герменевтика исторического опыта: автореф. дис. … канд. философ. наук. 09.00.01. СПб, 2007.

[4] Малинова, И.П. Философия права (рефлексивная традиция): автореф. дис. ... д-ра. философ. наук: 09.00.11. Екатеринбург, 1997; Писаревский, А.Е. Юридическая герменевтика. Социально-философская методология интерпретации и толкования правовых норм: автореф. дис. ... канд. философ. наук: 09.00.11. Краснодар, 2004.

[5] Суслов, В.В. Герменевтика и юридическое толкование // Государство и право. 1997. № 6. С. 115-118.

[6] Пычева, О.В. Герменевтика уголовного закона: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. М., 2005.

[7] См.: Марчук, В.В. Герменевтическая процедура «понимание» в процессе квалификации преступлений // Вопросы криминологии, криминалистики и судебной экспертизы: сб. науч. тр. Вып. 2/22 / Ин-т суд. экспертизы / редкол. А.В. Дулов (гл. ред.) [и др.]. Минск, Изд. «Право и экономика», 2007. С. 16-22; Марчук, В.В. Квалификация преступлений в контексте философской герменевтики // Право и демократия: сб. науч. тр. Вып. 19 / редкол.: В.Н. Бибило (гл. ред.) [и др.]. Минск: БГУ, 2008. С. 237-255; Марчук, В.В. О философской основе квалификации преступлений // Философия права. 2009. № 1. С. 103-107; Марчук, В.В. Феномен интерпретации в процессе квалификации преступлений // Веснік Канстытуцыйнага Суда Рэспублікі Беларусь. 2008. № 1. С. 88-96; Марчук, В.В. Конфликт интерпретаций в процессе квалификации преступлений // Противодействие преступности: уголовно-правовые, криминологические и уголовно-исполнительные аспекты: материалы III Рос. Конгр. уголовн. права, Москва, 29-30 мая 2008 г. / Мос. гос. ун-т им. М.В. Ломоносова; редкол.: В.С. Комиссаров

Суть герменевтического процесса выражается в универсальной формуле, выведенной известным философом Х.-Г. Гадамером: познавательный процесс в контексте философской герменевтики выражается в триединстве герменевтических процедур «понимание – интерпретация – аппликация».[8] Эти герменевтические процедуры, имея в любом познавательном процессе универсальный характер, в теории квалификации преступлений образуют гносеологическую формулу «понимание – толкование – применение».

Понимание в процессе квалификации преступлений – это познавательная процедура постижения смысла правовой ситуации. Оно включает в себя понимание фактических обстоятельств дела как обстоятельств, имеющих уголовно-правовое значение, и понимание смысла уголовно-правовой нормы. Понимание в процессе квалификации преступлений носит профессионально-практический характер и представляет собой особый вид интеллектуальной деятельности по осмыслению происшедшего события и уголовно-правовой нормы, распространяющей свое действие на это событие. В правоприменительном аспекте понимание есть умение лица, ведущего уголовный процесс, действовать соответственно существующей правовой ситуации. Понимание здесь выражает герменевтическое отношение лица, владеющего нормами уголовного права, к совершенному преступлению. Процесс понимания в профессиональной деятельности лица, ведущего уголовный процесс, происходит посредством проецирующего набрасывания смыслов. Понимание происшедших событий во многом зависит от специфики проведения соответствующих следственных действий. Например, при проведении допроса понимание имеет своим основанием структуру вопросов-ответов (в философском смысле – оно имеет диалогическую форму). При проведении допроса осуществляется встречное движение смысловых проекций: понимание, например, свидетелем, произошедшего события и понимание следователем юридического значения этого события.

Установление фактических обстоятельств дела обусловлено пониманием смысла уголовно-правовой нормы. В противном случае, лицо, ведущее уголовный процесс, не сможет определить, какие фактические данные имеют уголовно-правовое значение, и какая норма подлежит применению в конкретном случае. В аспекте квалификации преступления лицо, ведущее уголовный процесс, постигает смысл уголовно-правовой нормы с точки зрения конкретного события преступления.[9]

(отв. ред.) [и др.]. – М.: Проспект, 2008. – С. 73-75; Марчук, В.В. Герменевтика Х.-Г. Гадамера и ее значение для квалификации преступлений // Веснік Беларускага дзяржаўнага універсітэта. Сер.3. 2008. № 2. С. 83-86; Марчук, В.В. Современные философские подходы в понимании, толковании и применении уголовно-правовых норм // Актуальні проблемы тлумачання і застосування юридичних норм: сб. ст. участників міжнар. навук.-практ. конф., прысвяч. пам`яті проф. П.О. Недбайло, Львів, 28-29 бер. 2008 г. / Львівск. нац. ун-т ім І. Франка; редкол.: П.М. Рабиновіч (гол. ред.) [і інш.]. Львів: Юридични фак. Львівск. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2008. С. 199-201; Марчук, В.В. О методологическом инструментарии квалификации преступлений // Сацыяльна-эканамічныя і прававыя даследаванні. 2008. № 4. С. 102-113; Марчук, В. Содержание процесса квалификации преступлений // Юстиция Беларуси. 2008. № 9. С. 23-26.

[8] Гадамер, Х.-Г. Истина и метод: Основы философской герменевтики / Пер. с нем. / Общ. ред. и вступ. ст. Б.Н. Бессонов. М.: Прогресс, 1988. С. 365-403.

[9] Подробнее, см. Марчук, В.В. Герменевтическая процедура «понимание» в процессе квалификации преступлений. С. 16-22.

Понимание неразрывно связано с интерпретацией (истолкованием). Х.-Г. Гадамер рассматривал интерпретацию не как отдельный акт, дополняющий понимание, а как эксплицитную форму понимания (понимание всегда является истолкованием).[10]

В познавательной деятельности лица, ведущего уголовный процесс, интерпретация выполняет атрибутивно-имманентную роль. Сущность интерпретации в процессе квалификации преступления не ограничивается только логико-методологической процедурой толкования текста уголовно-правовой нормы. Интерпретативная деятельность в процессе квалификации преступления первоначально связана с иным важным объектом: событием преступления. Поскольку преступление не обнаруживается перед лицом, ведущим уголовный процесс, непосредственно, то процесс интерпретации здесь имеет специфику: лицо, ведущее уголовный процесс, может восстановить картину преступления, используя символы, знаковые объективации, впитавшие различные области значений и задающих предметные смыслы. Уяснение обстоятельств, характеризующих реальное событие, предполагает истолкование конкретных данных. Эти данные становятся фактами, имеющими уголовно-правовое значение, лишь вследствие правовой интерпретации. В.В. Суслов, опираясь на исследования П. Рикёра, делает вывод о том, что следователь при проведении, например, осмотра места происшествия имеет дело не с предметами, а с их символами. Обыденные бытовые предметы в ходе осмотра в связи с совершенным преступлением приобретают “косвенный, иносказательный смысл, становятся символами, модальность которых нуждается в декодировании, интерпретации”.[11] Если рассматривать природу символа в рациональном аспекте, то символ содержит в себе данные о предмете, которые были выведены логическим путем при обработке чувственных впечатлений. Символ можно представить как форму, в которой человеческий разум преобразует проявления внешнего мира. В процессе квалификации преступления, лицо, ведущее уголовный процесс, интерпретирует соответствующие символы, рассматривает их как возможные источники доказательств и, таким образом, устанавливает, как говорят философы, “интерпретированное бытие”. В этом смысле познавательная деятельность лица, ведщего уголовный процесс, всегда выводит его на проблемное поле герменевтики. При этом лицо, ведущее уголовный процесс, предстаёт не неким отражающим субъектом, а человеком, познающим, понимающим и интерпретирующим имеющиеся фактические данные, которые он должен оценить как познающий субъект. При этом правоприменитель, проводя соответствующее процессуальное действие, должен понять и истолковать имеющиеся фактические данные с точки зрения требований об относимости доказательств.

Толкование уголовно-правовой нормы в процессе квалификации преступления является казуальным, т. е. имеющим отношение к отдельному

---

[10] Гадамер, Х.-Г. Указ. соч. С. 364.
[11] Суслов, В.В. Указ. соч. С. 116-117.

конкретному случаю. В контексте герменевтической парадигмы познания окружающего мира толкование уголовно-правовой нормы в процессе квалификации преступления формирует понимание ее смысла.[12]

В герменевтической традиции процесс интерпретации любого текста связан с реконструированием исходного авторского замысла. И поскольку в юриспруденции под «авторским замыслом» мы имеем в виду волю законодателя, то толкование правовой нормы есть ничто иное, как уяснение смысла законодательной воли. Применительно к уголовно-правовой норме толкование направлено на уяснение смысла воли законодателя по поводу поведения, которое является уголовно-противоправным.

Процесс применения уголовно-правовой нормы в теории квалификации преступлений до настоящего времени рассматривают в контексте известного выражения К. Маркса: «Закон всеобщ. Случай, который должен быть определен на основании закона, – единичен. Чтобы подвести единичное под всеобщее, требуется суждение».[13] В научных трудах, посвящённых изучению логических форм квалификации преступлений, это выражение К. Маркса стало хрестоматийным.[14] Однако в рамках герменевтического учения аппликация (применение) рассматривается совсем в ином ракурсе. Х.-Г. Гадамер отмечает: «Аппликация – это не приложение к конкретному случаю некоего всеобщего, которое было изначально дано и понято само по себе, но аппликация и есть действительное понимание самого всеобщего, которым является для нас данный текст. Понимание оказывается родом действия (Wirkung) и познает себя в качестве такового».[15] В этом суждении Х.-Г. Гадамера заложен глубинный смысл, позволяющий по-иному посмотреть на суть применения уголовно-правовой нормы в процессе квалификации преступлений. При таком подходе аппликация (применение) выступает не в качестве какой-то самостоятельной стадии реализации правовой нормы. Задача понимания и истолкования, как отмечает Х.-Г. Гадамер – это «суть задача конкретизации закона в том или ином случае, то есть задача аппликации».[16] Применение в таком случае определяет феномен понимания и интерпретации во всём их объёме. При таком подходе текст уголовно-правовой нормы не рассматривается как то самое «всеобщее», которое затем лишь используется уполномоченным лицом для применения к особенному. Применение нормы уголовного закона в герменевтическом аспекте выступает в качестве его *практического понимания*.

С течением времени понимание юридического смысла нормы уголовного закона, а, следовательно, и его применение может измениться. Х.-Г. Гадамер отмечал: «Тот, кто стремится привести смысл закона в соответствие с современностью должен, прежде всего, знать его первоначальный смысл. Он сам, следовательно, должен мыслить как историк права… Чтобы точно установить нормативное содержание закона требуется историческое познание

---

[12] Подробнее, см. Марчук, В.В. Феномен интерпретации в процессе квалификации преступлений. С. 88-96.
[13] Маркс, К. Сочинения / К. Маркс, Ф. Энгельс. Т. 1. С. 66-67.
[14] См., например, Наумов, А.В. Законы логики при квалификации преступлений / А.В. Наумов, А.С. Новиченко. М.: Юрид. лит., 1978. С. 75.
[15] Гадамер, Х.-Г. Указ. соч. С. 402-403.
[16] Гадамер, Х.-Г. Указ соч. С. 389.

первоначального смысла, и лишь ради этого последнего толкователь-юрист принимает в расчет историческое значение, сообщаемое закону самим законодательным актом. Он не может, однако, полагаться исключительно на то, к примеру, что сообщают ему о намерениях и помыслах тех, кто разработал данный закон, протоколы парламентских заседаний. Напротив, он должен осознать произошедшие с тех пор изменения правовых отношений и соответственно заново определить нормативную функцию закона».[17] Такой подход вовсе не означает, что лицо, ведущее уголовный процесс, в такой ситуации произвольно апплицирует норму уголовного закона. Применение уголовно-правовой нормы всегда должно соответствовать принципам уголовного закона и современным представлениям о правопонимании.[18]

В условиях интенсивного изменения норм Уголовного кодекса Республики Беларусь, особенно бланкетных его признаков, это правило понимания смысла уголовно-правовой нормы приобретает чрезвычайно важное значение. Например, в судебной практике возникал вопрос о понимании и толковании признаков должностного лица применительно к государственным служащим (п. 1 ч. 4 ст. 4 УК). Проблема толкования возникла в связи с изменениями в законодательстве, регламентирующем государственную службу в Республике Беларусь, в котором понятие «государственный служащий» было значительно сужено.[19] Имеющееся доктринальное толкование указанной проблемы показывает, что практическое применение данного положения уголовного закона возможно только путем исторической интерпретации.[20] Таким образом, чтобы понять правильно соответствующую уголовно-правовую норму лицо, ведущее уголовный процесс, должно в конкретной ситуации, быть готовым воспринимать её по-новому. И это понимание здесь всегда уже является применением. Понимание, как отмечает Х.-Г. Гадамер, в таких ситуациях «само оказывается совершением».[21]

С позиции герменевтического подхода в процессе квалификации преступления конституирующим является «напряжение», возникающее между текстом уголовно-правовой нормы и тем смыслом, который она получает в результате ее применения к конкретной ситуации. При этом проникновение в

---

[17] Гадамер, Х.-Г. Указ соч. С. 385-386.

[18] Не затрагивая проблематику правопонимания и ее типов, хотелось бы заметить, что имевшие место подходы в понимании права с монистических позиций показали свою несостоятельность и ограниченность. Одним из современных направлений в настоящее время является создание интегративной юриспруденции, основанной на идеях различных школ правопонимания (позитивизма, теории естественного права, социологического направления и др.). Приверженцы интегративного подхода к правопониманию направляют свои усилия на поиск общих точек соприкосновения, тех узлов, где «параллельные пересекаются». Интегративный подход к правопониманию в современной правовой культуре актуализирует проблему синтеза философских методологий и создания универсального категорийного аппарата. Таким запросам отвечает герменевтическое направление в современной философии.

[19] О государственной службе в Республике Беларусь: Закон Респ. Беларусь от 14 июня 2003 г. № 204-З: с изм. и доп.: текст по состоянию на 15 июля 2008 г. // Эталон-Беларусь [Электронный ресурс] / Нац. центр правовой информ. Респ. Беларусь. – Минск, 2009.

[20] См. Барков, А.В. Понятие должностного лица и судебная практика по уголовным делам // Судебная практика в контексте принципов права и законности: сб. науч. тр. / редкол.: В.М. Хомич (гл. ред.) [и др.]. Минск: Тесей, 2006. С. 94; Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / Н.Ф. Ахраменка [и др.]; под общ. ред. А.В. Баркова, В.М. Хомича. Минск: ГИУСТ БГУ, 2007. С. 11.

[21] Гадамер, Х.-Г. Указ соч. С. 366.

смысл той или иной уголовно-правовой нормы и его применение к конкретному случаю представляет собою не отдельные акты, а единый процесс. Понять смысл уголовно-правовой нормы – значит применить (апплицировать) её к конкретной ситуации.

Таким образом, в рамках герменевтического дискурса понимание и толкование юридической значимости фактических обстоятельств дела, а также постижение смысла уголовно-правовой нормы представляют собой единый процесс, интегрирующийся в применении уголовно- правовой нормы.

МЕТОДОЛОГИЧЕСКИЕ ПОДХОДЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ МЕЖДИСЦИПЛИНАРНОГО ЗНАЧЕНИЯ ПОНЯТИЯ НАСИЛЬСТВЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Н.А. Бабий
заместитель директора Научно-практического центра Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент

Выработка научно обоснованного понятия насилия предполагает чёткое его позиционирование в рамках определённой науки с учётом внутреннего функционального назначения соответствующего определения. Необходимость подобного подхода объясняется тем, что насилие является универсальным средством разрешения противоречий на различных уровнях структуры общества, к его использованию прибегают для улаживания и бытовых, и межгосударственных конфликтов. По этой причине насилие является предметом изучения различных наук: педагогики, криминологии, социологии, политологии и др. Каждая из этих наук акцентирует внимание на отдельных чертах насилия, представляющих для данной науки приоритетный интерес.

Во всемирной энциклопедии философии насилие определено следующим образом: «Социальное насилие (агрессивность, деструктивность) – применение или угроза применения силы (в прямой или косвенной форме) с целью принуждения людей к определённому поведению, – господство одной воли над другой, чаще всего связанное с угрозой человеческой жизни»[136]. Подобное же определение находим в энциклопедии философии и социологии права: «Насилие – неправовое принуждение с использованием средств физического и психического воздействия на жертву, в роли которой могут выступать индивиды, малые и большие группы людей и целые народы. Насилие предполагает изъятие у субъектов их естественных прав на жизнь, здоровье, человеческое достоинство, свободное самоопределение. Являясь сугубо социальным феноменом, насилие выступает как одна из форм неправа»[137].

---

[136] Всемирная энциклопедия: Философия / главн. науч. ред. и сост. А.А. Грицанов. – Минск: Харвест, Современный литератор, 2001. – С. 995.

[137] Бачинин, В.А. Энциклопедия философии и социологии права / В.А. Бачинин. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. – С. 517-518.

И.Ю. Залысин и А.В. Дмитриев предлагают политологическое определение насилия, под которым предлагается понимать «физическое принуждение, используемое как средство навязывания воли субъекта с целью овладения властью, прежде всего государственной, её использования, распределения, защиты»[138]. Указанные авторы рассматривают насилие как физическое принуждение, а не как физическую силу, поскольку это более точно отражает специфику насилия как понятия политической науки[139].

Социологическая энциклопедия содержит следующее определение: «Насилие, применение силы или угроза силой к.-л. соц. субъектом (личностью, кликой, группой, сообществом, организацией, институтом, партией, государством) с целью принуждения людей к определённому поведению, приобретения или сохранения эконом. или политич. господства, завоевания определённых прав, льгот или территорий»[140].

Социологические исследования феномена насилия находят отражение в криминологии, которая с учётом своего научного предмета ограничивает изучение насилия, в основном, рамками криминального насилия, определяемого в соответствии с уголовным законодательством.

Предполагается, что в соответствии с междисциплинарными взаимосвязями криминологии следовало бы заимствовать определение насильственных преступлений из науки уголовного права. Однако в силу многочисленных проблем с разработкой понятийного аппарата и системностью построения уголовного закона учёные криминологи высказывают справедливые нарекания в адрес смежной науки. Как отметил В. Векленко, «в настоящее время в теории уголовного права существует более 200 определений понятий «насилие» и «насильственное действие», и законодатель также не даёт разъяснений по этому поводу»[141]. И, несмотря на обилие таких определений, их пригодность для использования в криминологии остаётся невысокой.

Так, Л.Д. Гаухман, указав на ценность широкого понимания насильственных преступлений для использования соответствующего понятия в других отраслях юридической науки и в практике органов внутренних дел, прокуратуры и суда, предлагает относить к насильственным любое преступное деяние, соединённое с насилием или угрозой его применения, независимо от того, предусмотрены насилие или угроза в диспозиции статьи УК или нет[142]. Тем самым автор включил в число насильственных преступления, которые по Уголовному кодексу вовсе не являются насильственными, что не сможет обеспечить ясность ни в других отраслях юридической науки, ни в практике

---

[138] Дмитриев, А.В. Насилие: социо-политический анализ / А.В. Дмитриев, И.Ю. Залысин – М.: «Российская политическая энциклопедия» (РОССПЭН), 2000. – С. 24.

[139] Дмитриев, А.В. Указ. соч. – С. 22.

[140] Социологическая энциклопедия / Под общ. ред. А.Н. Данилова. – Минск: БелЭн, 2003. – С. 218.

[141] Векленко, В. Истязание и пытка: уголовно-правовой анализ / В. Векленко, М. Галюкова // Уголовное право. – 2007. – № 4. – С. 16.

[142] Гаухман, Л.Д. Квалификация насильственных преступлений / Л.Д. Гаухман // Советская юстиция. – 1968. – № 21. – С. 20. См. также: Гаухман, Л.Д. Проблемы уголовно-правовой борьбы с насильственными преступлениями в СССР: автореф. дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Л.Д. Гаухман; Акад. МВД СССР. – М., 1978. – С. 15.

правоохранительных органов. И действительно, какие преступления следует отнести к насильственным, если руководствоваться, например, определением насилия, содержащимся в диссертационном исследовании П.В. Волошина: «противоправное, умышленное воздействие одним лицом на другое вопреки его воле, которое причиняет или создаёт угрозу причинения вреда охраняемым уголовным законом интересам»[143], или определением, предложенным В.Г. Бужором: «насилие представляет собой активное самоутверждение за счёт другого субъекта социального отношения, когда жизненные интересы и благополучие одних лиц приносится в жертву другим»?[144]

Не способствуют практическому применению результатов научных исследований и предлагаемые в науке уголовного права систематизации насильственных преступлений, поскольку они содержат предложения о выделении от двух групп насильственных преступлений до восемнадцати таких групп[145].

Сложности с исследованием насилия в рамках уголовного закона приводят авторов к выводу о необходимости автономного существования понятия «насильственные преступления» в криминологии и уголовном праве. Так, проведённое Е.А. Писаревской исследование «показало, что объединение насильственных преступлений в одну главу УК РФ является не только проблематичным, но и нереальным, так как составы преступлений, содержащие «насильственные элементы», посягают на различные родовые (видовые) объекты. Однако представляется обоснованным их объединение под понятием «насильственные преступления» в оперативной, криминологической информации органов уголовной юстиции. В целях осуществления единообразного статистического учёта насильственных преступлений органами уголовной юстиции следует принять в рамках данных органов соответствующее разъяснение»[146].

Очевидно, что отмеченные проблемы с определением насильственного преступления в уголовно-правовой науке являются основанием для справедливой критики и побуждают специалистов в области криминологии к поиску самостоятельных путей преодоления таких проблем. Подобный подход весьма определённо выражен В.В. Смирновым: «Сказанное позволяет говорить о необходимости выработки криминологических понятий, которые выражают специфические отношения такой области действительности, как насилие, и которые образовали бы в совокупности криминологическую теорию

---

[143] Волошин, П.В. Насильственные хищения чужого имущества (сравнительный анализ по законодательству Республики Казахстан и Российской Федерации): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / П.В. Волошин; Челябинский гос. ун-т. – Челябинск, 2005. – С. 12.

[144] Бужор, В.Г. Молдавское общество и криминальное насилие / В.Г. Бужор // Преступность, криминология, криминологическая защита: материалы Междунар. науч.-практ. конф., посвящённой 15-летию Рос. криминологической ассоциации: «Преступность, общество, криминология: диалектика развития», Суздаль, 2006 г. / Рос. криминологическая ассоциация; редкол.: А.И. Долгова (отв. ред.) [и др.]. – М., 2007. – С. 311.

[145] См., например: Мальцева, С.Н. Насильственные преступления: сравнительно-правовой анализ по УК РФ и УК государств СНГ: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / С.Н. Мальцева; Акад. права и управления Федеральной службы исполнения наказаний. – Рязань, 2005. – С. 17; Расторопов, С.В. Классификация насильственных преступлений в уголовном праве России и её значение для проведения сравнительного анализа / С.В. Расторопов, С.Н. Табакова // «Чёрные дыры» в Российском Законодательстве. – 2005. – № 3. – С. 210.

[146] Писаревская, Е.А. Насильственная преступность несовершеннолетних и её предупреждение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Е.А. Писаревская; Томский гос. ун-т. – Томск, 2006. – С. 7.

насильственной преступности. Ведь каждая отдельная наука, как известно, должна оперировать своими специфическими категориями. А их специфичность двояка: во-первых, все они отличаются друг от друга, так как их функция в том и заключается, чтобы выразить разные грани данной области явлений; во-вторых, в совокупности они отличаются от категорий любой другой науки.

Значит, криминологические понятия «насилие», «преступление», «насильственное преступление» и другие должны носить иную смысловую нагрузку, чем те же понятия уголовно-правовой теории, раскрывать в первую очередь сущность изучаемых явлений»[147].

Изучение насилия в криминологии привело к формированию самостоятельного научного направления – виоленсологии (виолентологии, вайолентологии, вайоленсологии), получившего своё название от английского слова «violence» – насилие (лат. violentia). По мнению А.В. Тюменева, «систему виоленсологии как самостоятельного учения составляют Общая и Особенная части. В Общую часть виоленсологии следует включать: предмет, метод, систему учения, его основные понятия, причины и условия возникновения насилия, его профилактику. Особенная часть виоленсологии содержит характеристику криминального и некриминального насилия, формы и виды насилия, их причины, условия и профилактику (например, причины и условия физического насилия, его профилактика и иные формы воздействия на него)»[148]. Между тем, насилие как социальное явление не исчерпывается только уголовно наказуемым насилием. Менее опасное насилие является питательной средой для насильственной преступности, в связи с чем криминология изучает насилие во всех его проявлениях. Виоленсология, – как отметил А.В. Тюменев, – «представляет собой категорию более широкую, охватывающую все проявления насилия, как криминальные, так и некриминальные. В виоленсологии насилие понимается как социально-правовое явление, затрагивающее все стороны жизни человека, общества и государства»[149].

И всё же, несмотря на огромное внимание, уделяемое научному криминологическому осмыслению насилия, заимствование наукой уголовного права соответствующих криминологических дефиниций представляется несколько преждевременным. Обратим внимание на определения насильственной преступности в научной и учебной литературе по криминологии.

Известный российский криминолог В.В. Лунеев, рассуждая о понимании насильственной преступности, не без оснований утверждал: «В принципиальном плане понимание насильственной преступности особой трудности не представляет»[150]. Между тем, предложенное им определение

---

[147] Смирнов, В.В. Уголовно-правовая характеристика рецидивной насильственной преступности против личности / В.В. Смирнов // Российский следователь. – 2006. – № 10. – С. 27.

[148] Тюменев, А.В. Виоленсология – учение о насилии / А.В. Тюменев // Российский криминологический взгляд. – 2007. – № 2. – С. 185.

[149] Тюменев, А.В. Указ. соч. – С. 183.

[150] Лунеев, В.В. Криминологическая характеристика преступного насилия в России и мире / В.В. Лунеев // Насильственная преступность / под ред. В.Н. Кудрявцева и А.В. Наумова. – М.: Изд-во «Спарк», 1997. – С. 6.

насильственных преступлений заявленной простотой не отличается: «Основным отличительным признаком насильственных преступлений является физическое (психическое) насилие над потерпевшим (жертвой) или угроза его применения»[151]. Автор употребляет термин психическое насилие как синоним физического насилия, а затем ещё дополнительно указывает угрозу, хотя она сама по себе и есть психическое насилие.

«Насильственная преступность, – утверждают авторы учебного пособия, подготовленного под редакцией Н.Ф. Кузнецовой, – это обладающая высокой степенью общественной опасности форма социальной патологии, выражающаяся в постоянном и относительно массовом воспроизводстве запрещённых уголовным законом экстремальных поведенческих актов физического и психического насилия над личностью»[152].

Если отвлечься от словесных оборотов, вроде «экстремальных поведенческих актов», то определение насильственной преступности, как оно указано в одном из учебников по криминологии, выглядит следующим образом: «Насильственная преступность – это совокупность преступлений, характеризующихся использованием криминального насилия»[153]. Или, как определили авторы учебника по криминологии, подготовленного под редакцией В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова, «эмпирическое проявление» насильственной преступности – «насильственные преступления»[154].

Подобные определения находим и в диссертационных исследованиях. Так, Н.В. Иванцова в автореферате докторской диссертации в систему насильственных преступлений включает преступления, признаком которых «является общественно опасное насилие»[155]. Как совершённое с использованием насилия определяет насильственное преступление Е.А. Писаревская в автореферате кандидатской диссертации[156].

С точки зрения содержательной в приведённых и им подобных цитатах насильственная преступность определяется через самоё себя как преступность, соединённая с насилием[157]. Очевидно, что подобные определения мало

---

[151] Лунеев, В.В. Преступность XX века. Мировые, региональные и российские тенденции / В.В. Лунеев. – М.: Издательство НОРМА, 1997. – С. 193.

[152] Криминология: Учеб. пособие / Под ред. Н.Ф. Кузнецовой. Авторы: Г.И. Богуш и др. – М.: ТК Велби, Изд-во «Проспект», 2007. – С. 108.

[153] Криминология: Учебник для вузов / Под общ. ред. А.И. Долговой. Авторы: С.В. Ванюшкин и др. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2007. – С. 560.

[154] Криминология: Учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2009. – С. 424.

[155] Иванцова, Н.В. Отражение и оценка общественно опасного насилия в уголовном праве: Вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид наук: 12.00.08 / Н.В. Иванцова; Казанский гос. ун-т. – Казань, 2005. – С. 10.

[156] Писаревская, Е.А. Указ. соч. – С. 7.

[157] См., например: Кривощёкова, Н.В. О криминологическом понятии «насильственная преступность» / Н.В. Кривощёкова // Методологические вопросы криминологических исследований: сб. науч. тр. – М.: Всесоюзный ин-т по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1983. – С. 90; Криминология: Учебник / Под ред. В.Н. Кудрявцева и В.Е. Эминова. – 2 изд., перераб. и доп. – М.: Юристъ, 2002. – С. 413; Криминология: Учебник для вузов / Под ред. В.Н. Бурлакова, Н.М. Кропачева. – СПб.: С.-Петерб. гос. ун-т, Питер, 2004. – С. 200; Мальцева, С.Н. Указ. соч. – С. 14; Криминология: Учебник / Под ред. В.Н. Бурлакова, Н.М. Кропачева – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – С. 255 и др.

информативны, поскольку не раскрывают признаков самого насилия, что является непременным условием для ограничения данной группы преступлений в массиве всей преступности.

Кроме отсутствия единообразного определения насилия существенным недостатком ряда криминологических определений является отнесение к насильственным таких преступлений, которые никак не могут быть к ним причислены.

Например, в автореферате докторской диссертации по криминологическим проблемам предупреждения корыстно-насильственных преступлений Е.О. Алауханов к способам психического насилия относит действия, способные «подогревать интерес к внешне лёгкой жизни»[158], а в монографии по той же теме, разъясняя содержание физического насилия, автор указывает: «Уголовно-правовое воздействие чаще всего выражается в форме физического воздействия (физическое и психическое) на людей, животных или предметы материального мира»[159].

А.В. Тюменев в диссертационном исследовании видов криминального насилия выделяет прямое и косвенное насилие: «Прямое криминальное насилие причиняет вред непосредственно человеку, его жизни, физическому и психическому здоровью, душевному равновесию. Косвенное криминальное насилие причиняет вред человеку посредством посягательства на другие охраняемые уголовным законом объекты, то есть на имущество, честь, достоинство, деловую репутацию человека»[160]. Хотя и косвенное, но это всё же насилие, и согласно подобной классификации кражу также следует относить к насильственным преступлениям.

С.Н. Абельцев убеждает, что «насилие проявляется по-разному: от невыплаты зарплаты, когда люди обречены на голодную жизнь, и не обеспечения их источниками энергии, когда они обречены на замерзание, до любого проявления силы к человеку органами власти, от коррупции до конкретного преступления»[161].

Ю.М. Антонян и В.А. Казакова, предлагая определение и криминологическую классификацию насильственных преступлений, утверждают, что к насильственным преступлениям относятся: нарушение неприкосновенности жилища, тайны переписки, доведение несовершеннолетнего до состояния опьянения и т. п.[162], а также притеснение, ущемление прав и свобод,

---

[158] Алауханов, Е.О. Криминологические проблемы предупреждения корыстно-насильственных преступлений: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.08 / Е.О. Алауханов; Восточно-Казахстанский гос. ун-т. – Алматы, 2004. – С. 16.

[159] Алауханов, Е.О. Криминологические проблемы предупреждения корыстно-насильственных преступлений / Е.О. Алауханов / Под ред. Е.И. Каиржанова. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2005. – С. 14.

[160] Тюменев, А.В. Виды криминального насилия (уголовно-правовой и криминологический аспекты): автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / А.В. Тюменев; Акад. права и управления М-ва юстиции России. – Рязань, 2002. – С. 11.

[161] Абельцев, С.Н. Личность преступника и проблемы криминального насилия / С.Н. Абельцев. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2000. – С. 62.

[162] Антонян, Ю.М. Понятие и криминологическая классификация насильственных преступлений / Ю.М. Антонян, В.А. Казакова // Современная преступность: новые исследования: сб. науч. тр. – М.: НИИ МВД России, 1993. – С. 32.

достоинства, социального статуса[163]. По мнению С.Н. Абельцева, к преступлениям против личности помимо преступлений против жизни, здоровья, свободы относятся и преступления против собственности и общественной безопасности[164]. О.В. Лукичев к насильственным преступлениям относит умышленное уничтожение или повреждение имущества (ст. 167 УК)[165]. Г.Г. Горшенков, классифицируя криминальные угрозы, относит к ним вещественно-знаковую криминальную угрозу личности («например, в форме незаконного распространения порнографических материалов или предметов…») и иррациональную или экстрасенсорную, «как бы «обходящую» известные науке органы чувств»[166].

В учебной и научной литературе по криминологии к насилию также относят причинение вреда «соматическому статусу» и «насилие не только по отношению к человеку, но и к животным»[167], пренебрежительное обращение[168], неуважение к суду[169], вынесение заведомо неправосудного приговора, решения, определения, постановления[170] и т. п.

Подход к установлению междисциплинарного значения термина «насилие», впрочем, как и иных терминов, видится следующим. Базовые понятия, в которых фиксируется сущность определённых явлений, должны быть едины для различных отраслей науки, поскольку в противном случае невозможно ни научное, ни практическое межотраслевое взаимодействие. Данная проблема в полной мере свойственна и научной связи уголовного права и криминологии и, в первую очередь, в области уголовно-правовой политики, в области установления оснований и условий криминализации различных форм насильственного поведения. Что же касается конкретного применения терминов в научно-исследовательской или практической деятельности, то их содержание может иметь свои особенности, обусловливаемые специфическими задачами соответствующих направлений науки и практики.

Какая же из отраслей науки должна иметь приоритет в формулировании понятийного аппарата? Естественно, что наука, предметом изучения которой является соответствующее понятие. Однако подобная прямолинейность грешит

---

[163] Там же. – С. 34.

[164] Абельцев, С.Н. Указ. соч. – С. 50-51.

[165] Лукичев, О.В. Некоторые уголовно-правовые и криминологические аспекты насилия / О.В. Лукичев // Насилие: криминальные формы проявления, совершенствование мер борьбы: Материалы межвуз. науч.-практ. конференции (29 октября 1998 г.). Часть I. – Челябинск: Челябинский юрид. ин-т МВД России, 1999. – С. 29.

[166] Горшенков, Г.Г. Криминальные угрозы личности и их классификация / Г.Г. Горшенков // Преступность и проблемы борьбы с ней: материалы Междунар. науч.-практ. конф., Нижний Новгород, 2-3 февраля 2007 г. / Рос. криминологическая ассоциация; под общ. ред. А.И. Долговой, В.И. Каныгина. – М., 2007. – С. 61.

[167] Криминология: Учебник для вузов / Под общ. ред. А.И. Долговой. Авторы: С.В. Ванюшкин и др. – 3-е изд., перераб. и доп. – С. 560.

[168] Петровский, А.В. Виды и содержание психического насилия в уголовном праве России / А.В. Петровский // Уголовная политика и уголовное законодательство: проблемы теории и практики: сб. материалов Междунар. науч.-практ. конф., Санкт-Петербург, 27-28 мая 2008 г. / Ленинград. гос. ун-т им. А.С. Пушкина; редкол.: В.Б. Малинин (отв. ред.) и др. – СПб, 2008. – С. 358.

[169] Вандышев, В.В. Криминальное насилие против личности / В.В. Вандышев // Современные проблемы и стратегия борьбы с преступностью / науч. ред. В.Н. Бурлаков, Б.В. Волженкин. – СПб.: Издательский Дом С.-Петерб. гос. ун-та, Изд-во юрид. факультета С.-Петерб. гос. ун-та, 2005. – С. 62.

[170] Криминология – XX век / Под ред. В.Н. Бурлакова, В.П. Сальникова. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 287.

упрощенчеством. Более верным представляется применение интегрированного подхода, когда выработка понятийного аппарата в отдельной отрасли знания учитывает потребности и возможности иных отраслей. Это положение особо актуально для смежных отраслей права, например уголовного права и уголовно-процессуального права.

В силу изложенного формирование категориально-понятийного аппарата насильственных преступлений должно осуществляться наукой уголовного права с учётом достижений в изучении насилия науками социального цикла, такими как криминология, социальная психология и иные.

Формирование указанного аппарата, как нам представляется, должно преследовать конкретные практические цели – обеспечить содержательную определённость, терминологическое единообразие и системность построения уголовно-правовых норм, предусматривающих ответственность за насилие вне зависимости от форм его проявления. Поэтому тот факт, что, например, криминология изучает насильственную преступность как целостное явление, вовсе не обязательно должен приводить к формированию в уголовном кодексе одной главы, объединяющей все насильственные преступления для упрощения их учёта, исследования и решения иных задач криминологии, судебной статистики и т. д.

В то же время при построении структуры норм об ответственности за насилие необходимо учесть и возможности профилактики не криминального насилия особенно в таких мало поддающихся контролю сферах отношений, как семейные и бытовые. Поэтому наиболее перспективным видится не самоизоляция, но взаимодействие науки уголовного права и криминологии в сфере исследования криминализации и декриминализации конкретных форм проявления насилия с учётом существующего в обществе уровня нравственности и правосознания. Именно в сфере уголовно-правовой политики возможно наиболее эффективное использование наукой уголовного права достижений криминологии в исследовании социологии преступности.

СОСТАВЫ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ЖИЗНИ В СВЕТЕ ПРИНЦИПА СУБЪЕКТИВНОГО ВМЕНЕНИЯ

И.О. Грунтов
заведующий кафедрой уголовного права Белорусского государственного университета,
кандидат юридических наук, доцент

Личная виновная ответственность является основополагающим принципом уголовного закона и уголовной ответственности. Исходя из этого, при описании объективной стороны состава преступления, квалифицирующих обстоятельств должны учитываться признаки, характеризующие содержание вины. Полный

учет этих обстоятельств способствует реализации принципа субъективного вменения. Недостаточное их отражение в законодательной модели будет свидетельствовать так же об элементах объективного вменения.

В этой связи представляет определенный научный и практический интерес вопрос о том насколько полно в законодательных моделях составов преступлений, предусматривающих ответственность за преступления против жизни, реализован принцип субъективного вменения.

В этой группе посягательств, с позиции полноты реализации принципа субъективного вменения при описании в законе признаков основного и состава с квалифицирующими признаками представляет интерес несколько конструкций преступлений.[171]

В части 1 ст. 139 УК дается определение убийства как умышленного противоправного лишения жизни другого человека. По ч. 1 этой статьи квалифицируется посягательство без отягчающих и смягчающих обстоятельств. К таким относятся, например, убийства из ревности, по мотивам зависти, ненависти, возникшей на почве личных неприязненных отношений и др.

В соответствии с УК убийство неизлечимого больного по его просьбе или с согласия для избавления его от физических страданий квалифицируется как умышленное убийство. В научной литературе на протяжении многих лет сложился подход в соответствии, с которым это посягательство также оценивают как простое убийство.

В противоположность этому в законодательстве ряда стран это преступление предусматривается в качестве самостоятельного состава преступления и влечет ответственность несколько меньшую, чем за простое убийство. Такие составы существуют в УК этих стран многие годы. Помимо этого, в российской научной литературе в последнее время были высказаны предложения о необходимости установления самостоятельной ответственности за убийство по просьбе потерпевшего вне рамок состава простого убийства. Были предложены конструкции состава преступления, в которых описываются объективные и субъективные признаки этого посягательства. Не заметить обоснованность такого подхода невозможно. Вместе с тем механически принять такую модель ответственности в УК Беларуси невозможно. Все это вызывает необходимость предварительно рассмотреть и оценить эти подходы и предложения.

В научной литературе в качестве синонимов понятия «эвтаназия» используются термины: «убийство по просьбе потерпевшего» или «убийство по мотивам сострадания»[172]. Более правильно различать это понятие в узком и широком смысле в зависимости от субъекта деяния. В более узком смысле эвтаназия – это противоправное виновное убийство неизлечимо больного из

---

[171] Уголовный кодекс Республики Беларусь относит к преступлениям против жизни убийство (ст. 139), убийство матерью новорожденного ребенка (ст. 140); убийство, совершенное в состоянии аффекта (ст. 141); убийство при превышении мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление (ст. 142); убийство при превышении пределов необходимой обороны (ст. 143); причинение смерти по неосторожности (ст. 144), доведение до самоубийства (ст. 145) и склонение к самоубийству (ст. 146).

[172] См. Капинус, О.С. Убийства: мотивы и цели / О.С. Капинус. – М.: Изд. ИМПЭ – ПАБЛИШ, 2003. – С. 161.

сострадания по его просьбе, совершенное врачом. Такое определение эвтаназии было дано в ч. 1 ст. 38 в прежней редакции Закона Республики Беларусь «О здравоохранении» от 18 июня 1993 г. № 2435-12[173], где говорилось, что «эвтаназия – это добровольная, согласованная с врачом смерть неизлечимого больного с помощью специальных обезболивающих средств».

В более широком аспекте эвтаназия - это противоправное виновное убийство неизлечимо больного по мотивам сострадания по его просьбе, совершенное любым человеком. Такое понимание этого явления дается ныне в ст. 31 Закона Республики Беларусь «О здравоохранении» от 18 июня 1993 г. в редакции Закона Республики Беларусь от 20. 06. 2008 г. № 363-З[174], где говорится, что эвтаназия – это «удовлетворение просьбы пациента о прекращении жизнедеятельности его организма и наступлении смерти посредством каких-либо действий (бездействия) с целью избавления от мучительных страданий, вызванных неизлечимым заболеванием».

По уголовному праву Беларуси убийство неизлечимого больного по его просьбе или с согласия для избавления его от физических страданий, совершенное любым человеком квалифицируется как умышленное убийство. В научной литературе большинство ученых также оценивают это посягательство как простое убийство.

Вместе с тем, необходимо отметить, что в законодательстве ряда стран это преступление, совершенное любым субъектом предусматривается в качестве самостоятельного посягательства и влечет ответственность несколько меньшую, чем за простое убийство[175].

В УК трех стран ближнего зарубежья имеются такие составы преступлений. Так в ст. 135 (Эвтаназия) УК Азербайджанской Республики говорится, что «эвтаназия, то есть удовлетворение просьбы больного об ускорении его смерти какими-либо средствами или действиями либо прекращение искусственных мер по поддержанию жизни »[176].

В ст. 110 (Убийство по просьбе жертвы) УК Грузии предусматривается ответственность за «убийство по настоятельной просьбе жертвы и в соответствии с ее подлинной волей, совершенное с целью освобождения умирающего от сильных физических болей»[177].

В соответствии со ст. 148 (лишении жизни по желанию лица (эвтаназия) УК Молдовы влечет ответственность «лишение жизни лица в связи с

---

[173]Закон Республики Беларусь18 июня 1993 г. № 2435-XIIс изменениями и дополнениями: от 3 мая 1996 г. № 440-XIII (Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь, 1996 г., № 21, ст. 380); от 3 марта 1997 г. № 27-З (Ведамасці Нацыянальнага сходу Рэспублікі Беларусь, 1997 г., № 9, ст. 195); от 11 января 2002 г. № 91-З (Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2002 г., № 10, 2/840); от 29 июня 2006 г. № 137-З (Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2006 г., № 107, 2/1235); от 20 июля 2006 г. № 162-З (Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2006 г., № 122, 2/1259); от 14 июня 2007 г. № 239-З (Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2007 г., № 147, 2/1336).

[174] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2008 г., № 159, 2/1460.

[175] Среди европейских стран в Голландии и Бельгии произошла декриминализация активной эвтаназии.

[176] Уголовный кодекс Азербайджанской Республики / науч. ред. и предисловие И.М. Рагимова. Перевод с азербайджанского Б.Э. Аббасова. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 158.

[177] Уголовный кодекс Грузии / Науч. ред. З.К. Бигвава. Вступ. статья В.И. Михайлова. Обзорн. статья О. Гамкрелидзе. Перевод с грузинского И. Мериджанашвили. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 167.

неизлечимой болезнью или невыносимостью физических страданий по желанию лица или в отношении несовершеннолетнего, его родственников»[178].

В УК ряда стран дальнего зарубежья имеются также составы преступлений, предусматривающие ответственность за эвтаназию, совершенную любым субъектом. Так в УК Австрии § 77(Убийство по требованию потерпевшего) предусматривается ответственность за убийство другого человека по его серьезному и настойчивому требованию[179].

В УК Германии в § 216 (Убийство по просьбе потерпевшего) говорится, что «кто убивает другое лицо в результате категорической и настойчивой просьбы потерпевшего лишить его жизни, тот наказывается…»[180].

В соответствии с ч. 4 ст. 143 УК Испании «тот, кто причиняет или активно содействует причинению смерти другому человеку, по его настоятельной, серьезной и ясной просьбе, если жертва страдала от тяжелой болезни, определенно приведшей бы к смерти или причиняющей ему постоянные тяжкие страдания, наказывается…»[181].

По УК Швейцарии ст. 114 (Убийство по просьбе потерпевшего) наказывается тот, «кто по достойным внимания мотивам, а именно из сострадания убивает человека по его серьезному и настойчивому требованию»[182].

В ч. 3 ст. 150 (убийство) УК Республики Сан-Марино говорится, что «в случае согласия жертвы на убийство применяется…[183].

В ст. 202 (Участие в самоубийстве и убийстве с согласия) УК Японии говорится: «тот, кто подготовил человека к убийству, или оказал ему помощь в самоубийстве, или убил человека по его настоянию или с его согласия, наказывается …»[184] и некоторых др.

Рассматривая этот вопрос, следует отметить, что и в определенные периоды развития российского законодательства предпринимались попытки установить более мягкую ответственность за такое посягательство по сравнению с простым убийством.

Так в Уголовном Уложении 1903 г. в ст. 460 говорилось, что «виновный в убийстве, учиненном по настоянию убитого и из сострадания к нему, наказывается: заключением в крепость на срок не свыше трех лет»[185].

По УК РСФСР 1922 г., в первоначальной редакции (ст. 143), предусматривалось освобождение от уголовной ответственности за причинение

---

[178] Уголовный кодекс Республики Молдова / Вступит. статья А.И. Лукашова. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 226.

[179] Уголовный кодекс Австрии / Пер. с нем. – М.: ИКД «Зерцало – М», 2001 . – С. 43.

[180] Уголовный кодекс ФРГ / Пер. с нем. – М.: ИКД «Зерцало – М», 2001 . – С. 127.

[181] Уголовный кодекс Испании. / Под. ред. и с предисловием Н.Ф. Кузнецовой, Ф.М. Решетникова. – М.: ИКД «Зерцало – М», 1998 .С. 52.

[182] Уголовный кодекс Швейцарии / Пер. с нем. – М.: ИКД «Зерцало – М», 2001 . – С. 48.

[183] Уголовный кодекс Республика Сан-Марино / Науч. ред. С.В. Максимова. Пер. с итальянского В.Г. Максимова. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 74 -75, 120.

[184] Уголовный кодекс Японии / Науч. ред. и предисловие А.И. Коробеева. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2001. – С. 124.

[185] Ст. 416. Об утверждении Уголовного Уложения / Собрание узаконений и распоряжений правительства, 16 апреля 1903 г., № 38.

смерти из сострадания. Через шесть месяцев после утверждения УК эта статья была из него исключена[186].

В период последнего реформирования российского законодательства появились предложения о введении в УК специального состава преступления, предусматривающего меньшую ответственность, чем за простое убийство. В опубликованном проекте УК РФ принятом Государственной Думой в первом чтении в ст. 106 устанавливалась ответственность за «лишение жизни из сострадания к потерпевшему (эвтаназия) в связи с его тяжелой неизлечимой болезнью и (или) непереносимыми физическими страданиями при условии его добровольного на то волеизъявления». В окончательную редакцию УК РФ 1996 г. эта норма не была введена[187].

Помимо этого, в научной литературе того периода времени были высказаны предложения о необходимости такого состава преступления [188].

Так известный ученый С.В. Бородин по этому поводу писал следующее: «…законодатель впал в другую крайность: в УК не была включена специальная статья, предусматривающая ответственность за убийство из сострадания…Внимательное изучение проблемы эвтаназии привело нас к выводу о несправедливости такого решения. Ведь в подобных случаях речь идет не просто об убийстве с согласия потерпевшего, а о выполнении желания (безусловно, добровольного) тяжело больного лица уйти из жизни с тем, чтобы избавиться от страданий. Мы полагаем, что в УК необходимо было бы предусмотреть ответственность за убийство из сострадания как за убийство, совершенное при смягчающих обстоятельствах. Квалификация убийства из сострадания по ст. 103 УК РСФСР (ч. 1 ст. 105 УК) и ранее представлялась неточной и несправедливой…»[189].

В более поздний период, после принятия УК РФ 1996 г., исследовательница О.С. Капинус, анализируя законодательный опыт зарубежных стран и судебную практику, писала «…положительные моменты, которые имеются в уголовных кодексах стран ближнего и дальнего зарубежья, должны быть реализованы в уголовном законодательстве России. Так как совершение преступления по мотиву сострадания настолько существенно понижает степень общественной опасности деяния и личности виновного, что должно влечь за собой снижение меры наказания не только в пределах санкции соответствующей статьи Особенной части УК, но и снижение границ типового наказания»[190].

В этой связи, по мнению ученого в УК РФ должны быть внесены три дополнения. Во-первых, в УК должна быть введена новая ст. 105-1(Убийство

---

[186] Курс уголовного права. В 5 т.: Учебник для вузов. Т. 3: Особенная часть. / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. – МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. М. – Зеркало – М. – 2002.– С. 142.

[187] Там же, С. 143.

[188]Бородин, С., Глушков, В. Убийство из сострадания и проблема эвтаназии / С. Бородин, В. Глушков // Общественные науки и современность. – 1992. – № 4 . – С. 138-145; Бородин, С., Глушков, В. Уголовно-правовые проблемы эвтаназии / С. Бородин, В. Глушков // Советская юстиция. – 1992. – № 9-10. – С. 34; Бородин, С.В. Преступления против жизни / С.В. Бородин. – М. – 1999. – С. 86-87.

[189] Бородин, С.В. Преступления против жизни / С.В. Бородин. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2002. – С. 111.

[190] Капинус, О.С. Убийства: мотивы и цели / О.С. КапинуС. – М.: Изд. ИМПЭ – ПАБЛИШ, 2003. – С. 198.

по мотиву сострадания), предусматривающая самостоятельную ответственность врача и другого лица. В части первой этой статьи должна устанавливаться ответственность за «убийство неизлечимого больного по его просьбе или с согласия, осуществленное врачом с целью избавления больного от мучительных страданий, вызванных неизлечимой болезнью». В ч. 2 этой статьи должна, по мнению автора, предусматриваться ответственность, если убийство осуществлено врачом по своей инициативе либо по просьбе его близких или родственников, когда неизлечимо больной не может выразить свою волю, а в ч. 3 статьи – за действия, предусмотренные ч. 1 или ч. 2 осуществленные иным лицом [191].

Во-вторых, в ст. 64 УК РФ (Назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено законом) должна быть введена новая ч. 3 в соответствии с которой «в исключительных случаях суд…может назначить более мягкое наказание, чем закреплено в санкции статьи, предусматривающей ответственность за убийство по мотиву сострадания, либо отказаться от его назначения»[192].

В-третьих, п. «д» ч. 1 ст. 61 УК РФ (Смягчающие обстоятельства) должен быть, по мнению автора, дополнен словами: «по мотиву сострадания, а также по просьбе потерпевшего»[193].

Оценивая это, возникает вопрос, следует ли учесть эти предложения, а также законодательный опыт зарубежных стран и ввести в УК Республики Беларусь самостоятельный состав преступления, предусматривающий ответственность за убийство неизлечимого больного по его просьбе или с согласия? Представляется, что при решении этого вопроса необходимо учитывать серьезные аргументы как против включения состава преступления, так за введение в УК такой уголовно-правовой нормы.

Против такого решения имеются довольно весомые аргументы. Так введение в УК состава преступления, предусматривающего самостоятельную гораздо меньшую ответственность за убийство неизлечимого больного по его просьбе или с согласия, будет означать частичную легализацию эвтаназии. А это в свою очередь повлечет подрыв целой системы религиозных и нравственных ценностей годами складывавшихся в нашем государстве.

Так православная церковь крайне отрицательно относится к эвтаназии. В Основах социальной концепции русской православной церкви говорится: «… Церковь, оставаясь верной соблюдению заповеди Божией «не убий» (Исх. 20.13), не может признать нравственно приемлемыми распространенные ныне в светском обществе попытки легализации так называемой эвтаназии, то есть намеренного умерщвления безнадежно больных (в том числе по их желанию). Просьба больного об ускорении смерти подчас обусловлена состоянием депрессии, лишающим его возможности правильно оценивать свое положение. Признание законности эвтаназии привело бы к умалению достоинства и извращению профессионального долга врача, призванного к сохранению, а не к

---

[191]Капинус, О.С. Убийства: мотивы и цели. – С. 210-211.
[192] Там же.
[193]Капинус, О.С. Убийства: мотивы и цели. – С. 199.

пресечению жизни. «Право на смерть» легко может обернуться угрозой для жизни пациентов, на лечение которых недостает денежных средств. Таким образом, эвтаназия является формой убийства или самоубийства, в зависимости от того, принимает ли в ней участие пациент. В последнем случае к эвтаназии применимы соответствующие канонические правила, согласно которым намеренное самоубийство, как и оказание помощи в его совершении, расцениваются как тяжкий грех…»[194].

В этой связи, введение в УК состава преступления, предусматривающего самостоятельную ответственность за убийство неизлечимого больного по его просьбе или с согласия, означало бы определенное оскорбление чувства верующих, составляющих значительную часть населения страны.

Необходимо учитывать и то обстоятельство, что эвтаназия запрещена законами Республики Беларусь, в которых регламентируются основы профессиональных отношений и этики в некоторых сферах деятельности. Например, в ч.2 и ч.3 ст. 31 (Эвтаназия) Закона Республики Беларусь «О здравоохранении» (в ред. Закона Республики Беларусь от 20. 06. 2008 г. № 363-з) сказано: « На территории Республики Беларусь осуществление эвтаназии, в том числе с помощью медицинских (фармацевтических) работников, запрещено. Лицо, сознательно побудившее другое лицо к эвтаназии и (или) осуществившее эвтаназию, несет ответственность в соответствии с законодательством Республики Беларусь»[195].

Помимо этого, против включения такого состава в УК имеются также серьезные аргументы и уголовно-правового характера. Дело в том, что при описании объективных признаков в составе преступления используются определенные оценочные понятия, установление этих признаков в реальной действительности могут представлять значительные трудности. Российский ученый Г.Н. Борзенков в этой связи отмечает, что значительные сложности связаны с «…установлением таких оценочных признаков, как «тяжелая неизлечимая болезнь», «непереносимые физические страдания». Выдвижение на первый план волеизъявления потерпевшего также не спасет положения. Подлинность волеизъявления … тоже может быть подвергнута сомнению»[196].

Если принять во внимание эти серьезные аргументы и не вводить в УК новый состав преступления, то убийство неизлечимого больного по его просьбе или с согласия для избавления его от физических страданий будет по-прежнему квалифицироваться как умышленное убийство на общих основаниях.

По мнению сторонников введения самостоятельной ответственности за такое посягательство, более низкая общественная опасность этого преступления обусловлена «мотивом сострадания»[197], «выполнением желания (безусловно, добровольного) тяжело больного лица уйти из жизни с тем, чтобы

---

[194] Основы социальной концепции русской православной церкви / Юбилейный архиерейский собор русской православной церкви. – М. – 2000. – С. 68.

[195] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2008 г., № 159, 2/1460.

[196] Курс уголовного права: В 5 т.: Учебник для вузов. Т. 3: Особенная часть. / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. – МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. М. – Зеркало – М. – 2002.– С. 144.

[197] Цит. работа, с.198.

избавиться от страданий»[198]. Безусловно, эти обстоятельства влияют на общественную опасность содеянного. Вместе с тем, представляется, что основным фактором, определяющим более низкую общественную опасность, является иное содержание социально-психологического элемента вины этого посягательства, чем при простом убийстве.

С субъективной стороны убийство характеризуется только умышленной виной. Умысел может быть прямым или косвенным. Лицо сознает, что, совершая деяние, посягает на неприкосновенность жизни другого лица, предвидит неизбежность или возможность причинения смерти потерпевшему и желает смерти или сознательно допускает ее либо относится безразлично к наступлению этого последствия. Жизнь – это самая важная дарованная свыше ценность каждого человека. Неприкосновенность жизни – это основа всех отношений в обществе и государстве. При убийстве с социально - психологической стороны вины для субъекта посягательства эта исключительная ценность другого человека не существует вовсе. Он отрицательно относится к абсолютному правилу существования общества и государства о неприкосновенности жизни другого человека.

При убийстве неизлечимого больного по его просьбе или с согласия, содержание социально - психологической составляющей вины может быть иным. Больной испытывает мучительные страдания, вызванные болезнью. Выхода из создавшейся ситуации нет, так как болезнь неизлечима. Для потерпевшего жизнь превращается в сплошной ад, и он обращается с просьбой избавить его от мучительных страданий.

Безусловно, виновный, выполнивший волю безнадежно больного, осознает все эти фактические обстоятельства. Социально - психологический элемент вины при таком посягательстве включает в себя два противоположных момента. С одной стороны виновный не может не сознавать, что посягает на жизнь как самую важную ценность человека. С другой стороны он сознает, что по просьбе умирающего больного оказывает ему помощь и прекращает мучительные страдания, вызванные неизлечимой болезнью.

При таком понимании содержания социально - психологического элемента вины невозможно говорить о том, что, совершая убийство неизлечимо больного по его просьбе или с согласия, виновный отрицательно относится к неприкосновенности жизни другого человека как основе всех отношений в обществе и государстве. Исходя из этого, содержание этого элемента вины при убийстве неизлечимого больного по его просьбе и простого убийства не совсем совпадают. В этой связи, квалификация убийства неизлечимо больного по его просьбе по ч. 1 ст. 139 УК Беларуси (Убийство) означает, что уголовно-правовая оценка содеянного не учитывает содержание социально - психологического элемента вины этого преступления. Менее опасное посягательство квалифицируется в рамках более опасного преступления и влечет правовые последствия этого деяния.

---

[198] Бородин, С.В. Преступления против жизни. – С. 111.

В противоположность этому по уголовному праву зарубежных стран, где установлена самостоятельная ответственность за такой вид убийства, предусматривается ответственность, гораздо ниже низшего предела, чем за простое убийство.

Так в соответствии со ст. 135 УК Азербайджанской республики эвтаназия наказывается лишением свободы до трех лет, а простое убийство – от семи до двенадцати лет. Убийство по просьбе жертвы (ст. 110 УК Грузии) наказывается лишением свободы до пяти лет, простое убийство – от семи до пятнадцати лет. Лишение жизни по желанию лица (ст. 148 УК Республики Молдова) наказывается лишением свободы от трех лет до семи лет, простое убийство – от двенадцати до двадцати лет. Убийство по требованию потерпевшего (§ 77 УК Австрии) наказывается лишением свободы от шести месяцев до пяти лет, простое убийство от пяти до десяти лет. Убийство по просьбе потерпевшего (§ 216 УК Германии) наказывается лишением свободы на срок от шести месяцев до пяти лет, простое убийство на срок не менее пяти лет. Эвтаназия (ч. 4 ст. 143 УК Испании) наказывается на одну или две степени ниже наказаний, предусмотренных за содействие другому лицу в совершении самоубийства (наказывается лишением свободы от двух до пяти лет) или за содействие, которое привело к смерти (наказывается лишением свободы от шести до десяти лет). Простое убийство влечет ответственность на срок от десяти до пятнадцати лет (ст.138). Убийство по просьбе потерпевшего (ст.114 УК Швейцарии) наказывается тюремным заключением, простое убийство влечет ответственность в виде каторжной тюрьмы на срок не менее пяти лет. Убийство по согласию жертвы (ч. 3 ст. 150 УК Республики Сан-Марино) наказывается тюремным заключением четвертой степени (от четырех до десяти лет – ч.4 ст. 81), простое убийство от четырнадцати до двадцати четырех лет (ч.7ст. 81). Участие в самоубийстве и убийстве с согласия (ст. 202 УК Японии) наказывается лишением свободы на срок от шести месяцев до семи лет, простое убийство – смертной казнью или лишения свободы на срок не ниже трех лет.

Если принимать во внимание особенности содержания социально-психологического элемента вины, то и по УК Беларуси такое преступление, с учетом этого важного обстоятельства должно влечь меньшую ответственность, чем за простое убийство. По ч. 1 ст. 139 предусматривается ответственность в виде лишения свободы на срок от шести до пятнадцати лет. Следуя законодательному опыту зарубежных стран, который сложился и был апробирован на протяжении многих лет, убийство неизлечимо больного по его просьбе должно влечь ответственность меньше шести лет лишения свободы. Ориентиром могут быть размеры наказаний, установленные за доведение до самоубийства и склонение к самоубийству[199].

---

[199] По ч. 1 ст. 145 УК Беларуси (Доведение до самоубийства) предусматривается ответственность в виде исправительных работ до двух лет, или ограничение свободы на срок до трех лет, или лишение свободы на тот же срок; по ч. 2 этой статьи – ограничение свободы на срок до пяти лет или лишение свободы от одного до пяти лет. По ч. 1ст. 146 УК (Склонение к самоубийству) установлена ответственность в виде исправительных работ до

Чтобы учесть это в УК, может быть несколько решений. Возможно снижение минимального размера наказания, установленного, ч. 1 ст. 139 УК с шести лет до трех или четырех лет лишения свободы. Могут быть учтены предложения российской исследовательницы О.С. Капинус. Содержание этих предложений было рассмотрено ранее. Не исключено и третье решение – дополнить ст. 139 УК примечанием следующего содержания: «Убийство неизлечимо больного по его просьбе для избавления больного от мучительных физических страданий, вызванных его неизлечимой болезнью квалифицируется как умышленное убийство по ст. 139. В исключительных случаях суд, с учетом характера содержания вины, мотива и цели преступления, тяжести, характера и продолжительности физических страданий, испытываемых больным в результате неизлечимой болезни, его просьбы об умерщвлении, может назначить более мягкое наказание, чем закреплено в санкции этой статьи».

Оценивая эти возможные решения, необходимо отметить, что любое упоминание в законе о более мягкой ответственности убийства неизлечимо больного по его просьбе будет означать частичную легализацию эвтаназии и повлечет за собой подрыв целой системы религиозных и нравственных ценностей годами складывавшихся в нашем государстве. В этой связи, по мнению автора, наиболее оптимальным решением этого вопроса является снижение минимального размера наказания, установленного, ч. 1 ст. 139 УК с шести лет до трех или четырех лет лишения свободы.

В части 2 ст. 139 описываются признаки отягчающих обстоятельств убийства. Перечень этих обстоятельств является исчерпывающим.[200] С точки зрения полноты реализации принципа субъективного вменения представляют

двух лет или лишение свободы на тот же срок; по ч. 2 этой статьи – ограничение свободы до четырех лет или лишение свободы на срок до пяти лет.

[200] Все квалифицирующие обстоятельства расположены в определенной системе:

- отягчающие обстоятельства, относящиеся к объективным признакам преступления (убийство: двух или более лиц (п. 1); заведомо малолетнего, престарелого или лица, находящегося в беспомощном состоянии (п. 2); заведомо для виновного беременной женщины (п. 3); сопряженное с похищением человека либо захватом заложника (п. 4);совершенное общеопасным способом (п. 5); совершенное с особой жестокостью (п. 6); сопряженное с изнасилованием или насильственными действиями сексуального характера (п. 7);
- отягчающие обстоятельства, относящиеся к субъективным признакам преступления (убийство: с целью скрыть другое преступление или облегчить его совершение (п. 8); с целью получения трансплантата либо использования частей трупа (п. 9); лица или его близких в связи с осуществлением им служебной деятельности или выполнением общественного долга (п. 10); лица или его близких за отказ этого лица от участия в совершении преступления (п. 11); из корыстных побуждений, либо по найму, либо сопряженное с разбоем, вымогательством или бандитизмом (п. 12); из хулиганских побуждений (п. 13); по мотивам расовой, национальной, религиозной вражды или розни, политической или идеологической вражды, а равно по мотивам вражды или розни в отношении какой-либо социальной группы (п.14); совершенное группой лиц (п. 15); совершенное лицом, ранее совершившим убийство (п. 16).

интерес лишь некоторые квалифицирующие обстоятельства этого преступления. Рассмотрим их.

Убийство двух или более лиц квалифицируется по п. 1 ч. 2 ст. 139 УК. Такая уголовно-правовая оценка может иметь место при наличии двух признаков: объективных и субъективных. С объективной стороны убийство двух или более лиц должно быть совершено одновременно либо с небольшим или значительным разрывом во времени. С субъективной стороны действия виновного должны охватываться единством умысла.

О единстве умысла можно вести речь только в ситуации, когда намерение лишить жизни двух или более лиц возникло у виновного до начала совершения им действий, направленных на лишение жизни хотя бы одного лица.

В случае если убийство двух или более лиц совершено с разрывом во времени, то для квалификации действий виновного по п. 1 ч. 2 ст. 139 УК необходимо наличие единого прямого умысла на убийство двух или более лиц, возникшего до начала совершения действий, направленных на лишение жизни хотя бы одного лица.

Преступление, предусмотренное п. 1 ч. 2 ст. 139, является оконченным при причинении смерти хотя бы двум лицам. При этом в ситуации, когда умысел виновного был направлен на убийство большего числа потерпевших, все содеянное квалифицируется как оконченное преступление вне зависимости от полноты осуществления умысла. Если умысел виновного не был реализован вовсе по не зависящим от этого лица обстоятельствам и в реальной действительности жизни потерпевших не был причинен вред, то все содеянное квалифицируется по ч. 1 ст. 13 или ч. 1 ст. 14 и п. 1 ч. 2 ст. 139.

Более сложным представляет решение вопроса о квалификации причинения смерти одному потерпевшему и покушение на жизнь другого лица, когда содеянное охватывалось единым умыслом субъекта преступления. В судебной практике по-разному оценивалось такое посягательство. В период существования единого союзного государства в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 4 июня 1960 г. «О судебной практике по делам об убийстве» отмечалось, что при установлении того, что умысел виновного был направлен на жизнь двух и более лиц, убийство одного человека и покушение на жизнь другого следует квалифицировать как оконченное преступление по ст. 102 п. « з » УК РСФСР[201]. Такой же подход был определен и в постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 3 июля 1963 г. «О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике по делам об умышленном убийстве»[202].

Иную квалификацию предложил Пленум Верховного Суда СССР в постановлении от 27 июня 1975 г. «О судебной практике по делам об умышленном убийстве». В постановлении говорилось, что убийство одного человека и покушение на жизнь другого не может рассматриваться как оконченное преступление – убийство двух и более лиц, поскольку преступное

[201] Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1960. – № 4.
[202] Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1963.– № 4.

намерение убить двух лиц не было осуществлено по причинам, не зависящим от воли виновного. В этих случаях содеянное следует квалифицировать по ст. 103 или 102 и ст. 15 и п. «з» ст. 102 УК РСФСР и соответствующим статьям УК других союзных республик[203].

В научной литературе так же по-разному предлагали квалифицировать такое посягательство. Среди российских ученых имелись сторонники оценки неудавшегося покушения на убийство двух или более лиц по совокупности преступлений. Другие исследователи, не соглашаясь с предложением Верховного Суда о квалификации посягательства по совокупности преступлений, предлагали содеянное рассматривать как покушение на умышленное убийство двух или более лиц либо как оконченное убийство двух или более лиц[204].

Некоторые отечественные исследователи так же были не согласны с рекомендацией квалифицировать неудавшееся покушение на убийство двух или более лиц по совокупности преступлений. Так белорусский ученый С.И. Тишкевич по этому поводу писал, что «если при умысле виновного на причинение смерти нескольким лицам смерть причинена только одному из них, содеянное должно квалифицироваться по ст.ст. 15, ч. 2, и 100, п. «г», УК, так как объективная сторона покушения на убийство двух или более лиц слагается из действий виновного, направленных на лишение жизни потерпевших, в том числе и того, кому причинена смерть. Если из объективной стороны покушения на убийство двух лиц исключить действия, направленные на причинения смерти одному из них (т. е. квалифицировать их отдельно), остальная часть объективной стороны преступления как покушение на убийство двух лиц расцениваться не может»[205].

После распада СССР, образования независимых государств и принятия УК Беларуси 1999 г. Верховный Суд Республики Беларусь, обобщив судебную практику по делам об убийстве, в постановлении Пленума Верховного Суда № 9 от 17 декабря 2002 г. «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 139 УК)» предложил такую же уголовно-правовую оценку данного посягательства, как и в общесоюзном постановлении от 27 июня 1975 г. Так в п. 5 этого правового документа отмечалось что, «если при наличии прямого умысла на лишение жизни двух или более лиц совершены убийство одного человека и покушение на жизнь другого (других), то содеянное не может рассматриваться как оконченное преступление – убийство двух или более лиц, и подлежит квалификации по ч. 1 ст. 139 УК или соответствующим пунктам ч. 2 ст. 139 УК (за исключением п. 1) и ч. 1 ст. 14 и п. 1 ч. 2 ст. 139 УК»[206].

---

[203] Бюллетень Верховного Суда СССР. – 1975. – № 4.

[204] Бородин, С.В. Квалификация убийства по действующему законодательству / С.В. Бородин. – Москва: Изд-во «Юридическая литература», 1966. – С. 103-107.; Бородин, С.В. Преступления против жизни / С.В. Бородин. – СПб.: Изд. «Юридический центр Пресс»,2003. – С. 128.; Попов, А.Н. Убийства при отягчающих обстоятельствах / А.Н. Попов. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 47-53.

[205] Тишкевич, С.И. Расследование убийств: уголовно-правовые аспекты (рекомендации для следователя) / С.И. Тишкевич. – Минск; МВД БССР, 1988. – С. 85-86.

[206] Судовы веснік. 2003. № 1.

В отечественной литературе до принятия этого постановления Пленума и в последующий период времени были публикации, в которых высказаны рекомендации по поводу квалификации неудавшегося покушения на убийство двух лиц[207]. Такое посягательство было предложено рассматривать как приготовление или покушение на убийство двух лиц (ч. 1 ст. 13 или ч. 1 ст. 14 и п. 1 ч. 2 ст. 139 УК).

По мнению автора, такая квалификация необходима в силу определенных обстоятельств. С объективной стороны такое посягательство представляет собой единое преступление, включающее в себя убийство двух или более лиц. Самостоятельная квалификация одного деяния по ч. 1 ст. 139 УК или соответствующим пунктам ч. 2 ст. 139 УК, а второго по и ч. 1 ст. 14 и п. 1 ч. 2 ст. 139 УК фактически означает, что единое преступление разорвано и каждой части целого дается отдельная правовая оценка. При этом одна часть единого посягательства учитывается дважды: как оконченное убийство и как часть целого, которое закон именует убийством (или покушением на убийство) двух или более лиц.

С субъективной стороны при таком посягательстве намерение лишить жизни двух или более лиц возникает у виновного до начала совершения им действий, направленных на лишение жизни хотя бы одного лица. Последствия, рассматриваемые законом как единое целое, охватываются умыслом виновного лица. Если эти последствия не наступают полностью, то все содеянное необходимо квалифицировать в соответствии с содержанием и направленностью умысла (как приготовление или покушение на убийство двух лиц). Аналогично решается вопрос и в других посягательствах в ситуациях, когда умысел виновного не реализуется полностью.

Например, если при совершении хищения умысел виновного был направлен на завладение имуществом в крупном или особо крупном размере, и он не был осуществлен по независящим от виновного обстоятельствам, содеянное квалифицируется как покушение на хищение в крупном или особо крупном размере независимо от размера фактически похищенного. В судебной практике не квалифицируют такое посягательство по совокупности преступлений: оконченное простое хищение и покушение на хищение в крупном или особо крупном размере. Такой подход прямо закреплен в п. 26 постановления Пленума Верховного Суда № 15 от 21 декабря 2001 г. «О применении судами уголовного законодательства по делам о хищениях имущества»[208].

Еще один пример. Если виновный убил потерпевшую, ошибочно полагая, что она беременна, содеянное квалифицируют по направленности умысла как покушение на убийство заведомо беременной женщины по ч. 1 ст. 14 и п. 3 ч. 2 ст. 139 УК. В судебной практике не квалифицируют такое посягательство по совокупности преступлений: оконченное простое убийство и покушение на

---

[207] Грунтов, И.О. Убийство при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 139 УК) / И.О. Грунтов // Право Беларуси. – 2002. –№ 6. – С. 66; Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / ; Под общ. ред. А.В. Баркова, В.М. Хомича. Авторы: Н.Ф. Ахраменка и др.– Минск: ГИУСТ БГУ, 2007. – С. 296.

[208] НРПА. – 2002. – № 8. – 6/311.

убийство заведомо беременной женщины. Такой подход так же закреплен в п. 7 постановления Пленума Верховного Суда от 17 декабря 2002 г. № 9 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 139 УК)»[209].

Учитывая все эти обстоятельства, было бы желательно в п. 5 названного постановления внести изменения и сформулировать его следующим образом:

«Если при наличии прямого умысла на лишение жизни двух или более лиц совершены убийство одного человека и покушение на жизнь другого (других), то содеянное следует рассматриваться как покушение на убийство двух или более лиц, и квалифицировать по ч. 1 ст. 14 и п. 1 ч. 2 ст. 139 УК».

Вместе такой подход не снимает окончательное решение этого вопроса. Дело в том, что в соответствии с ч. 2 ст. 67 (Назначение наказания за неоконченное преступление) УК смертная казнь за приготовление к преступлению и покушение на преступление не назначается. В этой связи за убийство одного человека и покушение на жизнь другого (других), квалифицируемое как покушение на убийство двух или более лиц не может быть назначена сметная казнь. В тоже время оценка такого же посягательства по совокупности преступлений (по соответствующим пунктам ч. 2 ст. 139 УК и ч. 1 ст. 14 и п. 1 ч. 2 ст. 139 УК) позволяет применить этот вид наказания[210].

Для того чтобы преодолеть эту парадоксальную ситуацию, было бы желательно, по мнению автора, внести в ч. 2 ст. 67 УК дополнение и изложить ее в следующей редакции:

«2. Смертная казнь за приготовление к преступлению и покушение на преступление не назначается.

Положение ч. 2 этой статьи не распространяется на убийство одного человека и покушение на жизнь другого (других), квалифицируемое как покушение на убийство двух или более лиц».

По п. 2 ч. 2 ст. 139 квалифицируется убийство заведомо малолетнего, престарелого или лица, находящегося в беспомощном состоянии.

Для констатации убийства малолетнего или престарелого достаточно установить, что виновный сознавал малолетство потерпевшего или его престарелый возраст. Под малолетним понимается лицо, которое на день совершения преступления не достигло возраста 14 лет (ч. 7 ст. 4). Престарелым является лицо, которое на день совершения преступления достигло возраста 70 лет (ч. 9 ст. 4).

В научной литературе вопрос о том, что следует понимать под беспомощным состоянием как квалифицирующем признаке убийства, решается по-разному. Можно выделить два подхода: ряд авторов считают, что беспомощность потерпевшего определяется любыми обстоятельствами; по мнению других, беспомощность жертвы характеризуется двумя признаками – объективным и субъективным (объективный признак состоит в том, что потерпевший в силу физического или психического состояния не может оказать сопротивление виновному либо иным образом не может избежать

---

[209] Судовы веснік. – 2003. – № 1.

[210] По-видимому, с учетом этих обстоятельств, Верховный Суд Республики Беларусь рекомендовал квалифицировать такое посягательство по совокупности преступлений.

посягательства; субъективный – включает в себя два аспекта: первый – жертва осознает свою беспомощность и второй – виновный так же осознает это).

Так с точки зрения Г.Н. Борзенкова, к убийствам, совершенным с использованием беспомощного состояния потерпевшего, следует отнести лишение жизни тяжелобольных, лиц, страдающих психическими расстройствами, лиц, находящихся в состоянии обморока, опьянения или сна, лишающего их возможности реагировать на действия виновного[211].

С.В. Бородин к состоянию беспомощности потерпевшего также относит сон, сильное опьянение, обморок и случаи, когда потерпевший находится без сознания в связи с любой другой причиной[212]. Аналогичных взглядов придерживаются Л.А. Андреева[213], А.Н. Попов[214], Э.Ф. Побегайло[215], А.И. Рарог[216], Н.К. Семернева[217].

Иной подход был высказан в литературе С.И. Дементьевым, Т.В. Кондрашовой, А.Н. Красиковым. Например, С.И. Дементьев считает, что, устанавливая этот квалифицирующий признак, «законодатель имел в виду, что в таком случае потерпевшему причиняются дополнительные, особые страдания. Он осознает, что его сейчас или вскоре убьют, но в силу своего физического состояния не может ни оказать сопротивления, ни позвать на помощь. Это состояние заведомо понимает убийца, значит, действует более цинично и нагло, нежели тот, который, как говорится, убивает «из-за угла»[218].

Т.В. Кондрашова также видит повышенную опасность убийства лица, находящегося в беспомощном состоянии, в том, что потерпевший осознает опасность для своей жизни, но в силу объективных факторов не имеет возможности оказать сопротивление преступнику и защитить себя[219]. Подобным образом подходит к пониманию этого вопроса и А.Н. Красиков[220].

Квалификация убийства лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии в судебной практике происходила по-разному. Например, в Российской Федерации. Так в публикации заместителя Председателя Верховного Суда Российской Федерации А.Е. Меркушова

---

[211] Курс уголовного права: В 5 т.: Учебник для вузов. Т. 3: Особенная часть. / Под ред. Г.Н. Борзенкова и В.С. Комиссарова. – МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид.фак. М.:Зеркало – М., 2002. С. 116-117.

[212] Бородин, С.В. Преступления против жизни / С.В. Бородин. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 131-134.

[213] Андреева, Л.А. Квалификация убийств, совершенных при отягчающих обстоятельствах / Л.А. Андреева. – СПБ. Изд. «Юридический центр Пресс», 1998. – С.12.

[214] Попов, А.Н. Убийства при отягчающих обстоятельствах / А.Н. Попов. – СПб.: Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 265 -280.

[215] Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / Под общ. ред. Ю.И. Скуратова и В.М. Лебедева, – М., 1999. – С. 228.

[216] Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации с постатейными материалами и судебной практикой / Под общ. ред. С.И. Никулина, – М., 2000. – С. 218.

[217] Уголовное право. Особенная часть. Учебник для вузов / Ответств. ред. доктор юрид. наук, проф. И.Я. Козаченко, доктор юрид. наук, проф. З.А. Незнамова, канд юрид. наук, доцент Г.П. Новоселов, – М.: Издательская группа ИНФРА . М-НОРМА, 1997. – С. 54.

[218] Дементьев, С.И. Понятие беспомощного и бессознательного состояния / С.И. Дементьев // Российская юстиция. – 1999. – № 1. – С. 43.

[219] Кондрашова, Т.В. Проблемы уголовной ответственности за преступления против жизни, здоровья, половой свободы и половой неприкосновенности / Т.В. Кондрашова. – Екатеринбург, 2000. – С. 65.

[220] Красиков, А.Н. Ответственность за убийство по российскому уголовному праву / А.Н. Красиков. – Саратов, 1999. – С. 64.

отмечалось, что, по мнению одних судов, убийство спящего лица или лица, находящегося в тяжелой степени опьянения, во всех без исключения случаях следует квалифицировать по п. «в» ч. 2 ст. 105 УК Российской Федерации как убийство лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии. По мнению других, беспомощное состояние лица будет только в том случае, когда потерпевший осознавал опасность для своей жизни, но в силу определенных обстоятельств (возраста, болезни, физических или психических недостатков и т. д.) не имел возможности оказать преступнику сопротивление и защитить себя[221].

В обзоре кассационной практики судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда России за 1999 г. было отмечено, что анализ кассационных определений свидетельствует о том, что сон потерпевшего не рассматривается судами как обстоятельство, свидетельствующее о его беспомощном состоянии[222]. В дальнейшем в решениях этой же коллегии состояние алкогольного опьянения и сна потерпевшего не рассматривалось в качестве квалифицирующего обстоятельства[223].

Сходная картина наблюдалась и в практике судов Республики Беларусь. Так в материалах обзора судебной практики по данной категории дел отмечалось, что если совершается убийство спящего лица, в том числе и вследствие алкогольного опьянения, суды, как правило, квалифицируют действия виновных по п. 2 ч. 2 ст. 139 к как убийство лица, заведомо находящегося в беспомощном состоянии[224].

В постановлении Пленума Верховного Суда от 17 декабря 2002 г. № 9 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 139 УК)» была предпринята попытка более узкой трактовки этого квалифицирующего признака. В п. 6 этого постановления к лицам, находящимся в беспомощном состоянии, были отнесены только тяжелобольные либо лица, страдающие психическими расстройствами, лишающими их способности правильно воспринимать происходящее[225].

Данный подход нашел отражение в определении судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда от 16 декабря 2003 г., где сформулировано, что нахождение потерпевшего в состоянии сна к числу отягчающих обстоятельств, предусмотренных п. 2 ч. 2 ст. 139 УК, не относится, поскольку это необходимое физиологическое состояние человеческого организма. Опьянение потерпевшего, по мнению судебной коллегии по уголовным делам, не является заболеванием, в том числе и психическим, которое не позволяло бы ему адекватно оценивать ситуацию, оказать сопротивление, а было вызвано антиобщественным поведением, связанным с употреблением алкоголя[226].

---

[221] Меркушов, А.Е. О некоторых вопросах судебной практики по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 105 УК Российской Федерации / А.Е. Меркушов // Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1999. – № 6.

[222] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1999. – № 9.

[223] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 2000. – № 8; 2001. –№ 8 и № 12 и др.

[224] Судовы веснік. – 2003. – № 1.

[225] Судовы веснік. – 2003. – № 1.

[226] Судовы веснік. – 2004. – № 1.

Такой подход Верховного Суда, представляется, логически обоснованным в сложившейся ситуации. Давая ограничительное толкование этого квалифицирующего признака, Верховный Суд избежал в дальнейшем довольно серьезной проблемы. Дело в том, что разница в степени общественной опасности между убийством пьяного, спящего и убийством бодрствующего человека, не видящего своего убийцу, находящегося, например, в засаде с огнестрельным оружием, несущественна. В этой связи, если признать состояние сна, алкогольного опьянения беспомощным состоянием потерпевшего, в качестве такой категории лиц пришлось бы признать любого потерпевшего, для которого, например, действия виновного оказались неожиданными. Такое понимание этого явления до бесконечности расширило бы границы данного квалифицирующего признака[227].

Говоря о содержании этого квалифицирующего признака, необходимо иметь в виду, что в п. 2 ч. 2 ст. 139 УК устанавливается ответственность не просто за убийство определенной категории потерпевших, а за совершение подобных действий при обстоятельствах, существенно отличающих данное преступление от убийства, предусмотренного ч. 1 этой статьи. Такое содержание поведению виновного могут придавать два качественных признака. С объективной стороны должно происходить посягательство на жизнь лица, находящегося в беспомощном состоянии. С субъективной стороны потерпевший должен понимать, что не может оказать сопротивление убийце или избежать встречи с ним и это осознается виновным. Более высокую общественную опасность такому посягательству, чем при простом убийстве придает иное социально-психологическое содержание вины[228].

В этой связи с учетом принципа субъективного вменения, границы применения этого квалифицирующего признака должны быть еще уже, чем это предусмотрено в п. 6 постановления Пленума Верховного Суда от 17 декабря 2002 г. № 9. Исходя из этого, по мнению автора, ч. 2 п. 6 данного постановления желательно изложить в следующей редакции:

«Под беспомощным следует понимать такое состояние, которое лишает потерпевшего возможности в силу его физического или психического состояния оказать преступнику активное сопротивление, уклониться от посягательства или иным образом ему противостоять. При обстоятельствах, когда потерпевший понимает, что не может оказать сопротивление убийце или избежать встречи с ним и это осознается виновным».

По п. 6 ч. 2 ст. 139 квалифицируется убийство, совершенное с особой жестокостью. Данное преступление связывается как со способом убийства, так и с другими обстоятельствами, свидетельствующими о проявлении виновным особой жестокости.

---

[227] Грунтов, И.О. Что следует понимать под убийством лица, находящегося в беспомощном состоянии (п. 2 ч. 2 ст. 139 УК)? / И.О. Грунтов // Судовы веснік. – 2004. – № 3. – С. 21-22.

[228] Грунтов, И.О. Убийство при отягчающих обстоятельствах (ч. 2 ст. 139 УК) / И.О. Грунтов // Право Беларуси. – 2002. –№ 6. – С. 66; Научно-практический комментарий к Уголовному кодексу Республики Беларусь / Под общ. ред. А.В. Баркова, В.М. Хомича. Авторы: Н.Ф. Ахраменка и др. – Минск: ГИУСТ БГУ, 2007. – С. 296.

Пленум Верховного Суда в постановлении от 17 декабря 2002 г. № 9 в п. 10 разъяснил, что «признак особой жестокости имеется, в частности, в тех случаях, когда перед лишением жизни или в процессе совершения убийства к потерпевшему применялись пытки, истязание или совершалось глумление над жертвой либо когда убийство совершено способом, который заведомо для виновного связан с причинением потерпевшему особых страданий (нанесением большого количества телесных повреждений, использованием мучительно действующего яда, сожжением заживо, длительным лишением пищи, воды и т.д.)»[229].

В судебной практике особая жестокость рассматривается в ситуации совершения убийства в присутствии близких потерпевшему лиц, когда виновный сознавал, что своими действиями причиняет им особые страдания.

Уничтожение или расчленение трупа с целью сокрытия преступления не квалифицируется как убийство как совершенное с особой жестокостью.

В научной литературе и судебной практике до сих пор по-разному решается вопрос о том, каково содержание, и с каким видом умысла совершается это преступление.

Можно выделить два подхода в понимании этого явления. Ряд авторов считают, что необходимо отдельно устанавливать психическое отношение лица к убийству с особой жестокостью, и к последствию этого посягательства. По мнению других - этого делать не следует. Такая картина больше характерна для российской, чем для отечественной научной литературы.

Так, например, С.В. Бородин считает, что «без выяснения данных о виде умысла по отношению к особой жестокости нельзя считать обстоятельства убийства установленными с достаточной полнотой…Обязательное выяснение вида умысла виновного по отношению к особой жестокости является единственно возможным и верным критерием для решения вопроса о том, проявлялась ли при убийстве особая жестокость»[230]. По мнению Н.К. Семерневой, «очень важно глубоко проанализировать субъективное отношение убийцы к избранному им способу преступления. Так, расчленение трупа потерпевшего не может быть отнесено к убийству с особой жестокостью, если у виновного отсутствовал умысел на глумление над жертвой, и целью его действий было лишь сокрытие следов преступления…Необходимость доказывания умысла на особую жестокость убийства возникает в тех случаях, когда оно происходит на глазах у близких потерпевшему лиц. Виновный может и не ставить цели причинить им страдания, но сознает неизбежность этого, в связи с чем волевой момент умысла определяется как желание совершить

[229] Судовы веснік. – 2003. – № 1.
[230] Бородин, С.В. Преступления против жизни / С.В. Бородин. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 140.

преступление именно таким способом»[231]. Так же решали этот вопрос М.Д. Шаргородский, П.П. Осипов[232] и др.

По-иному рассматривает этот вопрос А.Н. Попов. Он пишет: «…можем ли мы утверждать, что при совершении убийства с особой жестокостью виновный действует с двумя умыслами, одним – по отношению к смерти, а другим – по отношению к особой жестокости своих действий? Представляется, что этого делать нельзя, поскольку подобный подход противоречит основам учения о вине в уголовном праве. Двух видов умысла при совершении одного преступления быть не может…Преступление с особой жестокостью совершается только с одним умыслом, направленность и содержание которого должны устанавливаться в каждом конкретном случае…Убийство может быть совершено с любым видом умысла, как с прямым, так и косвенным. Никаких ограничений для квалификации убийства с особой жестокостью как совершенного с косвенным умыслом закон не содержит…»[233]. Так же подходят к оценке этого вопроса А.И. Стрельников[234], В.С. Комиссаров[235] и др.

В отечественной юридической литературе преобладает относительное единство при решении этого вопроса. Так, по мнению С.И. Тишкевича «виновный должен сознавать, что, совершая убийство, причиняет кому-либо особые страдания. Если такое сознание отсутствует, ответственность наступает (при отсутствии других квалифицирующих признаков) по ст. 101 УК»[236].

Другой белорусский исследователь Н.А. Бабий по этому поводу пишет, что «при определении психического отношения виновного к особой жестокости своего деяния необходимо не подгонять его под волевое отношение, а следует установить четкий критерий, наличие которого позволит дать однозначный ответ на вопрос, имеется ли умысел на совершение убийства именно с особой жестокостью. Такой критерий должен устанавливаться в признаках интеллектуального момента и характеризоваться заведомостью, которая как раз и относится не к характеристике волевого момента, а к характеристике сознания, как при прямом, так и при косвенном видах умысла»[237].

По-иному решает этот вопрос Пленум Верховного Суда Республики Беларусь. Так в п. 10 постановления от 17 декабря 2002 г. № 9 отмечается, что «понятие особой жестокости при квалификации убийства по п. 6 ч. 2 ст. 139 УК связывается как со способом лишения жизни, так и с другими

---

[231] Уголовное право. Особенная часть. Учебник для вузов / Отв. ред. доктор юрид. наук, проф. И.Я. Козаченко, доктор юрид. наук, проф. З.А. Незнамова, канд юрид. наук, доцент Г.П. Новоселов, – М.: Издательская группа ИНФРА. М-НОРМА, 1997. – С. 56.

[232] Курс советского уголовного права. Особенная часть. Т. 3: / Под ред. проф. Н.А. Беляева, проф. М.Д. Шаргородского. – Л.: Изд-во Ленинградского университета, 1973. – С. 514-515.

[233] Попов, А.Н. Убийства при отягчающих обстоятельствах / А.Н. Попов. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 375 - 376.

[234] Стрельников, А.И. Ответственность за убийство, совершенное при обстоятельствах, отягчающих наказание / А.Н. Стрельников. – М.: Юридическая фирма «Частное право», 2002. – С. 64-66.

[235] Курс уголовного права. В 5 т.: Учебник для вузов. Т. 3: Особенная часть. / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. – МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. М. – Зеркало – М. – 2002.– С. 121.

[236] Тишкевич, С.И. Расследование убийств: уголовно-правовые аспекты (рекомендации для следователя) / С.И. Тишкевич. – Минск; МВД БССР, 1988. – С. 98.

[237] Бабий, Н.А. Субъективная оценка субъективных признаков убийства с особой жестокостью / Н.А. Бабий // Юстиция Беларуси. – 2004. – № 6. – С. 55.

обстоятельствами, свидетельствующими о проявлении виновным такой жестокости. При этом необходимо установить, что виновный сознавал особо жестокий характер избранного им способа лишения жизни и желал либо сознательно допускал его»[238].

Оценивая это, необходимо отметить, что правы те исследователи этого вопроса, которые содержание субъективного отношения лица к особо опасному способу своего посягательства определяются в рамках умысла, с которым виновный совершает убийство. Определяющим в решении этого вопроса должна быть законодательная модель умысла.

В ч. 2 и ч. 3 ст. 22 УК Беларуси дается определение прямого и косвенного умысла. В соответствие с законом преступление признается совершенным умышленно, если лицо, его совершившее, сознавало общественную опасность своего действия или бездействия, предвидело их общественно опасные последствия, желало или сознательно допускало их наступление либо относилось к ним безразлично. Исходя из этого, объективные обстоятельства, характеризующие деяние, должны сознаваться виновным. В отношении обстоятельств, относящихся к последствию, лицо должно предвидеть их, желать или сознательно допускать их наступление либо относиться к ним безразлично. Особая жестокость является способом совершения убийства. В этой связи, исходя из содержания законодательной модели умысла, лицо должно только сознавать особо жестокий характер избранного им способа лишения жизни другого человека. Требование в такой ситуации установления волевого отношения лица к способу посягательства означает противоречие социально-психологической формулы умысла, закрепленной в УК.

С учетом этого, по мнению автора, было бы желательно п. 10 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 17 декабря 2002 г. № 9 изложить в следующей редакции:

«Понятие особой жестокости при квалификации убийства по п. 6 ч. 2 ст. 139 УК связывается как со способом лишения жизни, так и с другими обстоятельствами, свидетельствующими о проявлении виновным такой жестокости. При этом необходимо установить, что виновный сознавал особо жестокий характер избранного им способа лишения жизни и желал либо сознательно допускал, либо безразлично относился к такому убийству».

Исходя из этого для квалификации убийства по п. 6 ч. 2 ст. 139 УК необходимо установить два обстоятельства: во-первых, объективный для потерпевшего особо жестокий способ лишения его жизни; во-вторых, то, что виновный сознавал особо жестокий характер выбранного им способа лишения жизни потерпевшего.

По п. 8 ч. 2 ст. 139 квалифицируется убийство, совершенное с целью скрыть другое преступление или облегчить его совершение. По этому пункту квалифицируется посягательство, когда виновный преследует цель скрыть как

[238] Судовы веснік. – 2003. – № 1.

ранее совершенное, так и готовящееся преступление. Не влияют на уголовно-правовую оценку содеянного, ставит ли лицо задачу скрыть преступление полностью либо отдельные его элементы, характер и степень общественной опасности этого преступления, а также то обстоятельство, кто является его исполнителем (лицо, совершающее убийство, или другой человек). При убийстве с целью облегчить совершение другого преступления виновный может выполнить это деяние, как до совершения планируемого преступления, так и в процессе его совершения. Не влияет на квалификацию и то, кто собирался совершить это преступление: сам убийца или иное лицо, а также продолжительность разрыва во времени между преступлением, которое намерен скрыть виновный, и убийством, совершенным в этих целях.

Для применения п. 8 ч. 2 ст. 139 не требуется, чтобы виновный в результате убийства достиг цели. В подобной ситуации необходимо установить сам факт совершения убийства с этой целью. Лицо, совершившее убийство, предусмотренное п. 8 ч. 2 ст. 139, несет ответственность по правилам о совокупности и за то преступление, совершение которого оно пыталось скрыть или облегчить, при условии, что это лицо являлось исполнителем или соучастником такого преступления.

С субъективной стороны преступление характеризуется прямым умыслом и специальной целью: скрыть другое преступление или облегчить его совершение.

В научной литературе большинство исследователей придерживаются мнения о невозможности сочетания различных квалифицирующих признаков, характеризующих мотив или цель преступления. Так Г.Н. Борзенков по этому поводу пишет, что «наиболее устойчивым является мнение о невозможности сочетания различных квалифицирующих признаков, характеризующих мотив или цель убийства. В таком случае практике приходится решать вопрос о конкуренции мотивов: корысть или стремление облегчить совершение другого преступления? Хулиганские побуждения или месть за выполнение общественного долга? В таких случаях требуется выделить доминирующий мотив, который определяет квалификацию…»[239]. Таких же взглядов придерживаются и многие другие российские исследователи[240].

В отечественной литературе и в судебной практике так же сложился подход в оценке такого посягательства, при котором не допускается сочетание различных квалифицирующих признаков, характеризующих мотив или цель преступления. Так А.А. Ничипорович в этой связи отмечал, что « …не может быть совершено убийство из корысти и одновременно из хулиганских побуждений; из корысти и с целью скрыть это же преступление или облегчить

---

[239] Борзенков, Г.Н. Особенности квалификации убийства при конкуренции или сочебтании нескольких квалифицирующих признаков / Г.Н. Борзенков // Уголовное право. – 2007. – № 5. – С. 7.

[240] Капинус, О.С. Убийства: мотивы и цели / О.С. КапинуС. – М.: Изд. ИМПЭ-ПАБЛИШ, 2003. – С.136-137.; Попов, А.Н. Убийства при отягчающих обстоятельствах / А.Н. Попов. – СПб.: Изд. «Юридический центр Пресс», 2003. – С. 875; Стрельников, А.И. Ответственность за убийство, совершенное при обстоятельствах, отягчающих наказание / А.Н. Стрельников. – М.: Юридическая фирма «Частное право», 2002. – С.89-92. (144); Курс уголовного права. В 5 т.: Учебник для вузов. Т. 3: Особенная часть. / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. – МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. М. – Зеркало – М. – 2002.–. – С. 129 и др.

его совершение; из хулиганских побуждений и в связи с выполнением потерпевшим своего служебного или общественного долга. Поэтому необходимо устанавливать мотив, который определял убийство или преобладал перед другими при его совершении…»[241].

Сходная позиция в оценке такого убийства определена в п. 12 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 17 декабря 2002 г. № 9, где определено, что «квалификация убийства по п. 8 ч. 2 ст. 139 УК исключает возможность его квалификации, помимо указанного пункта, по какому-либо другому пункту ч. 2 ст. 139 УК, предусматривающему иную цель или мотив убийства».

В судебной практике так же оценивают убийство, совершенное при наличии нескольких квалифицирующих признаков, характеризующих мотив или цель преступления. Так, например, Б. был признан виновным в покушении на умышленное убийство лица в связи с выполнением им общественного долга и из хулиганских побуждений (ч. 1 ст. 14, п. 10, п. 13 ч. 2 ст. 139 УК). Судебная коллегия по уголовным делам Верховного Суда Республики Беларусь 14 сентября 2001 г., рассмотрев дело по кассационным жалобам, изменила приговор. Из приговора был исключен п. 13 ч. 2 ст. 139 УК (покушение на убийство из хулиганских побуждений). По мнению членов Судебной коллегии по уголовным делам «…совокупность п.п. 10 и 13 ч. 2 ст. 139 УК недопустима. В данном случае покушение на убийство совершено по мотиву выполнения потерпевшим общественного долга, который доминирует и определяет в конкретной ситуации действия виновного»[242].

Оценивая это, необходимо отметить, что цель сокрытия преступления, например, может сочетаться с корыстными побуждениями (заказное убийство свидетеля). Каждый из этих квалифицирующих признаков является составным содержания субъективной стороны лица и должен подлежать самостоятельной уголовно-правовой оценке. Учет одного и игнорирование другого признака (мотива или цели) означает, что произвольно сужаются границы содержания субъективной стороны посягательства, что является недопустимым исходя из принципа субъективного вменения, закрепленного в ст. 3 УК. Помимо этого, выбор доминирующего квалифицирующего признака (мотива или цели) в судебной практике при оценке таких убийств представляет значительные трудности[243], не опирается на какую-либо научную методологию и, в этой связи, зачастую, носит произвольный характер.

С учетом этого, по мнению автора, было бы желательно ч. 3 п. 12 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 17 декабря 2002 г. № 9 изложить в следующей редакции:

---

[241] Ничипорович, А.А. Квалификация умышленных убийств при отягчающих обстоятельствах / А.А. Ничипорович // Судовы веснік. – 1996. – № 4. – С. 23.

[242] Судовы веснік. – 2002. – № 1. – С. 48.

[243] Борзенков, Г.Н. Особенности квалификации убийства при конкуренции или сочебтании нескольких квалифицирующих признаков / Г.Н. Борзенков // Уголовное право. – 2007. – № 5. – С. 7,9.

«Квалификация убийства по п. 8 ч. 2 ст. 139 УК не исключает возможности его квалификации, помимо указанного пункта, по какому-либо другому пункту ч. 2 ст. 139 УК, предусматривающему иную цель или мотив убийства».

Убийство, совершенное лицом, ранее совершившим убийство, квалифицируется по пункту 16 части 2 статьи 139. Ответственность за повторное убийство или за покушение на него наступает независимо от того, совершал ли виновный ранее убийство либо покушение на него, был ли он исполнителем или иным соучастником преступления, осуждался ли за ранее совершенное убийство. Повторным следует признавать убийство, если ему предшествовало преступление, составной частью которого являлось умышленное убийство, например, террористический акт против представителя иностранного государства – ч. 2 ст. 124; террористический акт – ст. 359; убийство работника милиции – ст. 362 УК и др. (п. 20 постановления Пленума от 17 декабря 2002 г. № 9).

В разъяснении Верховного Суда отмечается, что если виновный не был осужден за ранее совершенное убийство или покушение на него, подпадающее соответственно под действие ч. 1 ст. 139 или ч. 1 ст. 14 и ч. 1 ст. 139, то его деяние подлежит самостоятельной квалификации, а последнее преступление в зависимости от того, окончено оно или нет, следует квалифицировать соответственно по п. 16 ч. 2 ст. 139 либо по ч. 1 ст. 14 и п. 16 ч. 2 ст. 139 УК.

В научной литературе некоторые российские ученые высказали серьезные сомнения о соответствии повторности как квалифицирующего обстоятельства установленной логике дифференциации уголовной ответственности для множественности преступлений и принципу справедливости[244].

Отмечалось, что в законе отражено малообоснованное положение, когда совершение разнородных преступлений представляет более высокую степень общественной опасности в отличие от случая нескольких тождественных преступлений. «Например, совершение двадцати квалифицированных краж (ч. 2 ст. 158 УК РФ) менее опасно для общества, нежели совершение одной квалифицированной кражи (ч. 2 ст. 158 УК РФ)…»[245].

Сходное положение имеет место и в национальном уголовном законодательстве. По УК Беларуси совершение повторно двадцати краж (если отсутствует единое продолжаемое хищение, нет обстоятельств, описанных в ст. 71 УК и нет других отягчающих признаков) квалифицируется так же, как и одна повторная кража по ч. 2 ст. 205 УК.

Помимо этого, отдельные исследователи отмечали еще две парадоксальной ситуации, сложившейся в судебной практике на основе уголовного закона. Во -

---

[244] Волженкин, Б.В. Принцип справедливости и проблемы множественности преступлений по УК РФ / Б.В. Волженкин// Законность. – 1998. – № 12. – С. 7; Волженкин, Б.В.Российское уголовное право: традиции, современность, будущее / Б.В. Волженкин // Российское уголовное право: традиции, современность, будущее: материалы науч. конф. посвященной памяти М.Д. Шаргородского / Под ред. Н.М. Кропачева и Б.В. Волженкина. – СПб. – 2005. – С. 26; Щепельков, В.Ф. Проблемы конструирования института множественности преступлений / В.Ф. Щепельков // Уголовное право. – 2001. – № 12. – С. 42–46.

[245] Щепельков, В.Ф.Уголовный закон: преодоление противоречий и неполноты / В.Ф. Щепельков. – М., 2003. С. 148–149.

первых, если лицо совершает десять краж, то первая кража учитывается десять раз: один раз при квалификации первого эпизода и девять раз как обстоятельство, содержащее квалифицирующий признак (повторность). Во – вторых, если лицо, имеющее судимость за простую кражу, вновь совершает точно такое же хищение, то предыдущая судимость за кражу учитывается несколько раз: в первый раз, когда вторая кража квалифицируется не как простая, а как совершенная неоднократно; во второй – когда при назначении наказания будут руководствоваться правилами назначения наказания при рецидиве преступлений и др.

Оценивая это, исследователи делали вывод, что закрепление в законе возможности многократной ответственности за одно и то же преступление нарушает уголовно-правовой принцип справедливости[246].

С таким выводом трудно не согласиться. Вместе с тем, по мнению автора, положения, при котором имеется возможность многократной ответственности за одно и то же преступление, нарушает также еще один принцип уголовного закона и уголовной ответственности: личной виновной ответственности. В ч. 5 ст. 3 УК Беларуси сказано, что лицо подлежит уголовной ответственности только за те совершенные им общественно опасные деяния и наступившие опасные последствия, в отношении которых установлена его вина.

В уголовном законе используются различные квалифицирующие признаки. Преступление с квалифицирующим признаком должно совершаться виновно. В соответствии с ч. 1 ст. 21 вина – это психическое отношение лица к совершаемому общественно опасному деянию и наступившим последствиям (в том числе и к квалифицирующим признакам), выраженное в форме умысла или неосторожности. Совершение преступления, например, общеопасным способом, или для получения материальной выгоды в крупном размере, или в отношении определенного потерпевшего и т.п. характеризует совершенное посягательство. Эти обстоятельства могут отражаться в сознании лица. Субъект может определенным образом к ним психически относиться. Если в уголовно-правовой норме используется квалифицирующий признак, устанавливающий повышенную ответственность за деяние, совершенное лицом, ранее судимым и отбывшим наказание за такое же преступление, то установить вину к этому признаку на основе закона не представляется возможным. Прежняя судимость ни в кой мере не является качественным признаком вновь совершенного посягательства.

Такие же сомнения возникают, когда с этих позиций оцениваешь применяемый в УК квалифицирующий признак: повторность однородных преступлений. Например, совершение лицом кражи, а затем мошенничества следует рассматривать как два самостоятельных преступления против собственности. В соответствии с законом (ч. 2 примечаний к главе 24 УК) мошенничество следует оценивать как повторное и квалифицировать не по ч. 1, а по ч. 2 ст. 209. Если бы мошенничеству не предшествовало совершение

[246] Щепельков, В.Ф. Там же. С. 152–155.

кражи, оно рассматривалось бы как преступление без квалифицирующих обстоятельств.

Еще один пример. Совершение убийства сотрудника органов внутренних дел в связи с выполнением им обязанностей по охране общественного порядка, а затем убийство гражданина необходимо оценивать как два самостоятельных преступлений против человека и против порядка управления. В соответствии с законом и п. 20 постановления Пленума № 9 от 17 декабря 2002 г убийство гражданина необходимо рассматривать как повторное и квалифицировать не по ч. 1, а по ч. 2 ст. 139 УК.

В подобной ситуации повышение ответственности связано не с качественными свойствами совершенного деяния и наступившими последствиями, к которым по закону определяется вина, а со стойкими криминальными наклонностями лица. В этой связи установить психическое отношение лица в момент совершения мошенничества или убийства к этому повышающему ответственность признаку также не представляется возможным[247].

По этим основаниям, по мнению автора, в целях более полной реализации принципа субъективного вменения в Особенной части УК Беларуси было бы желательно исключить в ч. 2 ст. 139 и других статьях уголовного закона такой квалифицирующий признак, как совершение преступления повторно.

В УК Беларуси установлена ответственность за убийство матерью новорожденного ребенка.

С субъективной стороны это преступление может совершаться как с прямым, так и с косвенным умыслом. Согласно ст. 140 убийство матерью своего ребенка происходит не просто во время родов или непосредственно после них, а в условиях психотравмирующей ситуации, вызванной родами. В подобном случае закон говорит о необычной обстановке совершения преступления[248]. Но как влияют эти обстоятельства на психическое состояние матери?

В статье 31 понятие «психотравмирующая ситуация» используется при характеристике повода возникновения особого психического состояния виновного: когда лицо не могло в полной мере сознавать значение своих действий или руководить ими. По-видимому, и применительно к ст. 140 УК более правильно говорить о «психотравмирующей ситуации, вызванной родами» как причину возникновения особого психического состояния роженицы, когда она не могла в полной мере сознавать значение своих действий или руководить ими[249].

---

[247] Грунтов, И.О. Специальные вопросы учения о соучастии в судебной практике и науке уголовного права / И.О. Грунтов // Судебная практика в контексте принципов права и законности: сб. науч. тр. / редкол.: В.М. Хомич (гл. ред.) (и др.). – Минск: Тесей, 2006. – С. 77-78.

[248] В ст. 106 УК России предусматривается ответственность за три вида действий: 1) убийство ребенка во время или сразу после родов; 2) убийство ребенка в условиях психотравмирующей ситуации; 3) убийство в состоянии психического расстройства матери, не исключающего вменяемость.

[249] Грунтов, И.О., Кот, И.В. Убийство матерью новорожденного ребенка (ст. 140) /И.О. Грунтов, И.В. Кот // Судовы веснік. – 2002. – № 1. – С. 14; Грунтов, И.О. Умышленное убийство при смягчающих обстоятельствах,

В пользу такого вывода свидетельствует и другой аргумент. Если предположить, что субъектом преступления, предусмотренного ст. 140 является мать новорожденного ребенка, способная в полной мере сознавать характер и значение своих действий или руководить ими, то будет складываться парадоксальная ситуация. Когда более опасное деяние будет влечь меньшую ответственность по сравнению с более тяжким посягательством. Дело в том, что в соответствии с санкцией ст. 140 убийство матерью своего новорожденного ребенка влечет наказание в виде ограничения свободы на срок до 5 лет или лишения свободы на тот же срок. В противоположность этому, убийство матерью своего новорожденного ребенка, не непосредственно после родов, а несколько позже по времени, если она находилась в состоянии уменьшенной вменяемости должно квалифицироваться по ч. 2 ст. 139. Санкция за это деяние предусматривает наказание в виде лишения свободы от 8 до 25 лет или пожизненным заключением, или смертной казнью. Состояние уменьшенной вменяемости может учитываться судом при назначении наказания (ч. 2 ст. 29).

Субъективные признаки преступления должны с достаточной полнотой описываться в уголовном законе. Особое психическое состояние лица, совершающего посягательство, составляет содержание субъективной стороны деяния. Эти особенности должны быть описаны в законе.

С учетом этого, по мнению автора, было бы желательно в диспозицию ст. 140 внести изменения и изложить ее в следующей редакции:

«Убийство матерью своего ребенка во время родов или непосредственно после них, совершенное в условиях психотравмирующей ситуации, вызванной родами, когда виновная не могла в полной мере сознавать значение своих действий или руководить ими».

В соответствие с ч. 1 ст. 145 УК предусматривается ответственность за доведение лица до самоубийства или покушения на него путем жестокого обращения с потерпевшим или систематического унижения его личного достоинства.

С внешней стороны это преступление заключается в доведении потерпевшего до самоубийства или покушения на него путем жестокого обращения с потерпевшим или систематического унижения его личного достоинства. В соответствии с законом уголовно наказуемыми способами доведения до самоубийства или покушения на него являются: а) жестокое обращение с потерпевшим; б) систематическое унижение его личного достоинства. Совершение других действий, повлекших самоубийство потерпевшего, не образует признаков состава преступления, предусмотренного ст. 145 (например, случаи отказа от заключения брака, продолжения совместной жизни; измены и т.п.).

характеризующих особое психическое состояние виновного / И.О. Грунтов // Право Беларуси. – 2002. – № 4. – С. 59.

Жестокое обращение заключается в крайне суровом, безжалостном, беспощадном отношении к другому лицу. Такое поведение может состоять в активных действиях либо в бездействии и проявляться, например, в нанесении побоев, телесных повреждений, лишении свободы, питания, крова и т.п.

Унижение человеческого достоинства может совершаться путем распространения о потерпевшем заведомо ложных позорящих его измышлений, оскорбления его, глумления над ним и т.п. Состав рассматриваемого преступления будет иметь место в случае систематического унижения личного достоинства. Единичные случаи оскорбления, клеветы, повлекшие последствия, не содержат в себе признаков состава этого преступления. Под систематичностью понимается признак, указывающий на совершение лицом более двух тождественных или однородных правонарушений (ч. 15 ст. 4).

Рассматриваемое преступление будет иметь место с момента самоубийства (лишения себя жизни) или покушения на него (попытка лишить себя жизни) потерпевшего. В подобной ситуации для наличия состава преступления необходимо, чтобы лицо действительно совершило акт суицида, а не инсценировку его.

В научной литературе существует мнение, что с объективной стороны это преступление имеет материальную модель. При таком подходе доведение лица до самоубийства или покушения на него являются последствием жестокого обращения с потерпевшим или систематического унижения его личного достоинства. Исходя из этого, с субъективной стороны это преступление характеризуется косвенным умыслом или легкомыслием. Вместе с тем в последнее время в литературе было высказано суждение, что с объективной стороны это посягательство все же имеет формальную конструкцию преступления. Так мнению отечественного исследователя В.В. Марчука «при доведении до самоубийства… правомерно ставить вопрос о психическом отношении виновного лица только к деянию, характеризующемуся жестоким обращением с потерпевшим либо унижением его личного достоинства. И в этом смысле умысел может быть только прямым. Суицид или попытка являются не последствием, а необходимым условием уголовной ответственности за доведение до самоубийства»[250].

Какой подход более правильный? Попытаемся разобраться в этом. Условие – это обстоятельство, от которого что-нибудь зависит или обстановка, в которой происходит, осуществляется что-нибудь[251]. В отличие от причины условие может возникнуть по времени раньше или одновременно с другим явлением. Оно сопутствует и не порождает это явление. В противоположность этому деяние является причиной наступившего последствия, если при этом деяние предшествует по времени, ему присуща способность с внутренней закономерностью порождать наступление данного последствия, а последствие в

---

[250] Марчук, В.В. Уголовно - правовая оценка деяний, инспирирующих суицид / В.В. Марчук // Судовы веснік. – 2003. – № 2. – С. 31.

[251] Толковый словарь русского языка / Российская АН; Российский Фонд культуры / С.И. Ожегов, Н.Ю. Шведова. – М.: АЗЪ, 1995. – С. 827.

свою очередь является следствием закономерного его развития, а не результатом действия иных лиц или сил природы[252].

Применяя эту методологию, можно определить, что для наличия состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 145 необходимо, чтобы жестокое обращение с потерпевшим или систематическое унижения его личного достоинства предшествовало его самоубийству или покушению на него и было порождено таким поведением виновного, а не иными обстоятельствами. Если попытка суицида произошла по времени раньше факта жестокого обращения с потерпевшим или систематического унижения его личного достоинства или такое поведение потерпевшего было вызвано не поведением виновного, а иными обстоятельствами, то в действиях лица должны отсутствовать признаки, преступления, предусмотренного ст. 145 УК.

С субъективной стороны это преступление характеризуется косвенным умыслом и легкомыслием. Такой подход в понимании субъективной стороны этого посягательства сложился в период существования СССР и после распада этого государства в период становления и развития отечественной научной литературы и судебной практики.

Так в 5 т. Курса советского уголовного права, изданном в 1971 г. под редакцией А.А. Пионтковского, говорилось, что «с субъективной стороны доведение до самоубийства может быть совершено как умышленно, так и по неосторожности. Умысел при этом, однако, может быть только косвенный. При наличии у виновного прямого умысла на доведение до самоубийства необходимо все совершенное рассматривать как убийство и в зависимости от обстоятельств дела квалифицировать по ст. 102 или 103 УК»[253].

Точно также определялась субъективная сторона этого преступления и в 3 т. Курса советского уголовного права, изданном в 1973 г. под редакцией Н.А. Беляева и М.Д. Шаргородского. В курсе отмечалось, что «…как убийство, следует рассматривать и случаи доведения до самоубийства с прямым умыслом. Таким образом, виновность при этом преступлении (ст. 107 УК РСФСР) в отношении результата может быть в форме неосторожности, либо в форме эвентуального умысла» [254].

Аналогично понималась субъективная сторона этого преступления в отечественной научной литературе: в т. 2 учебника уголовного права БССР, изданном в 1978 г. под редакцией И.С. Тишкевича[255]; в научно - практическом комментарии к Уголовному кодексу Белорусской ССР, [256]изданном в 1989 г. под редакцией А.А. Здановича[257]; в учебном пособии по Особенной части

---

[252]Уголовное право. Общая часть: Учебник / Под ред. В.М. Хомича. Авторы: Н.А. Бабий, А.В. Барков, И.О. Грунтов и др.; – Минск: Тесей, 2002. – С. 116.

[253] Курс советского уголовного права. Часть особенная. Том 5 / Под ред. А.А. Пионтковского. – М. – 1971. – С. 81.

[254] Курс советского уголовного права: В 5-ти т. Л.: Изд-во ЛГУ. Т. 3. Часть Особенная / Отв. ред. Н.А. Беляев, М.Д. Шаргородский. – 1973.– С. 547.

[255] Уголовное право БССР. Часть Особенная. Том 2 / Под ред. И.С. Тишкевича. – Минск. –1978. – С. 116.

[256] Уголовное право Республики Беларусь. Особенная часть. Учебное пособие / Под ред. Н.А. Бабия, И.О. Грунтова. – Минск. – 2002. – С. 218.

[257] Научно – практический комментарий к уголовному кодексу Белорусской ССР / Под ред. А.А. Здановича. – Минск. – 1989. – С.200.

уголовного права Республики Беларусь, изданном в 2002 г. под редакцией Н.А. Бабия и И.О. Грунтова и др. Во многих российских изданиях сходным образом давалась характеристика субъективной стороны этого преступления[258].

Вместе с тем, в последний период времени в российской литературе появились публикации, в которых субъективная сторона доведения до самоубийства характеризуется прямым или косвенным умыслом или неосторожностью[259]. Так, по мнению известного российского ученого Г.Н. Борзенкова «с субъективной стороны доведение до самоубийства может быть совершено с любой формой умысла. При прямом умысле виновный предвидит возможность самоубийства потерпевшего, желает этого, а при косвенном – сознательно допускает тот же результат. Существует мнение, что при наличии прямого умысла на доведение до самоубийства потерпевшего содеянное является убийством, которое должно квалифицироваться по ст. 105 УК. Такое мнение ошибочно. Сторонники его упускают из виду различия в объективной стороне убийства и доведения до самоубийства. При совершении преступления, предусмотренного ст. 110 УК, в отличие от убийства, виновный не совершает действий, непосредственно приводящих к смерти потерпевшего. Последний сам принимает решение расстаться с жизнью и сам приводит его в исполнение, руководимый своими сознанием и волей»[260].

Безусловно, при совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 145 УК Беларуси виновный не причиняет телесных повреждений, непосредственно приводящих к смерти потерпевшего. Вместе с тем с объективной стороны виновный жестоко относится или систематически унижает человеческое достоинство и тем самым создает обстановку, которая воспринимается потерпевшим как безысходная и не имеющая своего разумного разрешения ситуация, кроме одного варианта – расстаться с жизнью. С субъективной стороны виновный сознает все эти обстоятельства, предвидит, что потерпевший неизбежно примет решение расстаться с жизнью и желает наступление именно этого результата. При этих обстоятельствах виновный, может прямо говорить потерпевшему о своих намерениях, подталкивая его к принятию только одного решения – расстаться с жизнью. Такое принуждение к совершению акта суицида следует признавать опосредованным причинением смерти (убийством).

Признание данного поведения доведением до самоубийства будет означать, что посягательство, фактически содержащее объективные и субъективные признаки убийства оценивается как менее опасное деяние.

---

[258] Уголовное право. Особенная часть / Под ред. И.Я. Козаченко, З.А. Незнамовой, Г.П. Новоселова. – М. – 1997. – С. 40 и др.

[259] Бородин, С.В. Преступления против жизни / С.В. Бородин. – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс». – 2003. – С. 306; Уголовный Кодекс Российской Федерации. Постатейный научно-практический комментарий профессорско-преподавательского коллектива кафедры уголовного права Московской государственной юридической академии / Под общ. ред. А.И. Рарога. – М.: Агенство (ЗАО) «Библиотечка «Российской газеты», 2006. – С. 186; и др.

[260] Курс уголовного права. В 5 т.: Учебник для вузов. Т. 3: Особенная часть. / Под ред. Г.Н. Борзенкова, В.С. Комиссарова. – МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. М. – Зеркало – М. – 2002.– С. 147.

Гарантией сохранения сложившейся на протяжении многих десятилетий в судебной практике и доминирующей в науке уголовного права подход в понимании объективных и субъективных признаков этого деяния от попыток пересмотреть их является изменение законодательной модели этого состава преступления.

Исходя и этого, по мнению автора, было бы желательно ч. 1ст. 145 УК Беларуси сформулировать в следующей редакции:

«Жестокое обращение с потерпевшим или систематическое унижение его личного достоинства, повлекшее с косвенным умыслом либо по неосторожности его самоубийство или покушение на него – ».

В ч. 1 ст. 146 УК предусматривается ответственность за «умышленное возбуждение у другого лица решимости совершить самоубийство, если лицо покончило жизнь самоубийством или покушалось на него». При совершении преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 146, деяние виновного состоит в возбуждении у другого лица решимости совершить акт суицида.

В соответствии с ч. 1 ст. 146 в качестве деяния названа своеобразная форма подстрекательства к самоубийству другого лица. По форме выражения подстрекательство может совершаться словами, жестами, письменными знаками, носить открытый или завуалированный характер. Способы склонения к самоубийству могут быть разные (просьба, приказ, обман, поручение, совет и т.п.). Если виновный возбуждает у другого лица решимость совершить самоубийство путем жестокого обращения с ним или систематического унижения его личного достоинства, то все содеянное квалифицируется по ст. 145 (доведение до самоубийства), а при наличии прямого умысла к последствиям – по ст. 139 (убийство).

В качестве последствий этого преступления названо самоубийство потерпевшего или покушение на него. По мнению В.В. Марчука при склонении к самоубийству суицид или его попытка являются не последствием, а условием уголовной ответственности за это преступление[261]. Представляется более правильным вести речь о материальной конструкции этого состава преступления. Аргументы в пользу такого суждения были даны ранее при рассмотрении вопроса об объективной стороне состава доведения до самоубийства.

Как уже отмечалось, в ч. 1 ст. 146 в качестве деяния названа своеобразная форма подстрекательства к самоубийству другого лица. Сущность поведения при таком преступлении состоит в том, что виновный воздействует на сознание и волю другого лица и возбуждает у него решимость совершить акт суицида. При этом не парализуется воля потерпевшего, и он остается свободным в выборе своего последующего поведения: совершении самоубийства или отказа от него. В этой связи постановка вопроса об отграничении этого преступления от убийства не возникает вовсе. Исключение должны составлять случаи

[261] Марчук, В.В. Уголовно - правовая оценка деяний, инспирирующих суицид / В.В. Марчук // Судовы веснік. – 2003. – № 2. – С. 31.

склонения к самоубийству несовершеннолетнего или лица, страдающего психическим расстройством, не способных правильно оценивать ситуацию.

Для наличия состава преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 146, необходимо установить причинную связь между действиями виновного, возбудившего у потерпевшего решимость совершить самоубийство, и его самоубийством или покушением на него. Данное преступление считается оконченным с момента наступления указанных в законе последствий. Для наличия этого состава преступления необходимо, чтобы потерпевший действительно совершил акт суицида, а не инсценировку его.

С объективной стороны склонение к самоубийству имеет материальную конструкцию. Вина в таком преступлении должна определяться по отношению к последствию – самоубийству или покушению на него. Вместе с тем в законе говорится об умышленном возбуждении у другого лица совершить самоубийство. Исходя из этого, возбуждение у другого лица решимости совершить самоубийство осуществляется только умышленно: виновный сознает, что возбуждает у другого лица решимость совершить самоубийство и желает этого. Однако умышленное возбуждение у другого лица решимости совершить самоубийство само по себе не является преступлением. Такое посягательство оценивается как преступление, если лицо покончило жизнь самоубийством или покушалось на него. Каково же психическое отношение к этим последствиям? Можно рассуждать следующим образом. Поскольку возбуждение у другого лица решимости совершить самоубийство осуществляется только умышленно, то и к последствиям (самоубийству или покушению на него) у лица имеется психическое отношение только виде прямого умысла. Однако такой вывод базируется на двух трудно объяснимых посылках.

Во-первых, психическое отношение лица к деянию (определенное в законе) переносится на его последствие. Однако такая подмена противоречит содержанию умысла при материальной конструкции объективной стороны состава преступления (ч. 2 ст. 22).

Во-вторых, предположение, что это преступление совершается только с прямым умыслом, будет означать, что возбуждение у лица решимости совершить самоубийство, при ином психическом отношении к самоубийству или покушению на него, например, сознательном допущении или безразличном к ним отношении либо легкомысленном расчете на их предотвращении, не будет оцениваться как преступление. Однако эти посягательства представляют не меньшую общественную опасность, чем совершенные с прямым умыслом. Ведь сам по себе факт склонения к самоубийству представляет большую общественную опасность. С учетом этого, например, в ч. 2 этой статьи предусматривается ответственность за такое деяние независимо от наступивших последствий.

Все эти обстоятельства учитываются в конструкции довольно близкого состава преступления доведения до самоубийства. В соответствии с этим составом лицо привлекается к уголовной ответственности, если он с косвенным умыслом или по легкомыслию относится к наступившему последствию.

Безусловно, решить вопрос о содержании субъективной стороны преступления, описанного в ч. 1 ст. 146 должен сам законодатель, по-новому описав психическое отношение к деянию и последствиям по правилам ч. 2 ст. 22.

В этой связи, по мнению автора, было бы желательно ч. 1 ст. 146 УК Беларуси сформулировать в следующей редакции:

«Заведомое возбуждение у другого лица решимости совершить самоубийство, если это повлекло самоубийство лица или покушение на него– ».

ОТДЕЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЫ В СОСТАВЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ ВЫМАНИВАНИЯ КРЕДИТА ИЛИ СУБСИДИЙ

А.И. Касьяник
прокурор отдела прокуратуры
Брестской области

Объективная сторона выманивания кредита или субсидий имеет свою специфику, которая обусловлена бланкетным характером диспозиции данной уголовно-правовой нормы. В этой связи содержание структурных признаков объективной стороны выманивания может быть установлено лишь путем обращения к положениям позитивного законодательства, регулирующего правоотношения в денежно-кредитной и бюджетной сферах.

Следует заметить, что сущность выманивания кредита или субсидий наиболее ярко выражена в названии самой статьи Уголовного кодекса. Этимологически под выманиванием понимается «добывание материальных средств хитростью»[262].

Особенность объективной стороны рассматриваемого состава преступления заключается в способе его совершения. Способом совершения выманивания кредита или субсидий выступает обман. Обмануть – значит «ввести в заблуждение, поступить недобросовестно по отношению к кому-нибудь, нарушить обещание»[263]. В юридической литературе при рассмотрении вопросов ответственности за мошенничество обман определяется как «всякое искажение истины или умолчание об истине»[264], «сокрытие фактов или обстоятельств, которые лицо обязано было сообщить контрагенту»[265].

Обман является особым видом информационного воздействия на психику обманываемого и вызывает у него состояние заблуждения о действительном положении дел. Находясь в заблуждении, лицо, в отношении

---

[262] Ожегов, С.И. Словарь русского языка: 70 000 слов / С.И. Ожегов; под ред. Н.Ю. Шведовой. – 23-е изд., испр. – М.: Рус. яз., 1990. – С. 119.
[263] Там же, с. 428.
[264] Борзенков, Г.Н. Ответственность за мошенничество / Г.Н. Борзенков. – М.: Юрид. лит., 1971. – С. 30.
[265] Владимиров, В.А. Квалификация похищений личного имущества / В.А. Владимиров. – М.: Юрид. лит., 1974. – С. 92.

которого был совершен обман, избирает ту или иную линию поведения, имея неправильное, извращенное представление об определенных явлениях и процессах. В такой ситуации виновный по существу управляет поведением обманываемого и таким образом достигает поставленных преступных целей.

Обман при выманивании кредита или субсидий также состоит в сознательном искажении истины или умолчании о ней. Достижение целей получения кредита, льготных условий кредитования, государственного целевого кредита или субсидии происходит путем введения в заблуждение кредитора или органа, уполномоченного на выделение субсидий.

При этом обман может иметь активную форму (действие) или выражаться в пассивном поведении (бездействие). Активный обман – это искажение истины, внушение другому лицу ложного представления о тех или иных фактах, событиях, обстоятельствах, т.е. активная дезинформация.

Активные обманные действия при выманивании заключаются в представлении индивидуальным предпринимателем или должностным лицом юридического лица заведомо ложных документов и сведений об обстоятельствах, имеющих существенное значение для получения кредита или субсидии. Представление документов и сведений – это направление или иная передача (вручение) документации уполномоченным сотрудникам соответствующего подразделения банка или органа, выделяющего субсидию, любым способом: почтой, телеграфом, лично или через посыльного и т.п.

Изучение судебной и следственной практики показало, что ложные сведения в банк или орган, выделяющий субсидию, представляются, как правило, в письменной форме, в том числе путем передачи документов, имеющих официальный характер, т.е. исходящих от государственных органов и предназначенных удостоверять факты и события, имеющие правовое значение. Ложные сведения могут содержаться и в других документах, не обладающих статусом официальных, но исходящих от заемщика и имеющих значение для решения вопроса о выдаче кредита или субсидии.

В теории же уголовного права вопрос о форме представления заведомо ложных сведений при получении кредита или субсидий является спорным. Отдельные российские исследователи применительно к ст. 176 УК РФ – незаконное получение кредита (схожей со ст. 237 УК) – полагают, что ложные сведения, воздействующие на решение банковских служащих о выдаче кредита, могут носить любой характер, т.е. это могут быть как устные сообщения, так и информация, содержащаяся в представленных документах[266]. Однако большинство ученых сходятся на том, что представляемая в банк информация должна быть зафиксирована на бумаге. Последние указывают, что сведения должны быть официальными, документальными, создавать хотя бы видимость своей достоверности, способной ввести кредитора в заблуждение. По их мнению, не могут

[266] Яни, П.С. Незаконное получение кредита / П.С. Яни // Законодательство. – 2000. – № 5. – С. 68.

выступать признаком данного состава различные сведения, не имеющие должного оформления: устные сведения, личные заверения и т.п.[267].

Правильной и обоснованной представляется точка зрения о необходимости письменной (документальной) формы обмана при незаконном получении кредита или субсидии. Для заключения кредитного договора или выделения субсидии заемщик обязан представить кредитору (в орган, осуществляющий субсидирование) пакет документов в соответствии с утвержденным перечнем. Перечень документов определяется в зависимости от вида кредита, целей субсидирования и других обстоятельств кредитными организациями или государством.

На основании представленных документов сотрудники банка проводят экономический анализ кредитоспособности заемщика, проверяют достоверность изложенной в них информации и готовят заключение по кредитной заявке клиента. Таким образом, в основу решения о заключении кредитного договора закладываются сведения, представленные кредитополучателем в соответствующем пакете документов и надлежащим образом проверенные сотрудниками банка, а не устные заверения лица.

Так, на наш взгляд, например нельзя говорить о кредитном обмане в том случае, когда лицо представило в банк достоверные документы, однако в личной беседе с сотрудниками банка в целях ускорения процедуры выделения кредита сообщило им заведомо ложные сведения относительно социального статуса кредитополучателя, его связей в высших эшелонах власти, репутации фирмы в деловом мире, наличия у него собственности за рубежом и т.п.

Ложными применительно к выманиванию кредита или субсидий следует считать документы и сведения, которые содержат искаженную или недостоверную информацию о каких-либо обстоятельствах, а также истинных намерениях заемщика. Пленум Верховного Суда Республики Беларусь под таковыми в ст. 237 УК предлагает понимать «поддельные документы, представленные банку или иному кредитору в обоснование кредитного запроса либо о гарантии его возврата, а также подлинные документы, но содержащие не соответствующие действительности сведения, позволяющие получить кредит или дотацию»[268].

Ложные сведения могут вноситься в представляемые документы различными способами:

1) внесением в подлинный бланк документа записей, не соответствующих действительности. При этом документ сохраняет признаки и реквизиты настоящего (изготавливается на соответствующем бланке,

---

[267] Плешаков, А.М. Незаконное получение кредита: уголовная ответственность, меры предупреждения и возмещения ущерба / А.М. Плешаков // Деньги и кредит. – 1997. – № 3. – С. 48; Ларичев, В.Д. Объективная сторона незаконного получения кредита / В.Д. Ларичев // Законность. – 1997. – № 7. – С. 10.

[268] О некоторых вопросах применения судами законодательства по делам о выманивании кредита или дотаций: постановление Пленума Верхов. Суда Респ. Беларусь, 8 июня 1998 г., № 4: в ред. постановления Пленума Верхов. Суда Респ. Беларусь от 17.12.1998 г. // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2009.

подписывается полномочными лицами и т.п.), однако вносимые в него данные (текст, цифровые материалы и др.) являются ложными;

2) подделкой документа, которая состоит в изготовлении полностью подложного документа. При этом подделывается весь документ как по форме, так и по содержанию;

3) фальсификацией документа, т.е. внесением искаженных сведений в подлинный документ путем уничтожения или исправления части текста, отдельных слов или цифр, внесением дополнительных данных, подделкой подписи должностного лица, изменения даты выдачи документа, закрепления на документе оттиска поддельной печати и т.п.

Для привлечения к ответственности не имеет значения в какой степени не соответствует действительности представленный документ, искажен ли он полностью или частично. Главное, чтобы представленная ложная информация не позволила кредитору или органу, выделяющему субсидию, правильно оценить возможности заемщика и имела решающее значение для выделения кредита или субсидии.

На основании таких неверных сведений кредитор или орган, уполномоченный на выделение субсидии, могут сделать неправильные оценки относительно хозяйственного или финансового положения заемщика, возможности возврата кредита и принять ошибочное решение о выдаче кредита или субсидии. Если бы кредитору или в орган, уполномоченный на выделение субсидии, были представлены истинные данные, то последние возможно воздержались бы от заключения кредитного договора, выделения субсидии, либо изменили существенные условия договора – срок возврата кредита, размер кредита и процентную плату за пользование кредитом.

Законодатель указал, что представляемые документы и сведения должны быть не просто ложными, а заведомо ложными, т.е. лицо их представляющее должно осознавать несоответствие таковых действительности. Заведомая ложность документов и сведений состоит в том, что в них осознанно не внесены верные или отражены неполные данные фактического характера, искажающие смысл и содержание информации в них, или сделаны оценки осознанно основанные на неверной информации. То есть должностные лица организации или индивидуальный предприниматель достоверно знают, что скрывают или искажают свое реальное положение или финансовое состояние, однако стремятся убедить кредитора или орган, уполномоченный на выделение субсидии, в правомерности своих действий.

Термин «заведомость» характеризует субъективную сторону преступления и говорит о том, что субъект должен до начала представления ложных сведений и документов точно знать об их фиктивности. Отсутствие осведомленности о ложном характере представляемых сведений исключает ответственность за выманивание кредита или субсидии. Так, если кредитополучатель в целях страхования риска невозврата кредита обратился в фиктивную страховую компанию, добросовестно заблуждаясь о действительном характере ее деятельности, и в последующем представил страховое свидетельство такой фирмы в банк для получения кредита, он не

может нести ответственность по статье о выманивании так как в его действиях отсутствует признак заведомой ложности представляемых сведений.

Содержание обмана при выманивании кредита или субсидий составляют не любые обстоятельства, а лишь те, указывает законодатель, которые имеют существенное значение для получения кредита или субсидии.

Вместе с тем, указанный признак является оценочным, точно не определенным в законе и его использование встречает на практике неоднозначное толкование. Это в свою очередь побудило Пленум Верховного Суда Республики Беларусь дать официальное толкование термина «обстоятельства, имеющие существенное значение для получения кредита или дотации». В п. 3 постановления от 08.06.1998 г. № 4 «О некоторых вопросах применения судами законодательства по делам о выманивании кредита или дотаций» говорится, что под такими обстоятельствами следует понимать платежеспособность, финансовое положение, состояние бухгалтерского учета субъекта хозяйствования, другие данные, связанные с кредитованием. Данная рекомендация представляется вполне обоснованной.

В теории уголовного права толкованию названного термина должного внимания не уделено. Определение обстоятельств, имеющих существенное значение для получения кредита или субсидии, дано лишь в учебном пособии по Особенной части Уголовного права Н.А. Бабием, а также в работах А.И. Лукашова и С.М. Казакевич. Н.А. Бабий к таковым относит любые данные «на основании которых принимается решение о целесообразности выдачи кредита»[269]. А.И. Лукашов полагает, что «существенное значение для получения кредита или дотации имеют обстоятельства, с которыми связываются возможность заключения кредитного договора (выделения дотации) и установление условий, на которых он заключается (выделяется дотация)»[270]. С.М. Казакевич под указанными обстоятельствами предлагает понимать «любые данные о целенаправленности, обеспечении кредита, финансовом состоянии заемщика»[271].

Анализ банковского и бюджетного законодательства, а также результаты изучения уголовных дел и материалов проверок по выманиванию кредита или субсидий свидетельствуют, что решающее значение при рассмотрении вопросов о целесообразности заключения кредитного договора или выделения субсидии имеют три блока сведений: 1) данные об экономическом состоянии заемщика; 2) сведения о наличии оснований для выделения кредита или субсидии и установления условий их выдачи; 3) данные об обеспеченности кредита и процентов по нему.

---

[269] Уголовное право Республики Беларусь. Особенная часть: Учеб. пособие / Под общ. ред. Н.А. Бабия и И.О. Грунтова. Авторы: Н.Ф. Ахраменка и др.– Минск: Новое знание, 2002. – С. 337.

[270] Лукашов, А.И. Преступления против порядка осуществления экономической деятельности: уголовно-правовая характеристика и вопросы квалификации / А.И. Лукашов. – Минск: Тесей, 2002. – С. 115.

[271] Казакевич, С.М. Уголовно-правовые и криминологические аспекты предупреждения выманивания кредита или дотаций: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08 / С.М. Казакевич. – Минск, 2005. – С. 44.

Ложные сведения об экономическом состоянии заемщика могут отражаться в фиктивных бухгалтерских балансах и поддельных финансовых отчетах. Искажение данных, содержащихся в балансе, как правило, осуществляется:

а) путем завышения истинной стоимости или увеличения суммы внеоборотных активов, к которым относятся основные средства (здания, сооружения, машины, оборудование, земельные участки), нематериальные активы (патенты, интеллектуальная собственность), незавершенное строительство, долгосрочные финансовые вложения;

б) путем завышения реальной стоимости и увеличения суммы оборотных активов, к которым относятся запасы сырья, материалов, дебиторская задолженность, денежные средства, находящиеся в кассе, на счету организации;

в) путем увеличения суммы капиталов и резервов организации, к которым относятся уставной и резервный капитал, фонды накопления, нераспределенная прибыль прошлого и текущего года, целевые финансирования и поступления;

г) путем отражения в перечисленных выше показателях имущества или денежных средств, не имеющихся в действительности;

д) путем уменьшения суммы или сокрытия убытков организации, долгосрочных и краткосрочных займов, иной кредиторской задолженности организации (например, перед бюджетом).

Финансовый отчет представляет собой документ, свидетельствующий о прибылях и убытках предприятия. Внесение неверных сведений в отчет о прибылях и убытках может осуществляться путем завышения выручки от реализации материальных ценностей, прибыли от финансово-хозяйственной деятельности, доходов от участия в других организациях; путем уменьшения себестоимости материальных ценностей, коммерческих и управленческих расходов; путем сокрытия убытков за отчетный период и иными способами. Учитывая, что некоторые позиции бухгалтерского баланса и финансового отчета корреспондируются друг с другом, то искажение данных может иметь место одновременно в нескольких документах.

Сведения о наличии оснований для выделения кредита или субсидии и установления условий их выдачи могут искажаться, во-первых, путем внесения фиктивных сведений в учредительные документы организации. В учредительных документах организации, как правило, содержатся сведения о наименовании, местонахождении, порядке управления, предмете и цели деятельности, а также паспортные и иные данные учредителей организации. Исходя их этого в учредительные документы могут вноситься не соответствующие действительности данные о составе учредителей, их долевом участии в уставном капитале организации, о предмете и цели деятельности организации и другие. Чаще всего неверные сведения, касающиеся правового статуса предприятия, представляются в целях получения льготных условий кредитования, государственного целевого кредита или выделения субсидии.

В качестве документа, подтверждающего наличие оснований для выделения кредита или субсидии и установления условий их выдачи, выступает также технико-экономическое обоснование (бизнес-план) потребности в кредите. В бизнес-плане указываются все партнеры, с которыми будет работать заемщик, а также наименование закупаемой продукции, цена за единицу, общее количество, сумма, планируемая от реализации товара, транспортные услуги и т.д. При выманивании в него вносятся полностью или частично неверные данные о целях использования кредита, сроках проведения сделок за счет кредита, источниках и сроках его погашения, планируемом доходе.

Еще одним способом искажения сведений рассматриваемого блока является предъявление кредитору в качестве обоснования запрашиваемых средств поддельных договоров (контрактов) по планируемой сделке. Ложные сведения в договоры заемщиком могут вноситься:

а) путем полной подделки договоров по форме и содержанию, с использованием поддельных печатей, реквизитов, исполнение таких договоров соответственно не входит в намерение заемщика;

б) путем внесения в договоры недостоверных сведений о сроках исполнения, объеме приобретаемых товаров, цене договора, исполнение договора в данном случае предполагается заемщиком, но не на тех условиях, которые предъявлены кредитору.

Большое распространение на практике также имеет фальсификация данных об обеспеченности возврата кредита и процентов по нему. В соответствии со ст. 147 Банковского кодекса способами исполнения обязательств по кредитному договору являются гарантийный депозит денег, страхование кредитодателем риска невозврата кредита, перевод на кредитодателя правового титула (на имущество и имущественные права), залог недвижимого и движимого имущества, поручительство, гарантия и иные способы, предусмотренные законодательством Республики Беларусь или договором. Изучение практики заключения банками кредитных договоров показывает, что наиболее популярными способами правового оформления обеспечения кредитной сделки выступают договоры залога и поручительства, гарантийное обязательство.

Залог возникает в силу договора, который должен быть заключен в письменной форме. Внесение ложных сведений в договор залога при выманивании кредита может осуществляться путем завышения стоимости заложенного имущества при проведении его оценки; сообщения неверных данных о качестве, количестве и местонахождении имущества; о праве собственности на заложенное имущество должника или третьих лиц в целом или в части; путем предоставления в качестве залога уже заложенного имущества; может быть также представлен поддельный договор залога.

Одной из разновидностей обеспечения исполнения кредитных обязательств является договор поручительства, по которому, согласно ст. 341 Гражданского кодекса поручитель обязывается перед кредитором другого лица отвечать за исполнение последним его обязательства полностью или в

части. При выманивании лицо может представить поддельный договор поручительства, либо договор, содержащий недостоверные данные в отношении личности поручителя (в случае его заключения подставным лицом) или имущества поручителя (в случае его полного или частичного отсутствия у поручителя).

Способом обеспечения исполнения кредитного обязательства также может выступать гарантийное обязательство. Чаще всего в целях незаконного получения кредита в банк представляется полностью фиктивное гарантийное обязательство, изготовленное с помощью похищенных бланков и печатей других организаций, либо с использованием поддельных бланков и печатей. Кроме того, в гарантийное обязательство могут быть внесены ложные сведения путем завышения денежной суммы, на которую гарант несет ответственность перед кредитором, либо путем увеличения срока действия гарантии при пролонгировании кредитного договора; представлено гарантийное обязательство от имени неплатежеспособного лица.

На начальной стадии деятельности коммерческих банков весьма распространенным способом обеспечения возврата кредита являлся договор страхования. Предоставление в банк или иную кредитно-финансовую организацию заведомо ложных сведений, касающихся договора страхования, в течение определенного времени осуществлялось путем внесения в договор неверных сведений о размере страховой суммы или действительной стоимости застрахованного имущества, о сроке действия договора, о размере и сроках уплаты страховой премии, а также путем составления полностью поддельного договора страхования от имени фиктивных страховых компаний с использованием поддельных штампов и реквизитов такой организации. Однако в последующем интерес к договору страхования у кредиторов значительно снизился.

В настоящее время с момента вступления в действие Банковского кодекса Республики Беларусь 2000 года возможность фальсификации страхового договора утрачена в связи с принятием ст. 146 БК, устанавливающей несколько иной, чем имел место ранее, порядок страхования риска невозврата кредита. Если ранее договор страхования заключался между страховой компанией и юридическим лицом, желающим получить кредит, а банк-кредитор в договоре выступал в качестве выгодоприобретателя, то в соответствии с требованиями ст. 146 БК страхователем по такому договору может быть только банк или небанковская кредитно-финансовая организация. Таким образом, договор страхования заключается самостоятельно кредитором, что исключает возможность внесения в него лицом, подавшим кредитную заявку, неверных сведений.

Такие формы обеспечения обязательств по кредитному договору как гарантийный депозит денег и перевод на кредитодателя правового титула (на имущество и имущественные права) являются относительно новыми. Они были введены в действие с принятием БК и в практической деятельности банков встречаются редко. Следует заметить, что названные способы обеспечения исполнения обязательств по кредитному договору являются

менее уязвимыми с точки зрения недобросовестного использования их заемщиком, поскольку процессуальное оформление таких способов обеспечения происходит при участии кредитора. Банк или иная кредитно-финансовая организация в таком случае в состоянии самостоятельно до перевода денег на гарантийный депозит или до заключения договора о переводе правового титула проверить наличие правовых оснований распоряжения денежными средствами и имуществом у лица, подавшего кредитную заявку. Иные формы фальсификаций при подобном обеспечении обязательств по кредитному договору исключаются.

Процедура выделения субсидий, государственных целевых кредитов, а также льготного кредитования в основном аналогична общей организации кредитных правоотношений. Однако оформление и выдача субсидий и указанных видов кредитов имеет некоторые особенности. В частности, банк или орган, выделяющий субсидию, дополнительно требуют от заемщика ряд документов в зависимости от цели и субъекта кредитования или субсидирования, подтверждающих наличие у последнего права на получение таких кредитов или субсидий. Поэтому при выманивании, направленном на получение льготных условий кредитования, государственного целевого кредита или субсидии, лицом, помимо рассмотренных выше заведомо ложных документов и сведений, могут быть также представлены поддельные документы, подтверждающие наличие на его стороне права на получение субсидии или рассмотренных видов кредитов. Это могут быть данные самого различного характера: о необходимости пополнения оборотных средств; о статусе фермера; регистрации в качестве индивидуального предпринимателя; о нерентабельности производства определенного вида товаров, на которые посредством государственного регулирования установлен предельный потолок цен и т.п. С этой целью может быть создано и лжепредприятие, подпадающее под льготное, целевое кредитование или субсидирование.

Таким образом, на наш взгляд, к обстоятельствам, имеющим существенное значение для получения кредита или субсидии, следует относить обстоятельства, на основании которых принимается решение о целесообразности и возможности заключения кредитного договора или выделения субсидии на тех или иных условиях, а именно: данные об экономическом состоянии заемщика; сведения о наличии оснований для выделения кредита или субсидии и установления условий их выдачи; данные об обеспеченности возврата кредита и процентов по нему.

Выманивание, совершенное с использованием активной формы обмана, в соответствии с конструкцией ст. 237 УК признается оконченным с момента фактического представления заведомо ложных документов и сведений об обстоятельствах, имеющих существенное значение для получения кредита или субсидии, и принятия их учреждением, выдающим кредит или субсидию. При этом названные действия расцениваются как оконченное преступление независимо от таких обстоятельств как получение или неполучение в последующем кредита или субсидии, соблюдение целевого характера их

использования, своевременность возврата кредита и уплаты процентов по нему.

Обманные действия при выманивании имеют одну важную особенность – они практически не осуществимы без использования письменных документов, содержащих ложные сведения. Деяние, предусмотренное ст. 237 УК, на наш взгляд, относится к группе преступлений, где подлог документа в качестве признака состава преступления является определяющим способом совершения. Ложные сведения вносятся в различные документы, представляемые в целях получения кредита или субсидии, путем материального или интеллектуального подлога. Какова же в таких случаях квалификация содеянного: только ли как выманивания или как выманивания и подлога?

Данный вопрос является спорным в теории и на практике уголовного права, что в частности побудило Пленум Верховного Суда дать по нему официальное толкование. В п. 9 постановления № 4 от 08.06.1998 г. «О некоторых вопросах применения судами законодательства по делам о выманивании кредита или дотаций» разъясняется, что подделка документов, внесение в официальные документы ложных сведений и представление таких документов банкам и иным кредитным учреждениям в целях получения кредита либо дотации (субсидии), охватывается составом выманивания и дополнительной квалификации не требует. Аналогичная рекомендация высказана авторами учебного пособия под редакцией Н.А. Бабия и И.О. Грунтова, а также в диссертации С.М. Казакевич[272].

Однако в литературе встречаются и иные точки зрения. Так, А.И. Лукашов полагает, что «предшествующие выманиванию кредита или дотаций действия по изготовлению подложных документов в зависимости от субъекта их совершения и иных обстоятельств, указанных в уголовном законе, надлежит квалифицировать самостоятельно по ст. 380 УК или 427 УК, так как они не охватываются составом выманивания кредита или субсидий»[273].

Попытаемся более глубоко разобраться в этом вопросе. Понятие подлога в широком смысле охватывает, во-первых, подделку документов (изготовление фальшивого документа целиком или внесение в подлинный документ исправлений и дополнений, содержащих ложные сведения), во-вторых, использование поддельных документов (их предъявление и представление).

Сама подделка документов (подлог в узком смысле слова) не может быть способом получения кредита или субсидии. Подделывая документ, преступник совершает лишь приготовительные действия к выманиванию.

---

[272] Уголовное право Республики Беларусь. Особенная часть: Учеб. пособие / Под общ. ред. Н.А. Бабия и И.О. Грунтова. Авторы: Н.Ф. Ахраменка и др.– Минск: Новое знание, 2002. – С. 340; Казакевич, С.М. Уголовно-правовые и криминологические аспекты предупреждения выманивания кредита или дотаций: дис. … канд. юрид. наук : 12.00.08 / С.М. Казакевич. – Минск, 2005. – 55 л.

[273] Лукашов, А.И. Выманивание кредита или дотаций: вопросы уголовной ответственности / А.И. Лукашов // Право Беларуси. – 2003. – № 48. – С. 65.

Непосредственным же способом достижения преступной цели является последующее использование подложного документа.

Статья 380 УК устанавливает уголовную ответственность за подделку документов строго определенного характера – это удостоверения или иные официальные документы, предоставляющие права или освобождающие от обязанностей. Подделка только таких документов имеет своим непосредственным объектом порядок письменного удостоверения фактов, имеющих юридическое значение, и, следовательно, является преступлением против порядка управления.

Круг подделываемых документов при выманивании несколько иной. Здесь предметом подделки становятся финансовые отчеты, бухгалтерские балансы, договоры в подтверждение кредитуемых сделок. Указанные документы могут исходить как от юридических лиц, так и от индивидуальных предпринимателей. Подделка названных документов, на наш взгляд, не имеет своим объектом порядок управления, охраняемый ст. 380 УК. Общественная опасность такой подделки состоит лишь в том, что она создает возможность для последующего выманивания кредита или субсидий. Поэтому сама по себе подделка финансового отчета или бухгалтерского баланса при наличии умысла использовать их для незаконного получения кредита должна расцениваться как приготовление к выманиванию (ч. 1 ст. 13, ст. 237 УК) без дополнительной квалификации по ст. 380 УК. Подделка указанных документов и передача их для использования другому лицу также не требует квалификации по ст. 380 УК и представляет собой пособничество в выманивании (ч. 6 ст. 16, ст. 237 УК).

Часто подделка документов используемых для незаконного получения кредитов или субсидий осуществляется должностными лицами. В силу этого такие действия охватываются ст. 427 УК, предусматривающей уголовную ответственность за служебный подлог. Перечень документов, за подделку которых ответственность установлена ст. 427 УК значительно шире перечня, предусмотренного ст. 380 УК. Здесь предметом подделки признается любой официальный документ, удостоверяющий факт или событие, имеющее правовое значение, исходящий от учреждения, организации или предприятия, подписанный соответствующими должностными лицами. Таковым может быть, в частности, и подложный договор поставки, изготовленный с целью незаконного получения кредита или субсидии.

Однако, как указано в диспозиции ст. 427 УК ответственность за служебный подлог наступает лишь при отсутствии признаков более тяжкого преступления. Если же лицо намерено использовать изготовленный подложный документ для выманивания кредита или субсидий, то оно подлежит уголовной ответственности за данное преступление, так как выманивание является более тяжким в сравнении со служебным подлогом. Дополнительной квалификации по ст. 427 УК при этом не требуется.

В тех случаях, когда преступник использует для выманивания кредита или субсидии документ, подделанный другим лицом, использование подложного документа является формой обмана и полностью входит в

объективную сторону выманивания, составляя основу преступного деяния. Использование подложных документов как способ совершения выманивания кредита или субсидий не нуждается в особой квалификации.

Изложенное позволяет сделать вывод, что подделка документов, внесение в подлинные документы ложных сведений, а также использование таких документов для получения кредита или субсидии дополнительной квалификации не требует и охватывается составом выманивания кредита или субсидий.

Как было указано ранее обман при выманивании кредита или субсидий может выражаться и в пассивном поведении. Пассивная форма поведения – есть бездействие, т.е. несовершение лицом того действия, которое оно должно было и могло выполнить. В этимологическом смысле бездействие – это понятие противоположное действию, «отсутствие деятельности, должной энергии»[274].

В составе выманивания кредита или субсидий пассивный обман (бездействие) заключается в умышленном несообщении индивидуальным предпринимателем или должностным лицом юридического лица кредитору или органу, выделившему субсидию, информации о возникновении обстоятельств, влекущих приостановление кредитования или дотирования.

Таким образом, как видно из формулировки закона, содержание обмана здесь образуют обстоятельства, влекущие приостановление кредитования или субсидирования. Такие обстоятельства могут быть прямо указаны либо вытекают из текста соответствующих нормативно-правовых актов, устанавливающих условия и порядок выделения тех или иных видов кредитов или субсидий. Однако чаще всего они предусматриваются сторонами при заключении кредитного договора или договора о выделении субсидии и определяются в нем путем перечисления, с указанием сроков в течение которых заемщик обязан сообщить о них в учреждение, выделившее субсидию или кредит.

Обстоятельствами, влекущими приостановление кредитования или субсидирования, на наш взгляд, можно назвать обстоятельства, наступление которых существенно изменяет условия и содержание правоотношения, возникшего ранее между заемщиком и кредитором на вполне законных основаниях. При наступлении таких обстоятельств возникает необходимость рассмотрения вопроса о возможности продолжения кредитования или дотирования субъекта хозяйствования в связи с изменившимся положением дел. Изменение может касаться самых различных направлений и сфер деятельности ссудополучателя и влияет на целесообразность сохранения сложившихся правоотношений в первозданном виде. В качестве таковых можно назвать: изменения в экономическом положении заемщика; резкое падение цен на производимые за счет кредита товары; сведения о продаже должником, уничтожении либо утрате имущества, обеспечивающего возврат

[274] Ожегов, С.И. Словарь русского языка: 70 000 слов / С.И. Ожегов; под ред. Н.Ю. Шведовой. – 23-е изд., испр. – М.: Рус. яз., 1990. – С. 46.

кредита; случаи невыполнения подрядчиком установленного объема работ по реконструкции производства, финансируемого поэтапно за счет кредита; сведения об изменении уровня рентабельности дотируемого производства и др.

В п. 3 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь к обстоятельствам, влекущим приостановление кредитования, отнесено также такое обстоятельство как срыв заключения договора, под выполнение которого выделялся кредит. А.И. Лукашов по данному поводу верно замечает, что в перечне постановления Пленума Верховного Суда допущена неточность[275]. Банковским законодательством, в частности нормативными документами Национального банка Республики Беларусь с 1995 года был установлен порядок, согласно которому кредит мог выдаваться банком только под уже заключенный договор, копия которого представлялась в банк на момент подачи кредитной заявки. При этом выдача кредита должна была производится в безналичной форме путем оплаты платежных требований продавца за уже фактически отгруженные товары или выполненные работы.

Аналогичный порядок выделения кредита предусмотрен и ныне действующей Инструкцией о порядке предоставления (размещения) банками денежных средств в форме кредита и их возврата (п. 10 Инструкции). Поэтому основанием приостановления кредитования в случае выделения кредита под выполнение какого-либо договора может послужить лишь факт срыва поставки очередной партии товара, осуществляемой поэтапно, так как выделение кредитных средств в подобных ситуациях также осуществляется поэтапно по выполнении обязательств по каждой последующей поставке.

Уголовная ответственность индивидуального предпринимателя или должностного лица юридического лица не сообщивших кредитору или органу, выделившему субсидию, о возникновении обстоятельств, влекущих приостановление кредитования или субсидирования, наступает только при наличии двух условий: лицо должно было и могло сообщить такую информацию. Обязанность сообщить об изменившемся положении дел лежит на заемщике в связи с заключенным им договором о выделении кредита, что является правовым основанием возникновения такой обязанности. Данная обязанность сохраняется за лицом в течение всего срока действия кредитного договора вплоть до полного погашения кредита и процентов по нему, а также с момента принятия решения о выделении субсидии – до момента расходования последних сумм субсидии.

Объективная необходимость действовать, т.е. сообщить в учреждение, выделившее кредит или субсидию, о возникновении негативных обстоятельств наступает с момента, когда лицу стало известно об их появлении. При этом заемщик должен сознавать характер произошедших изменений и понимать, что они могут повлечь приостановление кредитования или субсидирования. При выманивании виновный умышленно

---

[275] Лукашов, А.И. Выманивание кредита или дотаций: вопросы уголовной ответственности / А.И. Лукашов // Право Беларуси. – 2003. – № 47. – С. 78.

утаивает, не сообщает заимодавцу сведения, влияющие на приостановление кредитования или субсидирования, которыми сам располагает, тем самым вводит его в заблуждение и сознательно пользуется заблуждением последнего относительно указанных обстоятельств. Если бы кредитору или органу, выделившему субсидию, своевременно стало известно о наступлении таких обстоятельств, они приостановили бы кредитование или субсидирование, выделенные ранее правомерно.

Важно также установить, что, игнорируя указанную обязанность, лицо имело реальную возможность ее исполнить. Реальная возможность действовать это такая ситуация, при которой человек не только объективно (т.е. в силу сложившейся обстановки), но и субъективно (т.е. исходя из личных свойств и качеств) мог посредством своих действий вмешаться в фактический ход событий[276]. Отсутствие возможности выполнения заемщиком рассматриваемой обязанности может быть обусловлено непреодолимой силой, физическим или психическим принуждением.

Под непреодолимой силой понимается такое воздействие объективных факторов (стихийных сил природы, животных, болезненных процессов), в силу которых человек лишен возможности физически действовать[277] . Непреодолимая сила исключает уголовную ответственность потому, что лицо не в состоянии преодолеть препятствия на пути к выполнению лежащей на нем обязанности (например, болезнь, лишившая кредитополучателя возможности сделать соответствующее сообщение кредитору).

Физическое принуждение освобождает от уголовной ответственности лишь в том случае, когда оно является непреодолимым и лицо полностью лишено возможности исполнения обязанности. Если физическое принуждение не исключало для лица возможность действовать по своей воле, то в таком случае наступает ответственность за бездействие, однако физическое принуждение рассматривается как обстоятельство, смягчающее ответственность при назначении наказания. Поведение лица, воздержавшегося под влиянием психического принуждения от исполнения имеющейся обязанности, оценивается по правилам крайней необходимости.

Юридически оконченным выманивание в форме бездействия будет считаться по прошествии срока, необходимого лицу для сообщения кредитору или органу, выделившему субсидию, информации о возникновении обстоятельств, влекущих приостановление кредитования или субсидирования, если имелась реальная возможность сделать такое сообщение.

---

[276] Тимейко, Г.В. Общее учение об объективной стороне преступления / Г.В. Тимейко. – Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. ун-та, 1977. – С. 205.

[277] Наумов, А.В. Российское уголовное право. Общая часть: Курс лекций / А.В. Наумов. – М.: Изд-во БЕК, 1996. – С. 162.

РАЗВИТИЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИХ ВОЗЗРЕНИЙ О ВЗЯТОЧНИЧЕСТВЕ

А.М. Клим
начальник цикла социальных и
общеправовых дисциплин
Учебного центра МВД
Республики Беларусь

Борьба со взяточничеством, как наиболее яркой формой коррупционной преступности, является одной из актуальных проблем современного общества. В реализации этой проблемы немалая роль отводится науке, которая должна внести в это противостояние свой весомый вклад. Выработка адекватных мер по противодействию взяточничеству, дальнейшее совершенствование антикоррупционного законодательства базируется, в том числе как на знании истории развития уголовно-правовой нормы, так и на успехах исследователей. Достижения правовой науки прошлого позволяют проследить генезис и логику юридической мысли, почерпнуть идеи, которые будут полезны в новых условиях, что необходимо учитывать в ходе дальнейшей борьбы с преступностью. В данной статье автором рассмотрено развитие теоретических воззрений о взяточничестве.

Традиционно историю развития уголовно-правовой науки рассматривают через призму ее периодизации, где выделяют три периода: 1) до Октябрьской революции 1917 г., 2) советский период и 3) современный период, который начал свой отсчет после распада СССР. Что касается дореволюционной эпохи в истории научной юриспруденции, где закладывалась основа уголовно-правовой мысли, то и ее также подразделяют на пять периодов, которые еще были предложены профессором Г.С. Фельдштейном в 1909 г. в его фундаментальном труде «Главные течения в истории науки уголовного права в России»[278]. Считаем целесообразным их обозначить, ссылаясь на вышеуказанное исследование.

«Первый период в истории уголовного права затрагивает ту эпоху, когда криминалистика не только не обособляется еще в отдельную дисциплину, но не дифференцируется, с одной стороны, из области нравоучительной морали, не выходит, с другой стороны, еще за пределы простого описания уголовно-правовой практики и отчасти отражает некоторые естественно-правовые учения западной науки <…>. Второй период в истории науки уголовного права начинается эпохой реформ при Петре Великом и растягивается на целое столетие до первых годов 19-го в., когда появляются первые труды, посвященные уголовному праву, как обособленному предмету исследования <…>. Третий период в истории науки уголовного права в России открывается рядом более глубоких попыток исследования общих проблем уголовного права и разработки положительного уголовного законодательства. Ученым этого периода приходится выносить на своих плечах всю тяжесть собирания воедино разрозненного материала русского уголовного права и параллельно подвергать его обработке <…>. Четвертый период в истории науки уголовного права в России открывается появлением Свода законов и принимает определенный характер в связи с проведением в жизнь реформы университетов в тридцатых годах. Хотя в эту эпоху уголовное право впервые становится самостоятельным предметом преподавания, период этот один из самых бесплодных для развития криминалистики <…>. Наконец, пятый и

[278] Фельдштейн, Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России / Г.С. Фельдштейн; под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Изд-во «Зерцало», 2003. – 542 с. – (Серия «Русское юридическое наследие»).

последний период науки уголовного права в России совпадает с началом общественного возрождения нашего отечества, – с началом судебной реформы и большей свободой преподавания, ставшей возможной с введением Университетского устава 1863 г. Обновление русской жизни оказалось в высшей степени плодотворным для науки права и в особенности уголовного <…>»[279].

Последний период дореволюционной науки уголовного права, обусловленный наряду с другими факторами и проведением судебной реформы 1864 г, связан со своим наивысшим подъемом и расцветом, который приходится на вторую половину XIX начало XX веков. Именно в этот период проблема взяточничества начинает осмысливаться с научной точки зрения, когда были опубликованы работа К. Анциферова «Взяточничество в истории русского законодательства» (1884 г.)[280], исследование Н.А. Неклюдова «Взяточничество и лихоимство. De Lege Lata и de Lege ferenda» в журнале «Юридическая летопись» (1890 г.)[281], а также монография В.Н. Ширяева «Взяточничество и лиходательство в связи с общим учением о должностных преступлениях» (1916 г.)[282]. В последствии при советской власти В.Н. Ширяев руководил секцией криминальной социологии криминологического кабинета (открыт в 1926 г. при факультете права и хозяйства Белорусского государственного университета). Следует также отметить работу и А. Эстрина «Взяточничество в доктрине и законодательстве», где автор в 1913 г. впервые в юридической науке употребляет термин «коррупция»[283].

В своей работе К. Анциферов сделал упор на истории развития уголовно-правовой нормы об ответственности за взяточничество – как на Руси от Судебника 1497 г. до Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., так и за рубежом. Автор полагал, что в присущее всем государствам и народам взяточничество феодализм внес некоторую «новизну», поскольку вотчинное право и вотчинные злоупотребления «размыли» саму идею нарушения служебного долга, а в подтверждение этого он отметил, что в Судебнике Каролина (т.е. в широком понимании – в западном европейском праве) почти не было упоминаний о служебных преступлениях[284].

В отличие от К. Анциферова, В.Н. Ширяев в своей монографии тщательному исследованию подверг юридическую природу взяточничества и лиходательства на основе Уложения о наказаниях уголовных и исправительных в редакции 1845 г. Взяточничество им определялось как должностное преступление, «заключающееся или в изъявлении согласия на принятие подарка или иной материальной выгоды, или в принятии их, или даже в требовании их должностным лицом за учинение или опущение (взяточничество-вознаграждение) или ради учинения или опущения (взяточничество-подкуп) какого-либо действия по службе», а лиходательство рассматривалось как «деяние, заключающееся в обещании, предложении или предоставлении должностному лицу подарка или иной материальной выгоды с целью склонить это должностное лицо к желательному для интересов

---

[279] Фельдштейн, Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России / Г.С. Фельдштейн; под ред. и с предисловием В.А. Томсинова. – М.: Издательство «Зерцало», 2003. – С. 6-8.

[280] Анциферов, К. Взяточничество в истории русского законодательства: до периода сводов / К. Анциферов // Журн. гражд. и уголов. права. – 1884. – Кн. 2. – С. 1-54.

[281] Неклюдов, Н.А. Взяточничество и лихоимство / Н.А. Неклюдов // Юридическая летопись. – 1890. – № 6. – С. 491-532.

[282] Ширяев, В.Н. Взяточничество и лиходательство в связи с общим учением о должностных преступлениях: уголов.-юрид. исслед. / В.Н. Ширяев. – Ярославль: Тип. Губ. правл., 1916. – 577 с.

[283] Эстрин, А. Взяточничество в доктрине и законодательстве / А. Эстрин // Труды кружка уголовного права при С.-Петербургском университете; под. ред. М.М. Исаева. – СПб., 1913. – С. 153-189.

[284] Анциферов, К. Взяточничество в истории русского законодательства: до периода сводов / К. Анциферов // Журн. гражд. и уголов. права. – 1884. – Кн. 2. – С. 7-9.

лиходателя образу действия по службе (лиходательство-подкуп) или с целью заплатить должностному лицу за услуги, уже оказанные им лиходателю (лиходательство-вознаграждение)»[285]. В.Н. Ширяев активно отстаивал идею о дифференциации взяточничества на подкуп и благодарность. Он подчеркивал, что при взятке-благодарности нарушается начало безвозмездности служебного действия, являющегося объектом взяточничества, как одно из существенных условий государственной и общественной службы[286]. Что же касается опасности смешения взяточничества с получением «чаевых денег» и подарков, вызванных чувством признательности, уважения, расположения, то, по его мнению, «преследуя взяточничество, законодатель имеет в виду оградить один из важнейших устоев государственной или общественной службы, а отнюдь не заглушить в гражданах чувство благодарности к тем или другим органам власти, которые пробудили это чувство честным исполнением возложенных на них обязанностей. Каждый вдумчивый судья сумеет прекрасно разобраться в обстоятельствах дела и отличить дозволенное от недопустимого»[287]. Предметом подарка, дара или взятки В.Н. Ширяев рассматривал деньги, вещи, или «что-либо иное», но имеющее очевидно материальную ценность[288].

Касаясь значения исследования Н.А. Неклюдова, следует отметить, что его многие идеи были восприняты редакционной комиссией, работавшей над проектом Уголовного уложения 1903 г., и воспроизведены в объяснительной записке к этому проекту. Так, в Уголовном уложении 1903 г. в отличие от Уложения о наказаниях разграничивались взяточничество и другой вид корыстного должностного злоупотребления – лихоимственные сборы. Заслуживает также внимание его точка зрения о том, что взятка всегда должна носить характер подкупа и что ее необходимо отличать от дара[289].

А.Я. Эстрин также как и В.Н. Ширяев активно поддерживал идею об ответственности за взятку-благодарность. Он же одновременно выступал за воспрещение служащим под угрозой наказания «всякого принятия подарков от лиц, соприкасающихся более или менее тесно с их служебной деятельностью, хотя бы подарки эти и не сопровождались указанием желательного для дарителя образа действия и не были вознаграждением за совершенное уже»[290].

По справедливому замечанию Б.В. Волженкина «в исследованиях старых русских юристов и законопроектных работах того времени привлекают основательность, всесторонность и глубина юридического анализа, широкое использование современного им зарубежного законодательства и литературы, простота и четкость изложения мысли, живой, образный русский язык. Это

---

[285] Ширяев, В.Н. Взяточничество и лиходательство в связи с общим учением о должностных преступлениях: уголов.-юрид. исслед. / В.Н. Ширяев. – Ярославль: Тип. Губ. правл., 1916. – С. 569-570.
[286] Там же, с. 494-502, 569-570.
[287] Там же, с. 502.
[288] Там же, с. 452.
[289] Неклюдов, Н.А. Взяточничество и лихоимство / Н.А. Неклюдов // Юридическая летопись. – 1890. – № 6. – С. 508-510, 516.
[290] Эстрин, А. Взяточничество в доктрине и законодательстве / А. Эстрин // Труды кружка уголовного права при С.-Петербургском университете; под ред. М.М. Исаева. – СПб., 1913. – С. 166.

образец для нас, нынешних юристов. Это – наше наследие, которое нужно беречь и использовать»[291].

Проблему взяточничества в этот период стали изучать не только правоведы, но уже и социологи. Среди не юридических исследований следует отметить, работу П.А. Берлина «Русское взяточничество как социально-историческое явление»[292], где автор, опираясь на социологическую парадигму и социальную психологию, а также анализируя социальные причины взяточничества в правительственных органах России, пришел к следующим выводам. Продолжавшаяся на протяжении веков порочная практика правительства, когда жестко карая низшие слои чиновничества за взяточничество, высшие слои не только уходили от ответственности, но и «приучались видеть в политической власти рог изобилия всяческих материальных благ». Таким образом, закладывались психологические основы взяточничества и казнокрадства, сопровождавшие развитие государства на всем его историческом этапе. Кроме того, отмечалась связь взяточничества и казнокрадства с политической благонадежностью и преданностью начальству. Создавалась ситуация, когда на эти преступления власть смотрела сквозь пальцы в обмен на политическое угодничество. К сожалению, научные исследования, затрагивающие социологию и психологию чиновничества, в советский период не проводились, а дореволюционные наработки в этой области не придавались широкой огласке. Борьба со взяточничеством рассматривалась не комплексно, а в узком аспекте, и прежде всего, в уголовно-правовом.

В первой четверти XX века значительную роль в раскрытии содержания советского уголовного законодательства о взяточничестве и других должностных преступлениях и практики его применения сыграли исследования А.А. Жижиленко, А. Гюнтера, А.Н. Трайнина, А.Я. Эстрина и др. После введения в действие нового Уголовного кодекса РСФСР 1926 г. и с учетом потребностей правоприменительной практики того периода уголовно-правовой аспект взяточничества в 30–40-е годы исследовался в работах А.Н. Трайнина[293], Г.Р. Смолицкого[294], Б.С. Утевского[295].

Проводимые в 50-ых годах реформы общественной жизни, а также работа по разработке проектов новых уголовных кодексов союзных республик вызвала повышенный интерес к продолжению исследований о должностных преступлениях. Работы В.Ф. Кириченко[296], В.Д. Меньшагина[297],

---

[291] Волженкин, Б.В. Избранные труды по уголовному праву и криминологии (1963 – 2007 гг.) – СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2008. – С. 325.

[292] Берлин, П.А. Русское взяточничество, как социально-историческое явление / П.А. Берлин // Современный мир. – 1910. – № 8. – С. 45-56.

[293] Трайнин, А.Н. Должностные и хозяйственные преступления: учеб. для юрид. вузов по курсу уголов. права. Особенная часть / А.Н. Трайнин. – М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1938. – 135 с.

[294] Смолицкий, Г.Р. Должностные преступления / Г.Р. Смолицкий. – М.: Юриздат, 1940. – 60 с

[295] Утевский, Б.С. Общее учение о должностных преступлениях / Б.С. Утевский. – М.: Юрид. изд-во, 1948. – 440 с.

[296] Кириченко, В.Ф. Ответственность за должностные преступления по советскому уголовному праву: общие вопросы / В.Ф. Кириченко. – М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1956. – 132 с.

А.Б. Сахарова[298] и других ученых внесли весомый вклад в дальнейшее развитие теории и совершенствование уголовного законодательства.

До середины 70-х годов прошлого века проблема взяточничества в правовой науке СССР разрабатывалась в основном в уголовно-правовом аспекте. Это было одним из традиционных направлений исследований, поскольку ответственность за взяточничество, как и ответственность за должностные преступления в целом, всегда была одной из острых и тонких проблем уголовного права и поэтому издавна привлекала внимание ученых-юристов. В этом отношении важное значение имеют труды советских правоведов, анализирующих вопросы ответственности за взяточничество как в рамках специальных исследований (С.В. Бакланов[299], Б.В. Волженкин[300], Н.П. Кучерявый[301], В.В. Степанов[302] и др.), так и в рамках исследований, посвященных более широкой проблеме должностных преступлений (В.Ф. Кириченко[303], Б.С. Утевский[304], И.А. Гельфанд[305], Б.В. Здравомыслов[306], М.Д. Лысов[307], А.Я. Светлов[308] и др.).

В 60–70-ые годы проблема взяточничества на монографическом уровне в БССР не исследовались. В то же время среди трудов белорусских ученых по уголовному праву следует отметить учебник, подготовленный кафедрой уголовного права БГУ под общей редакцией профессора И.С. Тишкевича[309] и комментарий к Уголовному кодексу БССР, изданный под общей редакцией первого заместителя председателя Верховного Суда БССР С.Т. Шардыко, в которых ответственность за взяточничества с учетом правоприменительной практики изложена доцентом кафедры уголовного права БГУ В.А. Шкурко[310].

Приоритет уголовно-правовых исследований названной проблемы во многом был обусловлен тем, что отечественная криминология как наука начала возрождаться лишь в 60-ые годы. В конце этого периода, наряду со становлением и началом развития криминологической науки, начинает развиваться и социология уголовного права. К середине 70-ых годов в криминологии был уже решен вопрос о необходимости выделения должностных преступлений в самостоятельную классификационную группу, требующую специальных исследований. Первые криминологические исследования проблемы

---

[297] Меньшагин, В.Д. Должностные преступления / В.Д. Меньшагин // Курс советского уголовного права. Особенная часть: в 2 т. / А.А. Пионтковский [и др.]. – М., 1959. – Т. 2. – С. 5-219.

[298] Сахаров, А.Б. Ответственность за должностные преступления по советскому уголовному праву / А.Б. Сахаров. – М.: Госюриздат, 1956. – 211 с.

[299] Бакланов, С.В. Объект взяточничества / С.В. Бакланов // Сборник аспирантских работ / Свердл. юрид. ин-т; редкол.: Р.Р. Галиакбаров [и др.]. – Свердловск, 1969. – Вып. 8. – С. 173-180

[300] Волженкин, Б.В. Квалификация взяточничества: учеб. пособие / Б.В. Волженкин. – Л.: [б.и.], 1984. – 100 с.

[301] Кучерявый, Н.П. Ответственность за взяточничество по советскому уголовному праву / Н.П. Кучерявый. – М.: Госюриздат, 1957. – 188 с.

[302] Степанов, С.С. Расследование взяточничества: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.09 / С.С. Степанов; Сарат. юрид. ин-т. – Саратов, 1964. – 20 с.

[303] Кириченко, В.Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву / В.Ф. Кириченко – М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1959. – 184 с. Кириченко, В.Ф. Виды должностных преступлений по советскому уголовному праву / В.Ф. Кириченко – М.: Изд-во Акад. наук СССР, 1959. – 184 с.

[304] Утевский, Б.С. Общее учение о должностных преступлениях / Б.С. Утевский. – М.: Юрид. изд-во, 1948. – 440 с.

[305] Гельфанд, И.А. Хозяйственные и должностные преступления в сельском хозяйстве / И.А. Гельфанд. – Киев: Изд-во М-ва внутр. дел УССР, 1970. – 251 с.

[306] Здравомыслов, Б.В. Должностные преступления: понятие и квалификация / Б.В. Здравомыслов. – М.: Юрид. лит., 1975. – 168 с.

[307] Лысов, М.Д. Ответственность должностных лиц по советскому уголовному праву / М.Д. Лысов. – Казань: Изд-во Казан. ун-та, 1972. – 176 с.

[308] Светлов, А.Я. Ответственность за должностные преступления / А.Я. Светлов. – Киев: Наук. думка, 1978. – 303 с.

[309] Уголовное право БССР: Учебник: в 2 т. / И.И. Горелик [и др.]. – Минск: Вышэйш. шк., 1978. – Т. 2: Часть особенная / Под ред. И.С. Тишкевича. –383 с.

[310] Комментарий к Уголовному кодексу Белорусской ССР / Под общ. ред. С.Т. Шардыко. Авторы: И.И. Горелик и др.; – Минск: Изд. БГУ им. В.И. Ленина, 1971. – 392 с.

взяточничества были объединены с разработкой уголовно-правовых аспектов, но все же их социологическая и криминологическая направленность носила доминирующий характер. Работы таких видных ученых, как В.Г. Танасевич[311], А.Н. Ларьков[312], О.Э. Сокольский[313], А.И. Кирпичников[314], А.К. Квициния[315] и др. закладывали основу для дальнейших, в первую очередь, криминологических исследований.

Определенный вклад в разработку теоретических и прикладных аспектов борьбы со взяточничеством внесли и представители советской криминалистической школы. Первые значительные научные исследования и публикации по данной проблеме с позиции криминалистики и теории оперативно-розыскной деятельности относятся к началу 60-х годов XX столетия. Ученые Научно-исследовательского института милиции Министерства охраны общественного порядка РСФСР (Б.В. Бойцов, В.Е. Зобов, А.Г. Лекарь и др.) специально исследовали состояние практики борьбы со взяточничеством. По результатам Б.В. Бойцовым было подготовлено и издано методическое пособие по предупреждению и раскрытию взяточничества. Спустя два года, он подготовил на эту тему и успешно защитил кандидатскую диссертацию[316], в которой дана развернутая характеристика преступных действий взяткополучателей, показав их особенности в отдельных отраслях народного хозяйства и связав с уголовно-правовыми средствами борьбы со взяточничеством.

На 80-е годы XX столетия вплоть до распада СССР выпадает весьма значительное количество публикаций ученых и практических работников, свидетельствующих о возрастании интереса к проблеме взяточничества. В указанный период были продолжены исследования как уголовно-правовых, так и криминологических проблем борьбы со взяточничеством (В.Е. Мельникова[317], Ю.Н. Ляпунов[318], Б.В. Волженкин, В.Е. Квашис и С.Ш. Цагикян[319] и др.). Вместе с тем, в бытность СССР, в социалистическом государстве, строившем коммунизм, преступность все еще считалась временным явлением, подлежащим «ликвидации» и искоренении в «ближайшее время». О коррупции и коррумпированных чиновниках советской формации могли говорить только «зарубежные злопыхатели». Естественно, что в таких условиях проводить комплексные научные исследования о коррупции и коррупционной преступности было крайне затруднительно, и уголовно-

---

[311] Танасевич, В.Г. Борьба с должностными преступлениями / В.Г. Танасевич // Вопросы советской криминологии: материалы науч. конф.: 2 ч. / Всесоюз. ин-т по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности; редкол.: В.П. Власов [и др.]. – М., 1976. – Ч. 1. – С. 149-162.

[312] Ларьков, А.И. Проблемы борьбы с должностными преступлениями / А.И. Ларьков // Борьба с должностными преступлениями: сб. науч. ст. / Всесоюз. ин-т по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности; под ред.: М.В. Полуэктова – М., 1977. – С. 5-24.

[313] Сокольский, О.Э. Значение криминологического анализа в борьбе со взяточничеством / О.Э. Сокольский // Борьба с должностными преступлениями: сб. науч. ст. / Всесоюз. ин-т по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности; под ред. М.В. Полуэктова. – М., 1977. – С. 79-95.

[314] Кирпичников, А.И. Криминологическое исследование взяточничества / А.И. Кирпичников // Социалист. законность. – 1975. – № 12. – С. 41-43.

[315] Квициния, А.К. Взяточничество и борьба с ним / А.К. Квициния; под ред. Г.А. Кригера. – Сухуми: Алашара, 1980. – 182 с.

[316] Бойцов, Б.В. Оперативно-розыскные мероприятия и неотложные следственные действия органов милиции по предупреждению и раскрытию взяточничества: автореф. дис… канд. юрид. наук / Б.В. Бойцов; Высш. шк. М-ва охраны обществ. порядка РСФСР – М., 1965. – 16 с.

[317] Мельникова, В.Е. Ответственность за взяточничество: учеб. пособие / В.Е. Мельникова. – М.: Всесоюз. юрид. заоч. ин-т, 1982. – 57 с.

[318] Ляпунов, Ю.И. Ответственность за взятку / Ю.И. Ляпунов. – М.: Знание, 1987. – 63 с.

[319] Волженкин, Б.В. Ответственность за взяточничество: соц.-правовые и криминолог. проблемы / Б.В. Волженкин, В.Е. Квашис, С.Ш. Цагикян. – Ереван: Айастан, 1988. – 198 с.

правовой аспект доминировал над иными. Международный опыт в борьбе с коррупцией практически не исследовался.

Начиная лишь с 1990-ых годов и, в первую очередь, в Российской Федерации актуализируется исследования, связанные уже не только со взяточничеством, но и с коррупцией, как крайне негативным социальным явлением. Осуществляется поиск адекватных средств для их противодействия (Б.В. Волженкин[320], А.А. Аслаханов[321], П.С. Яни[322], А.И. Кирпичников[323] и др.). Наиболее полно эти проблемы освещены в работе П.А. Кабанова[324], которая носит комплексный характер и имеет ярко выраженную практическую направленность. В ней осмысливаются изменения в характере взяточничества и личности преступников в условиях нынешней России.

Кроме этого, за последнее десятилетие в Российской Федерации только по уголовно-правовым и криминологическим аспектам взяточничества подготовлено и защищено более десяти кандидатских диссертаций. Среди них работы В.Н. Боркова[325], С.М. Будатарова[326], Р.А. Гребенюка[327], Л.Г. Дашковой[328], О.Х. Качмазова[329], Е.В. Краснопеевой[330], К.Д. Матара[331], А.С. Мещерского[332], А.В. Шабанова[333], Е.В. Яковенко[334] и др. Их анализ свидетельствует, что большинство авторов в основном сделали акцент не на комплексном исследовании проблемы борьбы со взяточничеством, а на анализе российского уголовного законодательства. Ни одним из вышеперечисленных авторов не затронуты такие научные аспекты как моделирование борьбы со взяточничеством и психология взяточничества, имеющие существенное значение для выработки профилактических мер по противодействию коррупции. Кроме этого, ими не освещалась роль иных отраслей права в противодействии взяточничеству. Все это свидетельствует о целесообразности дальнейших комплексных исследований в этом направлении.

Научные исследования, касающиеся коррупционной преступности, систематически проводятся и зарубежными криминологами[335] [58, 59, 60]. Борьба с «беловоротничковой»

---

[320] Волженкин, Б.В. Служебные преступления: Учеб.-практ. пособие / Б.В. Волженкин. – М.: Юристъ, 2000. – 367 с.

[321] Аслаханов, А.А. Проблемы квалификации взяточничества: автореф. дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / А.А. Аслаханов; Моск. высш. шк. М-ва внутрен. дел Рос. Федрации. – М., 1992. – 19 с.

[322] Яни, П.С. Актуальные проблемы уголовной ответственности за экономические и должностные преступления: дис. … д-ра юрид. наук: 12.00.08 / П.С. Яни. – М.,1996. – 425 л.

[323] Кирпичников А. Взятка и коррупция в России / А.И. Кирпичников. – СПб.: Альфа, 1997. – 351с.

[324] Кабанов, П.А. Коррупция и взяточничество в России: ист., криминол. и уголов.-правовые аспекты / П.А. Кабанов. – Нижнекамск: Гузель, 1995. – 172 с.

[325] Борков, В.Н. Получение взятки: вопросы квалификации: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / В.Н. Борков. – Омск, 2002. – 183 л.

[326] Будатаров, С.М. Получение взятки: уголовно-правовая характеристика: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / С.М. Будатаров. – Томск, 2004. – 231 л.

[327] Гребенюк, Р.А. Уголовно-правовая и криминологическая характеристика взяточничества: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / Р. А. Гребенюк. – Ставрополь, 2004. – 171 л.

[328] Дашкова, Л.Г. Криминологические проблемы взяточничества: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / Л.Г. Дашкова. – М., 1996. – 170 л.

[329] Качмазов, О.Х. Ответственность за взяточничество по российскому уголовному праву: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / О.Х. Качмазов. – М., 1999. – 224 л.

[330] Краснопеева, Е.В. Взяточничество: уголовно-правовой и криминологический аспекты: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / Е.В. Краснопеева. – М., 2002. – 239 л.

[331] Матар, К.Д. Уголовная ответственность за взяточничество по законодательству Российской Федерации и Египта (сравнительный анализ): дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / К.Д. Матар. – Иркутск, 2002. – 225 л.

[332] Мещерский, А.С. Уголовно-правовые аспекты получения взятки как наиболее опасного проявления коррупции: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / А.С. Мещерский. – СПб., 2002. – 248 л.

[333] Шабанов, А.В. Уголовно-правовые и криминологические аспекты взяточничества: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / А.В. Шабанов. – Ростов н/Д, 2004. – 187 л.

[334] Яковенко, Е.В. Уголовно-правовая борьба со взяточничеством: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / Е.В. Яковенко. – Владивосток, 2004. – 300 л

[335] Криминология: Учебник / пер. с англ. под ред. Дж.Ф. Шели – 3-е межд. изд., – СПб.: Питер, 2003. – 864 с.; Шур, Эдвин М. Наше преступное общество: социальные и правовые источники преступности в Америке / Под

преступностью (это понятие было введено в научный оборот американским криминологом Э. Сатерлендом и означает совокупность преступлений, совершенных должностными лицами, уполномоченными на осуществление государственных функций) также актуальна и для капиталистического общества. Следует отметить, что в зарубежной юридической литературе, изданной в 70-ые годы прошлого века, вопросы характеристики взяточничества и борьбы с ним освещаются неполно или в контексте коррупционных проявлений, несмотря на то, что в этот период на Западе в криминологии было сформировано радикальное направление в вопросах воздействия на преступность. Так, Р. Кларк, бывший министр юстиции США, в своей работе «Преступность в США» (1975 г.) касается вскользь проблемы взяточничества при рассмотрении им организованной преступности и связанной с ней коррупции чиновников полиции и госаппарата[336]. Другой американский специалист Э. Шур, анализируя истоки респектабельной преступности в Америке в работе «Наше преступное общество» (1977 г.) также ограничивается упоминанием о коррумпированности правительственных чиновников[337].

По мнению Нила Шовера и Эндрю Хохстетлера, исследовавших «беловоротничковую» преступность в более поздний период приходят к выводу, что она приводит к наибольшим экономическим потерям, но ее же чаще всего и игнорируют. В одной из работ они изучают реакцию законодателей и прокуратуры на различные ее формы, а также попытки поставить ее под контроль со стороны общества и регулирующих органов[338]. Среди работ российских специалистов следует выделить «Основы государственной политики борьбы с преступностью в России (теоретическая модель)» (1997 г.), в которой основательно освещен причинный комплекс современной преступности, включая коррупционную[339].

Наряду с теоретическими исследованиями зарубежных криминологов наибольший интерес для правоприменительной практики нашего государства, на наш взгляд, представляет изучение практического опыта отдельных государств в борьбе с организованной преступностью, где профилактика подкупа должностных лиц являлась одним из сложных в этом направлении. На попытки мафии тотально коррумпировать весь чиновничий аппарат и представителей правосудия спецслужбы и полиция США в 80-ые годы ответили расширением практики тайных форм работы: плотный электронный контроль за ответственными чиновниками, отслеживание их связей и прослушивание разговоров существенно затрудняли подкуп и облегчали разоблачение. Одной из форм тотального контроля за чиновничеством стал жесткий анализ соответствия их законных доходов и расходов. Для борьбы с тотальной коррупцией в полицейской системе США в 1982 г. была создана служба полицейских ревизоров, которые стали контролировать и служебную деятельность, и личную жизнь работников этого ведомства. Для проверки лояльности в отношении полицейских офицеров стали применять детекторы лжи. Залогом практически нулевого уровня коррумпированности в ФБР стала тщательная кадровая политика, создание значительных материальных и моральных стимулов добросовестной службы, постоянные проверки сотрудников на лояльность и отстранение от ответственной работы при возникновении малейших сомнений в добросовестности[340].

ред. В.Н. Кудрявцева; пер. с англ. Ю.А. Неподаева – М.: Изд-во «Прогресс», 1977. – 327 с.; Р. Кларк. Преступность в США. Замечания по поводу ее природы, причин, предупреждения и контроля / Под ред. Б.С. Никифорова; пер. с англ. А.С. Никифорова – М.: Изд-во «Прогресс», 1975. – 424 с.

[336] Р. Кларк. Преступность в США. Замечания по поводу ее природы, причин, предупреждения и контроля / Под ред. Б.С. Никифорова; пер. с англ. А.С. Никифорова – М.: Изд-во «Прогресс», 1975. – С. 94.

[337] Шур, Эдвин М. Наше преступное общество: социальные и правовые источники преступности в Америке / Под ред. В.Н. Кудрявцева; пер. с англ. Ю.А. Неподаева – М.: Изд-во «Прогресс», 1977. – С. 258.

[338] Криминология: учебник; под ред. Дж.Ф. Шели / пер. с англ. – 3-е межд. изд., – СПб.: Питер, 2003. – С. 246.

[339] Формирование государственной политики борьбы с преступностью: материалы конференции – М.: НИИ проблем укрепления законности и правопорядка при Генеральной прокуратуре РФ, 1997. – С. 108-117.

[340] Иншаков, С.М. Зарубежная криминология: Учеб. пособие для вузов. – 2-е изд. – М.: ЮНИТИ-ДАНА, Закон и право, 2003. – С. 322-323.

В Республике Беларусь проблема борьбы со взяточничеством уголовно-правовыми и криминологическими средствами на монографическом уровне не исследовалась. Отдельные ее аспекты затрагивались в научных публикациях Н.А. Бабия[341], А.В. Баркова[342], О.И. Бажанова[343], А.И. Добродея[344], С.Г. Дырды[345], А.И. Лукашова[346], Э.А. Саркисовой[347], В.М. Хомича[348], А.А. Шардакова[349] и др. Правоприменительная практика нашего государства в вопросах противодействия коррупционной преступности нуждается в комплексных исследованиях, где наряду с уголовно-правовым аспектом, базирующимся на особенностях развития национального уголовного законодательства, необходимо отразить и такие вопросы как социально-психологическая и криминологическая характеристика коррупционной преступности, международный опыт в борьбе с коррупцией и возможность его адаптирования и использования в современных условиях. Это подтверждается также и наличием научно-информационного обеспечения реализации специализированных Государственных программ по борьбе с коррупцией[350]. Более того, ведется постоянная работа по совершенствованию национального антикоррупционного законодательства по следующим направлениям: приведение норм права с учетом международных стандартов; поиск «узких» мест в законодательстве с учетом потребностей и ошибок правоприменительной практики и внесение предложений по их устранению; начата работа

---

[341] Бабий, Н. Получение взятки: понятие и характеристика основного состава / Н. Бабий // Юстиция Беларуси. – 2008. – № 6. – С. 35-40. Бабий, Н. Дача взятки и посредничество во взяточничестве / Н. Бабий // Юстиция Беларуси. – 2008. – № 10. – С. 37-41.

[342] Барков, А. Комментарий к Уголовному кодексу: плюсы и минусы / А. Барков, И. Грунтов, В. Хомич // Суд. весн. – 1995. – № 3. – С. 39-41. Барков, А.В. Понятие должностного лица и судебная практика по уголовным делам / А.В. Барков // Судебная практика в контексте принципов права и законности: сб. науч. тр. / редкол.: В.М. Хомич (гл. ред.) [и др.]. – Минск: Тесей, 2006. – С. 90-103.

[343] Бажанов, О.И. Аналитическая записка о состоянии и динамике коррупционной преступности в Республике Беларусь: по данным стат. отчетности МВД и М-ва юстиции 1992-2004 г.г. / О.И. Божанов, О.В. Благоренко, Е.А. Рочева // Вопросы криминологии, криминалистики и судебной экспертизы: сб. науч. тр. / Науч. – исслед. ин-т проблем криминологии, криминалистики и судеб. экспертизы М-ва юстиции Респ. Беларусь; редкол.: А.В. Дулов (гл. ред.) и др. – Минск, 2005. – Вып. 2/19. – С. 52-67.

[344] Добродей, А.И. Уголовно-правовая оценка получения взятки: дис. … канд. юрид. наук: 12.00.08 / А.И. Добродей. – Минск, 2004. – 117 л.

[345] Дырда, С.Г. Коррупция в республике: масштабы, формы проявления, причины и условия: по результатам опроса предпринимателей Респ. Беларусь / С.Г. Дырда // Вопросы криминологии, криминалистики и судебной экспертизы: сб. ст. / Науч.-исслед. ин-т проблем криминологии, криминалистики и судеб. экспертизы М-ва юстиции Респ. Беларусь; редкол.: О.М. Дятлов и др. – Минск, 1999. – Вып. 14. – С. 13-21. Дырда, С.Г. Официальная статистика о коррупции в Республике Беларусь / С.Г. Дырда, А.А. Шардаков // Вопросы криминологии, криминалистики и судебной экспертизы: сб. ст. / Науч.-исслед. ин-т проблем криминологии, криминалистики и судеб. экспертизы М-ва юстиции Респ. Беларусь; редкол.: О.М. Дятлов и др. – Минск, 1999. – Вып. 14. – С. 9-12.

[346] Лукашов, А.И. О специальной конфискации в законодательстве и судебной практике: коммент. к заключению Конституц. Суда Респ. Беларусь от 28.11.2001 № 3-132/2001 «О соответствии Конституции пунктов 20 и 21 постановления Пленума Верхов. Суда Респ. Беларусь от 10 апреля 1992 г. № 1 «О судебной практике по делам о взяточничестве»» / А.И. Лукашов // Юрист. – 2002. – № 1. – С. 11-13.

[347] Саркисова, Э. К вопросу о наказуемости взяточничества / Э. Саркисова // Юстиция Беларуси. – 2006. № 5. – С. 58-59.

[348] Хомич, В.М. Взяточничество через призму уголовного закона и судебной практики / В.М. Хомич // Суд. весн. –2003. – № 2. – С. 51-55.

[349] Шардаков, А.А. Коррупция в Республике Беларусь: масштабы и характер проявлений / А.А. Шардаков // Вопросы криминологии, криминалистики и судебной экспертизы: сб. научн. тр. / Науч.-исслед. ин-т проблем криминологии, криминалистики и судеб. экспертизы М-ва юстиции Респ. Беларусь; редкол.: О.М. Дятлов и др. – Минск, 2003. – Вып. 17. – С. 13-21.

[350] О Государственной программе по усилению борьбы с коррупцией на 2002-2006 годы: Указ Президента Респ. Беларусь, 2 окт. 2002 г., № 500 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2002. – № 113. – 1/4068; Об утверждении Государственной программы по борьбе с коррупцией на 2007-2010 годы: Указ Президента Респ. Беларусь, 7 мая 2007 г., № 220: в ред. Указа Президента Респ. Беларусь от 6 окт. 2008 г. № 545 // Консультант Плюс: Беларусь. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – Минск, 2009.

по проведению криминологической экспертизы проектов законов. Все это свидетельствует о продолжении научного поиска в изучении проблемы борьбы со взяточничеством и в Республике Беларусь.

Резюмируя вышеописанное, можно сделать следующие выводы:

Взяточничество как социальный феномен имеет определенные исторические корни, уходящие в глубину веков. Оно существовало всегда, как только формировался управленческий аппарат, и было присуще всем государствам в любые периоды их развития. Правовая норма о взяточничестве появилась в XIII веке, хотя осмысление этой проблемы с научной точки зрения связано со второй половиной XIX века. Как свидетельствует исторический анализ научной мысли, теоретические воззрения на взяточничество развивались неоднозначно. В дореволюционный период в них преобладала уголовно-правовая исследовательская ориентация, которая сохранилась до конца XX века. Психологии и социологии чиновничества не уделялось должного внимания, а криминология, как молодая наука, в бытность СССР по ряду объективных причин не могла успешно развиваться, что отрицательно сказалось на выработке адекватных мер в вопросах борьбы с должностной преступностью. Лишь в начале XXI века исследователи пришли к выводу о необходимости более широкого междисциплинарного подхода к данному явлению. В этот период стал более активно применяться системный, междисциплинарный подход в вопросе по противодействию взяточничеству как составной части коррупции. При проведении дальнейших научных исследований с целью выработки комплексных мер по противодействию взяточничеству необходимо не только работа по совершенствованию уголовно-правовой нормы, но также знания исторического, психологического, социального аспектов исследуемой проблемы и зарубежного опыта в борьбе с коррупцией.

ЮРИДИЧЕСКИЕ ПРИЗНАКИ СУБЪЕКТОВ КОРРУПЦИОННЫХ ПРАВОНАРУШЕНИЙ В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ

А.В. Барков
заместитель директора ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ,
кандидат юридических наук, профессор,
заслуженный юрист Республики Беларусь

В борьбе с коррупционными правонарушениями и правонарушениями, создающими условия для коррупции, важнейшее значение имеет определение признаков субъектов этих правонарушений. Точное установление круга лиц, чье поведение имеет коррупционный характер, обеспечивает определенность, нацеленность и эффективности антикоррупционных мер.

Правильное понимание признаков субъектов коррупционных правонарушений обеспечивает законность, обоснованность и справедливость уголовной, административной или дисциплинарной ответственности за коррупционные проявления.

Категории и признаки этих субъектов определяет Закон Республики Беларусь от 20 июля 2006 г. № 165-З (в ред. от 21 июля 2008 г.) «О борьбе с коррупцией»[351].

В соответствии со ст. 3 Закона Республики Беларусь от 20 июля 2006 г. № 165-З «О борьбе с коррупцией» субъектами правонарушений, создающих условия для коррупции, являются:

1) государственные должностные лица;

2) лица, приравненные к государственным должностным лицам.

Субъектами коррупционных правонарушений являются:

1) государственные должностные лица;

2) лица, приравненные к государственным должностным лицам;

3) иностранные должностные лица;

4) лица, осуществляющие подкуп государственных должностных или приравненных к ним лиц либо иностранных должностных лиц.

Для правильного понимания признаков различных категорий субъектов следует обратиться к ст. 1 Закона, дающей разъяснения терминов «государственные должностные лица», «лица, приравненные к государственным должностным лицам», «иностранные должностные лица».

Однако для полного уяснения всех признаков субъекта необходимо обратиться также к нормам иных правовых актов:

– к ст. 1.3 КоАП;

– к ч. 4 и 5 ст. 4 УК;

– к постановлению Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 16 декабря 2004 г. № 12 (в ред. от 24 сентября 2009 г.) «О судебной практике по делам о преступлениях против интересов службы (ст.ст. 424-428 УК)»[352].

1. Государственные должностные лица

Наряду с национальным законодательством Беларуси трактовка названных категорий субъектов коррупционных правонарушений в значительной мере определяется с учетом международно-правовых актов. Законом Республики Беларусь от 25 ноября 2004 г. № 344-З ратифицирована Конвенция ООН «Против коррупции» (заключена в г. Нью-Йорке 31 октября 2003 г.)[353].

В статье 2 Конвенция выделяет «публичное должностное лицо»:

«a) «публичное должностное лицо» означает: i) любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе Государства-участника на постоянной или временной основе, за плату или без оплаты труда, независимо от уровня должности этого лица; ii) любое другое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию, в том числе для публичного

[351] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 122. – 2/1262.
[352] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2005. – № 3. – 6/424.
[353] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2004. – № 192. – 2/1093.

ведомства или публичного предприятия, или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого Государства-участника; iii) любое другое лицо, определяемое в качестве "публичного должностного лица" во внутреннем законодательстве Государства-участника. Тем не менее, для целей принятия некоторых конкретных мер, предусмотренных главой II настоящей Конвенции, "публичное должностное лицо" может означать любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию или предоставляющее какую-либо публичную услугу, как это определяется во внутреннем законодательстве Государства-участника и как это применяется в соответствующей области правового регулирования этого Государства-участника».

С 1 марта 2008 г. вступила в силу для Республики Беларусь Конвенция Совета Европы № 173 «Об уголовной ответственности за коррупцию» (ETS № 173) от 27 января 1999 г., (подписана Республикой Беларусь в г. Страсбурге 23 января 2001 г. и ратифицирована Законом от 26 мая 2003 г. № 199-З)[354].

В статье 1 названной Конвенции дана следующая трактовка субъектов коррупционных правонарушений:

«Для целей настоящей Конвенции:

a) понятие «публичное должностное лицо» охватывает определения «должностное лицо», «публичный служащий», «мэр», «министр» или «судья», существующие в национальном праве государства, в котором данное лицо отправляет свою должность, как они применяются в уголовном праве этого государства;

b) термин «судья», упомянутый в подпункте «a» выше, включает прокуроров и лиц, занимающих судебные должности…».

Законодатель Республики Беларусь, определяя круг субъектов коррупционных правонарушений, синтезировал международно-правовые подходы с традиционными национальными правовыми решениями этого вопроса

В соответствии с абзацем 3 ст. 1 Закона о борьбе с коррупцией в круг государственных должностных лиц входят:

1) Президент Республики Беларусь;

2) депутаты Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь,

3) осуществляющие свои полномочия на профессиональной основе:

– члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь,

– депутаты местных Советов депутатов;

4) относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к должностным лицам:

---

[354] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2003. – № 61. – 2/948

– иные государственные служащие,

– лица, занимающие должности в государственных организациях,

– лица, занимающие должности в Вооруженных Силах Республики Беларусь, других войсках и воинских формированиях Республики Беларусь.

1.1. Президент Республики Беларусь. В соответствии со ст. 79 Конституции Республики Беларусь «Президент Республики Беларусь является Главой государства, гарантом Конституции Республики Беларусь, прав и свобод человека и гражданина.

Президент олицетворяет единство народа, гарантирует реализацию основных направлений внутренней и внешней политики, представляет Республику Беларусь в отношениях с другими государствами и международными организациями. Президент принимает меры по охране суверенитета Республики Беларусь, ее национальной безопасности и территориальной целостности, обеспечивает политическую и экономическую стабильность, преемственность и взаимодействие органов государственной власти, осуществляет посредничество между органами государственной власти».

Согласно ч. 2 ст. 1 Закона Республики Беларусь от 21 февраля 1995 г. № 3602-XII (в ред. от 6 октября 2006 г.) «О Президенте Республики Беларусь» – «Президент является высшим должностным лицом Республики Беларусь, олицетворяет единство народа, гарантирует реализацию основных направлений внутренней и внешней политики, представляет Республику Беларусь в отношениях с другими государствами и международными организациями. Президент принимает меры по охране суверенитета Республики Беларусь, ее национальной безопасности и территориальной целостности, обеспечивает политическую и экономическую стабильность, преемственность и взаимодействие органов государственной власти, осуществляет посредничество между органами государственной власти»[355].

Полномочия Президента, перечисленные в ст. 16-27 Закона Республики Беларусь «О Президенте Республики Беларусь», свидетельствуют, что должностной статус Президента соответствует такой категории государственного должностного лица как ***представитель власти*** (см. раздел 1.5.1).

1.2. Депутат Палаты Представителей Национального собрания Республики Беларусь представлен в Законе Республики Беларусь от 4 ноября 1998 г. № 196-З (в ред. от 15 июля 2008 г.) «О статусе депутата Палаты представителей, члена Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь»[356].

---

[355] Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1997. – № 24. – Ст. 463.

[356] Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1998. – № 35. – Ст. 516.

В соответствии со ст. 1 данного Закона: «Депутатом Палаты представителей является свободно избранный народом представитель, уполномоченный осуществлять законодательную власть в Палате представителей, представлять своих избирателей в государственных органах, осуществлять иные полномочия, предусмотренные Конституцией Республики Беларусь и настоящим Законом».

Депутат Палаты представителей осуществляет свои полномочия в Парламенте на профессиональной основе, если иное не предусмотрено Конституцией Республики Беларусь.

Депутат Палаты представителей как член представительного и законодательного органа Республики Беларусь несет ответственность перед избирателями и соответственно перед Палатой представителей.

Депутат Палаты представителей обладает всей полнотой прав, обеспечивающих его активное участие в деятельности Палаты представителей, образуемых ею постоянных и временных комиссий, других органов.

Все депутаты Палаты представителей входят в состав постоянных комиссий, за исключением Председателя Палаты представителей и его заместителей.

Полномочия депутата Палаты представителей, перечисленные в Законе Республики Беларусь «О статусе депутата Палаты представителей, члена Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь», свидетельствуют, что должностной статус депутата Палаты представителей соответствует такой категории государственного должностного лица как ***представитель власти*** (см. раздел 1.5.1).

1.3. Член Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, осуществляющий свои полномочия на профессиональной основе. В соответствии со ст. 1 Закона Республики Беларусь от 4 ноября 1998 г. № 196-З (в ред. от 15 июля 2008 г.) «О статусе депутата Палаты представителей, члена Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь»: «Членом Совета Республики является лицо, наделенное в установленном законом порядке полномочиями по осуществлению законодательной власти в Совете Республики, а также иными полномочиями, предусмотренными Конституцией Республики Беларусь и настоящим Законом».

Член Совета Республики как член представительного и законодательного органа Республики Беларусь несет ответственность перед избирателями и перед Советом Республики.

Член Совета Республики обладает всей полнотой прав, обеспечивающих его активное участие в деятельности Совета Республики, образуемых им постоянных и временных комиссий, других органов.

Все члены Совета Республики входят в состав постоянных комиссий, за исключением Председателя Совета Республики и его заместителей. Депутат

Палаты представителей, член Совета Республики могут быть членами только одной постоянной комиссии.

В соответствии со ст. 6 Закона Республики Беларусь «О статусе депутата Палаты представителей, члена Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь» член Совета Республики осуществляет свои полномочия в Парламенте на профессиональной основе либо без отрыва от производственной или служебной деятельности. В последнем случае он освобождается от выполнения производственных или служебных обязанностей по месту основной работы на время осуществления им своих полномочий.

Права и обязанности члена Совета Республики, перечисленные в Законе Республики Беларусь «О статусе депутата Палаты представителей, члена Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь», свидетельствуют, что должностной статус члена Совета Республики, осуществляющего свои полномочия на профессиональной основе, соответствует такой категории государственного должностного лица как ***представитель власти*** (см. раздел 1.5.1).

1.4. Депутат местного Совета, осуществляющий свои полномочия на профессиональной основе. Правовое положение этого должностного лица определяет Закон Республики Беларусь от 27 марта 1992 г. № 1547-XII (в ред. от 7 мая 2009 г.) «О статусе депутата местного Совета депутатов»[357].

В статье 1 Закона сказано: «Депутатом местного Совета депутатов (далее - депутат Совета) является свободно избранный гражданами, проживающими на территории, входящей в избирательный округ, представитель, уполномоченный участвовать в осуществлении государственной власти местным Советом депутатов (далее - Совет), представлять своих избирателей в государственных органах и других организациях, осуществлять иные полномочия, предусмотренные Конституцией Республики Беларусь, настоящим Законом и другими актами законодательства Республики Беларусь».

Депутат Совета участвует в осуществлении Советом государственной власти путем активного и равноправного участия в рассмотрении вопросов, отнесенных Конституцией Республики Беларусь и другими актами законодательства Республики Беларусь к компетенции Совета.

Депутат Совета при осуществлении своей деятельности и выполнении предвыборной программы в соответствии с Конституцией Республики Беларусь, настоящим Законом и другими актами законодательства Республики Беларусь вправе свободно выражать свое мнение и голосовать, руководствуясь своими убеждениями и учитывая интересы граждан и особенности развития соответствующей административно-территориальной единицы.

---

[357] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 6. – 2/1181.

В соответствии со ст. 5 названного Закона председатель Совета осуществляет свои полномочия на профессиональной основе. Остальные депутаты Совета осуществляют свои полномочия без отрыва от трудовой (служебной) деятельности и пользуется соответствующими гарантиями, предусмотренными указанным Законом и другими актами законодательства Республики Беларусь.

Таким образом, депутат местного Совета, осуществляющий свои полномочия на профессиональной основе – это председатель соответствующего местного Совета депутатов, должностной статус которого соответствует такой категории государственного должностного лица как ***представитель власти*** (см. раздел 1.5.1).

1.5. Государственные служащие, лица, занимающие должности в государственных организациях, лица, занимающие должности в Вооруженных Силах Республики Беларусь, других войсках и воинских формированиях Республики Беларусь, относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к должностным лицам. Это лица, которые по своему статусу охватываются признаками должностного лица, определенными в ст. 1.3 КоАП или в ч. 4 ст. 4 УК.

Статья 1.3 КоАП (абз. 3) разъясняет: «должностное лицо – физическое лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции, а также государственный служащий, имеющий право в пределах своей компетенции отдавать распоряжения или приказы и принимать решения относительно лиц, не подчиненных ему по службе». Фактически в КоАП выделены лишь три категории должностных лиц:

лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию выполняющее организационно-распорядительные функции;

лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию выполняющее административно-хозяйственные функции;

государственный служащий, имеющий право в пределах своей компетенции отдавать распоряжения или приказы и принимать решения относительно лиц, не подчиненных ему по службе – представитель власти.

Представляется, что наиболее полно применительно к проблеме субъекта коррупционных правонарушений признаки должностного лица даны в ч. 4 ст. 4 УК:

«Под должностными лицами понимаются:

1) представители власти, то есть депутаты Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь, члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, депутаты местных Советов депутатов, а равно государственные служащие, имеющие право в пределах своей компетенции отдавать распоряжения или приказы и принимать решения относительно лиц, не подчиненных им по службе;

2) представители общественности, то есть лица, не находящиеся на государственной службе, но наделенные в установленном порядке полномочиями представителя власти при выполнении обязанностей по охране общественного порядка, борьбе с правонарушениями, по отправлению правосудия;

3) лица, постоянно или временно либо по специальному полномочию занимающие в учреждениях, организациях или на предприятиях (независимо от форм собственности), в Вооруженных Силах Республики Беларусь, других войсках и воинских формированиях Республики Беларусь должности, связанные с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных обязанностей, либо лица, уполномоченные в установленном порядке на совершение юридически значимых действий;

4) должностные лица иностранных государств, члены иностранных публичных собраний, должностные лица международных организаций, члены международных парламентских собраний, судьи и должностные лица международных судов».

Критерии определения должностного лица, сформулированные в ч. 4 ст. 4 УК, универсальны и относятся ко всем нормам УК, характеризующим должностное лицо в качестве специального субъекта преступлений (коррупционных в частности).

Можно выделить шесть категорий должностных лиц:

– представитель власти;

– представитель общественности;

– лицо, выполняющее организационно-распорядительные обязанности (функции);

– лицо, выполняющее административно-хозяйственные обязанности (функции);

– лицо, уполномоченное на совершение юридически значимых действий;

– должностные лица иностранного государства или международной организации.

Перечисленные должностные лица могут выполнять свои обязанности постоянно, временно или по специальному полномочию.

Под специальными полномочиями надо понимать функциональные полномочия, которыми наделено лицо в соответствии с законом, иным нормативным правовым актом, приказом или распоряжением вышестоящего должностного лица либо правомочным на то органом или должностным лицом.

Через представителей власти или общественности осуществляются функции государственной власти (законодательной, исполнительной, судебной) или властные полномочия органов местного управления и самоуправления. Должностные лица, выполняющие организационно-распорядительные, административно-хозяйственные обязанности или уполномоченные на совершение юридически значимых действий, осуществляют свои функции в учреждениях, организациях и на

предприятиях независимо от форм собственности (в этом принципиальное различие трактовок понятия должностного лица в уголовном праве Беларуси и Российской Федерации) либо в Вооруженных Силах, других войсках и воинских формированиях Республики Беларусь.

Следует учитывать, что полномочия, характеризующие должностное лицо, как правило, могут сочетаться, например, прокурор области, будучи представителем власти, наделен также организационно-распорядительными обязанностями в отношении подчиненных ему оперативных работников прокуратуры и одновременно может выполнять административно-хозяйственные функции по управлению имуществом прокуратуры.

О наличии или отсутствии признаков должностного лица следует судить не по названию должности, а по полномочиям, которыми обладает данный работник. Например, старший продавец торгового предприятия является должностным лицом лишь тогда, когда имеет подчиненных и при этом возглавляет отдел или секцию магазина. В остальных случаях название его должности свидетельствует только об уровне квалификации. Не является должностным лицом работник, осуществляющий техническое руководство производственным, учебным или иным процессом, например, стропальщик, отдающий крановщику команды о движении груза; учитель, поддерживающий дисциплину в классе; хирург, руководящий действиями ассистентов в ходе операции.

Для правильной констатации признаков должностного лица следует отграничивать управленческую деятельность работника от профессиональной. Например, учителя, преподаватели, доценты, профессора, проводя уроки, семинарские, практические или лабораторные занятия, читая лекции, проверяя контрольные работы, осуществляя научное руководство при написании курсовых и дипломных работ (проектов), выполняют исключительно профессиональные функции, предусмотренные методикой преподавания. Преподаватель приобретает статус должностного лица, будучи назначенным или избранным на должность, связанную с выполнением организационно-распорядительных или административно-хозяйственных обязанностей (заведующий кафедрой, заместитель декана, декан, проректор, ректор), либо при исполнении обязанностей члена приемной или государственной экзаменационной комиссии, когда помимо оценки знаний абитуриента или выпускника он участвует в принятии юридически значимого решения о зачислении лица в учебное заведение либо о присвоении квалификации выпускнику.

Закон не оговаривает минимальный возраст должностного лица. Это не означает, что несовершеннолетние должны признаваться должностными лицами. Функции должностных лиц, перечисленные в ч. 4 ст. 4 УК, могут выполнять лишь лица, обладающие определенными знаниями, жизненным опытом, соответствующим образованием, поэтому представляется неверным относить к числу должностных лиц несовершеннолетних и привлекать их к ответственности за коррупционные правонарушения.

Таким образом, при сопоставлении круга субъектов коррупционных правонарушений, определенных в ст. 3 Закона о борьбе с коррупцией, с видами должностных лиц, названных в ч. 4 ст. 4 УК, мы обнаруживаем следующее.

Представитель власти всегда относится к государственным должностным лицам;

представитель общественности относится к лицам, приравненные к государственным должностным лицам;

лицо, выполняющее организационно-распорядительные обязанности (функции), может быть как государственным должностным лицом, так и лицом, приравненным к государственным должностным лицам;

лицо, выполняющее административно-хозяйственные обязанности (функции), может быть как государственным должностным лицом, так и лицом, приравненным к государственным должностным лицам;

лицо, уполномоченное на совершение юридически значимых действий, может быть как государственным должностным лицом, так и лицом, приравненным к государственным должностным лицам;

Должностные лица иностранного государства или международной организации образуют самостоятельную группу субъектов коррупционных правонарушений.

1.5.1. Представители власти — это, прежде всего, представители законодательной власти (депутаты Палаты представителей и члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь), депутаты местных Советов депутатов.

Далее закон содержит общее определение представителей власти. К ним относятся лица, находящиеся на государственной службе, имеющие право в пределах своей компетенции отдавать распоряжения или приказы и принимать решения относительно лиц, не подчиненных им по службе.

При принятии УК в 1999 г. понятие «государственные служащие» в п. 1 ч. 4 ст. 4 использовалось специально как собирательное, потому что было шире понятия «служащие государственного аппарата», статус которых определялся ныне утратившим силу Законом Республики Беларусь от 23 ноября 1993 г. «Об основах службы в государственном аппарате»[358].

Однако Закон Республики Беларусь от 14 июня 2003 г. № 204-З (в ред. от 2 июня 2009 г.) «О государственной службе в Республике Беларусь» дал узкую трактовку понятия «государственные служащие»[359].

В пункте 3 ст. 7 Закона сказано, что «действие настоящего Закона не распространяется на военнослужащих, лиц начальствующего и рядового состава органов внутренних дел, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям, органов финансовых расследований Комитета государственного контроля Республики Беларусь, если иное не предусмотрено

[358] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. – № 32. – Ст. 416.
[359] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2003. – № 70. – 2/953.

законодательными актами». Возникла рассогласованность между текстом УК, рядом иных актов законодательства и упомянутым Законом. Так, например, из смысла ст. 25 Закона Республики Беларусь от 17 июля 2007 г. № 263-З (в ред. от 16 июля 2008 г.) «Об органах внутренних дел Республики Беларусь» следует, что сотрудники органов внутренних дел фактически обладают правомочиями представителя власти[360].

Представляется, что до внесения изменений в УК (которые необходимы) историческое и систематическое толкования дают нам основания по-прежнему широко трактовать слова «государственные служащие» — это все лица, находящиеся на службе у государства. По такому пути пошел и Пленум Верховного Суда Республики Беларусь в постановлении от 16 декабря 2004 г. № 12 (в ред. от 24 сентября 2009 г.), указав в пункте 3, что «представителями власти являются также лица, состоящие на государственной службе, которые в пределах возложенных на них полномочий на осуществление властных функций вправе отдавать распоряжения или приказы либо принимать решения относительно не подчиненных им по службе лиц».

Таким образом, специфическими признаками представителя власти являются:

а) нахождение лица на службе у государства;

б) наделение его властными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в непосредственной служебной подчиненности.

Представители власти вправе предъявлять требования и принимать решения, обязательные для исполнения гражданами, а равно учреждениями, организациями или предприятиями независимо от их ведомственной принадлежности, подчиненности и форм собственности. Многие представители власти даже не имеют подчиненных по службе, но обладают властными полномочиями в отношении неопределенно широкого круга лиц. К представителям власти, в частности, относятся судьи, прокуроры и их помощники, следователи, сотрудники органов внутренних дел, оперативные работники органов государственной безопасности, таможенных органов, органов финансовых расследований, государственные инспекторы и контролеры.

В пункте 3 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 16 декабря 2004 г. № 12 (в ред. от 24 сентября 2009 г.) сказано, что «к представителям власти могут быть отнесены работники правоохранительных органов, работники органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям, судебные исполнители, военнослужащие пограничной службы (при непосредственном выполнении обязанностей по охране Государственной границы), военнослужащие внутренних войск (при непосредственном выполнении обязанностей по охране общественного порядка, конвоированию и охране исправительных учреждений), сотрудники

[360] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2007. – № 173. – 2/1360.

государственных органов, осуществляющие контрольные и надзорные функции, и др.».

1.5.2. Лица, занимающие должности, связанные с выполнением организационно-распорядительных обязанностей (функций), осуществляют руководство деятельностью организаций, их подразделений, отдельных подчиненных им лиц. Они организуют работу, несут ответственность за функционирование организации в целом или ее отдельных подразделений и участков. Это лица, как правило, имеющие хотя бы одного подчиненного им работника. К должностным лицам данной категории относятся руководители министерств и ведомств, учреждений, организаций, предприятий и их заместители, руководители структурных подразделений (начальники управлений, отделов, цехов, заведующие кафедрами, лабораториями, секциями и т.п.) и их заместители, руководители участков работ (мастера, прорабы, бригадиры, звеньевые).

В пункте 6 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 16 декабря 2004 г. № 12 (в ред. от 24 сентября 2009 г.) сказано, что «к занимающим должности, связанные с выполнением организационно-распорядительных обязанностей, необходимо относить лиц, осуществляющих руководство деятельностью учреждения, организации или предприятия, их структурных подразделений, расстановку и подбор кадров, организацию труда или службы работников, поддержание дисциплины, применение мер поощрения и наложение дисциплинарных взысканий и т.п.».

1.5.3. Лица, занимающие должности, связанные с выполнением административно-хозяйственных обязанностей (функций), осуществляют полномочия, связанные с распоряжением материальными ценностями и денежными средствами. Они организуют учет и контроль, порядок хранения, отпуск и реализацию материальных ценностей. Это лица, имеющие право на самостоятельное распоряжение имуществом или контролирующие его движение. К ним, в частности, относятся начальники планово-хозяйственных, снабженческих, финансовых отделов и служб, их заместители, главные (старшие) бухгалтеры и их заместители, ведомственные контролеры и ревизоры, заведующие хранилищами или складами. Наличие подчиненных при осуществлении названных функций не обязательно. Например, на небольшом предприятии старший бухгалтер может не иметь в подчинении рядовых бухгалтеров, но он является должностным лицом, т.к. отвечает за учет и контроль на предприятии, принимает решения, связанные с распоряжением материальными ценностями. Наоборот, рядовой бухгалтер крупного предприятия может выполнять исключительно технические обязанности по ведению документации учета и контроля движения имущества и в этом случае он должностным лицом не является.

«Занимающими должности, связанные с выполнением административно-хозяйственных обязанностей, следует признавать, в частности, лиц, осуществляющих полномочия по управлению и распоряжению имуществом и денежными средствами, а также организацию учета и контроля за отпуском и реализацией материальных ценностей» (п. 7 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 16 декабря 2004 г. № 12 (в ред. от 24 сентября 2009 г.).

В качестве критерия отнесения работника к должностному лицу не может выступать исключительно факт возложения на него полной материальной ответственности: не всякое материально ответственное лицо является должностным. Необходимо, чтобы наряду с обязанностями по непосредственному хранению имущества материально ответственное лицо выполняло также функции по управлению или распоряжению им (организация доставки имущества, распределение материальных ценностей и т.п.).

1.5.4. Лица, уполномоченные в установленном порядке на совершение юридически значимых действий, — это лица, которым предоставлено право от имени учреждения, организации или предприятия совершать действия, влекущие правовые последствия, т.е. действия, порождающие, изменяющие или прекращающие определенные правоотношения. Важен публично-правовой характер самих действий, влекущих указанные последствия. Поэтому не являются должностными лицами граждане, заключающие, например, сделки или совершающие иные действия от собственного имени. На этом основании не могут признаваться должностными лицами индивидуальные предприниматели, в том числе и когда они от собственного имени заключают трудовые договоры с наемными работниками.

Важное значение для понимания признаков этой категории должностных лиц имеет Заключение Конституционного Суда Республики Беларусь от 12 ноября 2001 г. № З-129/2001 «О соответствии Конституции положения п. 3 ч. 4 ст. 4 Уголовного кодекса Республики Беларусь и основанной на нем практики применения понятия должностного лица по признаку совершения юридически значимых действий»[361].

В Заключении констатируется, что лица, уполномоченные в установленном порядке на совершение юридически значимых действий, по смыслу уголовного закона - это лица, постоянно или временно занимающие в организациях (независимо от форм собственности) должности либо выполняющие возложенные на них обязанности по специальному полномочию и совершающие такие действия, в результате которых наступают или могут наступить юридически значимые последствия в виде возникновения, изменения или прекращения правоотношений, субъектами которых являются иные лица.

---

[361] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2001. – № 108. – 6/305.

На основе такого подхода в пункте 8 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 16 декабря 2004 г. № 12 (в ред. от 24 сентября 2009 г.) сказано, что «лицами, уполномоченными в установленном порядке на совершение юридически значимых действий, являются работники, совершающие такие действия, в результате которых наступают или могут наступить юридически значимые последствия в виде возникновения, изменения или прекращения правоотношений, субъектами которых являются иные лица».

Из приведенных определений следует, что под юридически значимыми действиями понимаются действия, являющиеся юридическими фактами. Но всякие ли действия являются юридическими фактами, которые могут придавать лицу статус должностного?

Это действия, на совершение которых лицо постоянно или временно официально уполномочено соответствующей организацией независимо от форм собственности. Мы подчеркиваем, что полномочия исходят от государственного органа или юридического лица.

Должностными лицами данной категории могут быть лица, для которых выполнение публично-правовых (юридически значимых) действий является непосредственной профессиональной обязанностью (государственные или частные нотариусы), либо лица, выполняющие юридически значимые действия наряду с иными профессиональными обязанностями (напр., врач, выписывая листок о временной нетрудоспособности пациента, своими действиями порождает правоотношения, связанные с реализацией трудовых и социальных прав больного). Деятельность медицинских работников, преподавателей учебных заведений или иных специалистов приобретает управленческий (должностной) характер, когда на них в установленном порядке возлагается выполнение юридически значимых действий (напр., деятельность хирурга в связи с участием в составе призывной комиссии, доцента при включении его в состав государственной экзаменационной комиссии).

Следует обратить внимание на то, что в названном Заключении Конституционного Суда Республики Беларусь содержится указание на то, что «к лицам, уполномоченным на совершение юридически значимых действий, следует относить не только тех преподавателей, которые выполняют свои обязанности в качестве членов квалификационных или экзаменационных комиссий, …но и преподавателей, принимающих у студентов или учащихся курсовые экзамены либо зачеты».

Последнее утверждение представляется спорным, ибо оценка знаний учащихся на текущих курсовых экзаменах и зачетах (как объективная, так и необъективная) сама по себе не влечет возникновения, изменения или прекращения каких-либо правоотношений[362].

---

[362] См.: Шнитенков, А. Выполнение преподавателем профессиональных и должностных функций / А. Шнитенков // Уголовное право. – 2001. – № 4. – С. 69; Хомич, В.М. Взяточничество через призму уголовного закона и судебной практики / В.М. Хомич // Судовы веснік. – 2003. – №2. – С.51-52.; Барков А.

В анализируемой ситуации юридически значимыми признаются действия, которые, будучи юридическими фактами, прямо и непосредственно порождают, изменяют либо прекращают правоотношения. Непосредственность создания юридического результата – важный признак деяния рассматриваемого должностного лица.

Таким образом, под должностным лицом по признаку лица, уполномоченного на совершение юридически значимых действий, должно пониматься лицо, которое:

1) ***официально уполномочено***, т.е. наделено организацией (независимо от форм собственности) правом осуществлять действия, обладающие свойством юридического факта;

2) эти действия ***непосредственно*** порождают, изменяют или прекращают правоотношения;

3) эти правоотношения ***имеют публично-правовой характер***, затрагивают права и обязанности третьих физических или юридических лиц.

2. Лица, приравненные к государственным должностным лицам

В соответствии с абзацем 4 ст. 1 Закона о борьбе с коррупцией к кругу лиц, приравненных к государственным должностным лицам, относятся:

1) осуществляющие свои полномочия на непрофессиональной основе:

– члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь,

– депутаты местных Советов депутатов;

2) граждане, зарегистрированные в установленном законом порядке

– кандидатами в Президенты Республики Беларусь,

– кандидатами в депутаты Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь,

– кандидатами в члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь,

– кандидатами в депутаты местных Советов депутатов;

3) лица, постоянно или временно либо по специальному полномочию занимающие в негосударственных организациях должности:

– связанные с выполнением организационно-распорядительных функций,

– связанные с выполнением административно-хозяйственных функций;

– лица, уполномоченные в установленном порядке на совершение юридически значимых действий;

4) представители общественности при выполнении обязанностей по охране общественного порядка, борьбе с правонарушениями, отправлению правосудия;

Трактовка должностного лица по признаку совершения юридически значимых действий / А.В. Барков // Юстиция Беларуси. – 2008. – № 8. – С. 28-31.

5) не относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к должностным лицам

– государственные служащие,

– иные лица государственного органа либо иной государственной организации, не относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к государственным служащим, осуществляющие деятельность, связанную с непосредственным удовлетворением нужд, запросов и потребностей населения.

2.1. Члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, осуществляющие свои полномочия на непрофессиональной основе. В соответствии со ст. 6 Закона Республики Беларусь от 4 ноября 1998 г. № 196-З (в ред. от 15 июля 2008 г.) «О статусе депутата Палаты представителей, члена Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь» член Совета Республики осуществляет свои полномочия в Парламенте на профессиональной основе либо без отрыва от производственной или служебной деятельности. В последнем случае он освобождается от выполнения производственных или служебных обязанностей по месту основной работы на время осуществления им своих полномочий. При этом его права и обязанности, перечисленные в Законе, свидетельствуют, что его должностной статус соответствует такой категории должностного лица как ***представитель власти*** (см. раздел 1.5.1).

2.2. Депутаты местного Совета, осуществляющие свои полномочия на непрофессиональной основе. В ст. 5 Закона Республики Беларусь от 27 марта 1992 г. № 1547-XII (в ред. от 7 мая 2009 г.) «О статусе депутата местного Совета депутатов» сказано, что лишь председатель Совета осуществляет свои полномочия на профессиональной основе. Остальные депутаты Совета осуществляют свои полномочия без отрыва от трудовой (служебной) деятельности и пользуется соответствующими гарантиями, предусмотренными указанным Законом и другими актами законодательства Республики Беларусь. Должностной статус таких депутатов соответствует такой категории должностного лица как ***представитель власти*** (см. раздел 1.5.1).

2.3. Граждане, зарегистрированные в установленном законом порядке кандидатами в Президенты Республики Беларусь, кандидатами в депутаты Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь, кандидатами в члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, кандидатами в депутаты местных Советов депутатов.

Статус кандидата на вышеназванные должности представителей власти определяется Избирательным кодексом Республики Беларусь от 11 февраля 2000 г. № 370-З (в ред. от 6 октября 2006 г.)[363].

В соответствии со ст. 68 Избирательного кодекса этот статус возникает с момента их регистрации. Регистрация кандидатов в Президенты Республики Беларусь осуществляется Центральной избирательной комиссией, а кандидатов в депутаты - соответствующей окружной, территориальной избирательной комиссией. Центральная избирательная комиссия, окружная, территориальная избирательная комиссия в двухдневный срок после регистрации выдает кандидатам в Президенты Республики Беларусь или в депутаты соответствующие удостоверения. Статья 101 названного Кодекса указывает, что кандидаты в члены Совета Республики регистрируются Центральной избирательной комиссией. Зарегистрированным кандидатам в члены Совета Республики выдаются соответствующие удостоверения.

Прекращается статус кандидата в следующих ситуациях:

– при снятии гражданином своей кандидатуры. В соответствии со ст. 69 Избирательного кодекса кандидат в Президенты Республики Беларусь, в депутаты в любое время до дня выборов может снять свою кандидатуру, обратившись с заявлением об этом соответственно в Центральную избирательную комиссию, окружную, территориальную избирательную комиссию;

– при отмене решения о выдвижении кандидата в депутаты. В соответствии со ст. 70 Избирательного кодекса политическая партия, трудовой коллектив, выдвинувшие кандидата в депутаты, имеют право не позднее чем за три дня до дня выборов отменить свое решение о выдвижении кандидата в депутаты. О времени проведения заседания высшего органа политической партии, руководящего органа организационной структуры политической партии, собрания первичной организации политической партии, собрания (конференции) трудового коллектива об отмене решения по выдвижению кандидата в депутаты извещается кандидат в депутаты. Решение по этому вопросу принимается в порядке, предусмотренном для выдвижения кандидатов в депутаты, и немедленно представляется в соответствующую окружную, территориальную избирательную комиссию;

– при вступлении в должность Президента или регистрации гражданина в качестве избранного депутатом. Полномочия Президента начинаются с момента вступления в должность в соответствии со ст. 9 и 10 Закона Республики Беларусь от 21 февраля 1995 г. № 3602-XII (в ред. от 6 октября 2006 г.) «О Президенте Республики Беларусь». Президент вступает в должность после принесения Присяги. Статья 84 Избирательного кодекса указывает, что Центральная избирательная комиссия на основании поступивших протоколов окружных избирательных комиссий устанавливает итоги выборов депутатов по избирательным округам, регистрирует

[363] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2000. – № 25. – 2/145.

избранных депутатов Палаты представителей. Установление итогов выборов в местные Советы депутатов осуществляется территориальными избирательными комиссиями (ст. 91 Избирательного кодекса), которые подводят итоги выборов в соответствующий местный Совет депутатов и производят регистрацию депутатов, избранных по каждому избирательному округу. В соответствии со ст. 107 Избирательного кодекса Центральная избирательная комиссия на основании поступивших документов устанавливает итоги выборов членов Совета Республики от областей и города Минска и регистрирует избранных членов Совета Республики.

Особенности правового положения кандидатов в Президенты Республики Беларусь, в депутаты Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь, в члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, в депутаты местных Советов депутатов определяются ст. 77 Избирательного кодекса, в соответствии с которой после регистрации кандидаты в Президенты Республики Беларусь (кроме Президента Республики Беларусь, баллотирующегося на новый срок), кандидаты в депутаты Палаты представителей (кроме Председателя Палаты представителей) освобождаются от выполнения производственных или служебных обязанностей со дня регистрации до дня выборов без сохранения заработной платы. Основанием для такого освобождения является решение соответствующей избирательной комиссии о регистрации кандидатом и заявление кандидата нанимателю о предоставлении ему отпуска без сохранения заработной платы для участия в предвыборных мероприятиях. Кандидаты в депутаты местных Советов депутатов после их регистрации при необходимости по личному заявлению могут освобождаться от выполнения производственных или служебных обязанностей. Это означает, что если гражданин, зарегистрированный кандидатом, до этого обладал полномочиями какого либо должностного лица, то, будучи освобожденным от выполнения производственных или служебных обязанностей во время предвыборных мероприятий, он временно утрачивает эти полномочия.

Статья 73 Избирательного кодекса провозглашает равенство прав и обязанностей кандидатов в Президенты Республики Беларусь и в депутаты. Кандидат в Президенты Республики Беларусь, кандидат в депутаты не вправе использовать преимущества своего должностного положения в интересах избрания. Под использованием преимуществ должностного положения понимаются:

привлечение лиц, находящихся в подчинении или иной служебной зависимости, для осуществления в рабочее время деятельности, способствующей выдвижению и (или) избранию;

использование помещений, занимаемых государственными органами, организациями, для осуществления деятельности, способствующей выдвижению и (или) избранию, в случае, если иные кандидаты в Президенты, в депутаты, обратившиеся по такому же вопросу, не могут использовать эти помещения на аналогичных условиях;

использование телефонной и иных видов связи, оргтехники, предназначенных для обеспечения функционирования государственных органов, организаций, для осуществления деятельности, способствующей выдвижению и (или) избранию;

бесплатное или на льготных условиях использование транспортных средств, находящихся в государственной собственности, для осуществления деятельности, способствующей выдвижению и (или) избранию;

проведение сбора подписей избирателей, предвыборной агитации в ходе служебных командировок.

При нарушении названных требований Центральная избирательная комиссия, окружная, территориальная избирательная комиссия вправе отказать в регистрации кандидата или отменить решение о его регистрации.

Кандидаты в Президенты Республики Беларусь, в депутаты со времени их регистрации имеют равное право выступать на предвыборных и иных собраниях, совещаниях, заседаниях, в печати, по государственному радио, а кандидаты в Президенты Республики Беларусь, в депутаты Палаты представителей - и по государственному телевидению. Нарушение этого права может быть обжаловано в окружную, территориальную избирательную комиссию, в Центральную избирательную комиссию.

Государственные органы, общественные объединения, руководители организаций, органы территориального общественного самоуправления обязаны содействовать организации встреч кандидатов в Президенты Республики Беларусь, в депутаты с избирателями, а также обеспечивать предоставление необходимых им для проведения избирательной кампании справочных и информационных материалов, кроме материалов, пользование которыми ограничено законодательством Республики Беларусь.

Следует учитывать, что по действующему законодательству кандидаты в Президенты Республики Беларусь, в депутаты Палаты представителей Национального собрания Республики Беларусь, в члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, в депутаты местных Советов депутатов не обладают признаками какой либо категории должностного лица, названного в ст. 1.3 КоАП или в ч. 4 и 5 ст. 4 УК.

2.4. Лица, постоянно или временно либо по специальному полномочию занимающие в негосударственных организациях должности, связанные с выполнением организационно-распорядительных функций или связанные с выполнением административно-хозяйственных функций либо лица, уполномоченные в установленном порядке на совершение юридически значимых действий. В три названные категории должностных лиц входят лица, обладающие признаками, уже названными выше в разделах 1.5.2; 1.5.3 и 1.5.4. Отличие состоит лишь в том, что они осуществляют свои служебные функции в негосударственных коммерческих или некоммерческих организациях.

2.5. Представители общественности при выполнении обязанностей по охране общественного порядка, борьбе с правонарушениями, отправлению правосудия. Это относительно узкий круг должностных лиц, выполняющих функции, аналогичные функциям представителей власти, но, во-первых, не в связи с занятием должности на службе у государства и, во-вторых, в строго определенных сферах управленческой деятельности: при выполнении обязанностей по охране общественного порядка, борьбе с правонарушениями, отправлению правосудия. Как правило, функции представителя общественности выполняются временно или по специальному полномочию и могут быть не связаны с трудовой или служебной деятельностью лица. В п. 4 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 16 декабря 2004 г. № 12 (в ред. от 24 сентября 2009 г.) «О судебной практике по делам о преступлениях против интересов службы (ст.ст. 424-428 УК)» сказано, что «к таким лицам, в частности, относятся члены добровольной дружины, внештатные сотрудники правоохранительных органов, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям, участники объединений граждан, содействующих правоохранительным органам в охране правопорядка (Закон Республики Беларусь от 26 июня 2003 г. № 214-З «Об участии граждан в охране правопорядка»[364]), общественные инспекторы, народные заседатели».

Важно, чтобы соответствующие полномочия были предоставлены лицу официально в установленном порядке. См. Примерное положение о добровольной дружине и Типовое положение о порядке оформления и деятельности внештатных сотрудников правоохранительных органов, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям, пограничных войск Республики Беларусь, утв. постановлением Совета Министров Республики Беларусь 17 октября 2003 г. № 1354[365].

Если гражданин, проявляя собственную инициативу, пресекает нарушение общественного порядка, он в этот момент не приобретает статус должностного лица.

2.6. Лица, не относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к должностным лицам, но отнесенные Законом о борьбе с коррупцией к субъектам коррупционных правонарушений. Это:

– государственные служащие, не относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к должностным лицам;

– иные лица государственного органа либо иной государственной организации, не относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к государственным служащим, осуществляющие

[364] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2003. – № 74. – 2/963.
[365] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2003. – № 124. – 5/13324.

деятельность, связанную с непосредственным удовлетворением нужд, запросов и потребностей населения.

Названные категории лиц выступают в качестве субъектов коррупционных правонарушений в исключительных случаях, прямо предусмотренных законом.

2.6.1. Государственные служащие, не относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к должностным лицам, – это те государственные служащие, которые не обладают признаками, раскрытыми в разделе 1. Закон Республики Беларусь от 14 июня 2003 г. № 204-З (в ред. от 2 июня 2009 г.) «О государственной службе в Республике Беларусь» дал узкую трактовку понятия «государственный служащий».

Во-первых, он определил, что «государственным служащим является гражданин Республики Беларусь, занимающий в установленном законодательством порядке государственную должность, наделенный соответствующими полномочиями и выполняющий служебные обязанности за денежное вознаграждение из средств республиканского или местных бюджетов либо других предусмотренных законодательством источников финансирования» (ст. 5); во-вторых, в ст. 7 определил сферу государственной службы: действие Закона распространяется на лиц, которые в установленном законодательством порядке занимают государственные должности в: Палате представителей и Совете Республики Национального собрания Республики Беларусь и их секретариатах; Правительстве Республики Беларусь и его Аппарате; Конституционном Суде Республики Беларусь и его Секретариате, Верховном Суде Республики Беларусь, Высшем Хозяйственном Суде Республики Беларусь, иных общих и хозяйственных судах и их аппаратах; Администрации Президента Республики Беларусь, Государственном секретариате Совета Безопасности Республики Беларусь, Управлении делами Президента Республики Беларусь, Службе безопасности Президента Республики Беларусь, иных государственных органах, непосредственно обеспечивающих деятельность Президента Республики Беларусь; органах Комитета государственного контроля Республики Беларусь, органах Прокуратуры Республики Беларусь, Национальном банке Республики Беларусь, Центральной комиссии Республики Беларусь по выборам и проведению республиканских референдумов и ее аппарате; министерствах, иных республиканских органах государственного управления, их территориальных подразделениях; дипломатических представительствах, консульских учреждениях и миссиях Республики Беларусь; местных Советах депутатов и их аппаратах, исполнительных и распорядительных органах и их аппаратах; государственных нотариальных конторах; таможенных органах; иных государственных органах и приравненных к ним в соответствии с законодательством государственных организациях.

Действие Закона «О государственной службе в Республике Беларусь» не распространяется на военнослужащих, лиц начальствующего и рядового

состава органов внутренних дел, органов и подразделений по чрезвычайным ситуациям, органов финансовых расследований Комитета государственного контроля Республики Беларусь, если иное не предусмотрено законодательными актами.

2.6.2. Лица государственного органа либо иной государственной организации, не относящиеся в соответствии с законодательством Республики Беларусь к государственным служащим, осуществляющие деятельность, связанную с непосредственным удовлетворением нужд, запросов и потребностей населения. Это лица, которые обладают следующими признаками:

– не являются государственными должностными лицами;

– не являются приравненными к государственным должностным лицам;

– не являются государственными служащими;

– являются работниками государственного органа или государственной организации;

– осуществляют деятельность, связанную с непосредственным удовлетворением нужд, запросов и потребностей населения.

Государственный орган - образованная в соответствии с Конституцией Республики Беларусь, иными законодательными актами организация, осуществляющая государственно-властные полномочия в соответствующей сфере (области) государственной деятельности (ст. 3 Закона «О государственной службе в Республике Беларусь»).

Государственная организация – юридическое лицо, у которого доля государственной собственности в уставном фонде составляет не менее 50%. См. ст. 4 Закона Республики Беларусь от 19 января 1993 г. № 2103-XII (в ред. от 5 января 2008 г.) «О разгосударствлении и приватизации государственной собственности в Республике Беларусь»[366].

Деятельность, связанная с непосредственным удовлетворением нужд, запросов и потребностей населения, – это разнообразная деятельность по непосредственному оказанию коммунальных, бытовых, хозяйственных, торговых, транспортных, социальных, медицинских, культурных и других услуг гражданам.

3. Иностранные должностные лица

Иностранные должностные лица образуют особую группу субъектов коррупционных правонарушений. В соответствии с абзацем 5 ст. 1 Закона о борьбе с коррупцией к иностранным должностным лицам относятся:

– должностные лица иностранных государств,

– члены иностранных публичных собраний,

– должностные лица международных организаций,

– члены международных парламентских собраний,

---

[366] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. – № 7. – Ст.41.

– судьи и должностные лица международных судов;

Такие же должностные лица иностранного государства или международной организации перечислены в п. 4 ч. 4 ст. 4 УК.

Трактовка названных категорий субъектов коррупционных правонарушений должна осуществляться с учетом международно-правовых документов. Так, статья 2 Конвенция ООН «Против коррупции» определяет термины:

«b) «иностранное публичное должностное лицо» означает любое назначаемое или избираемое лицо, занимающее какую-либо должность в законодательном, исполнительном, административном или судебном органе иностранного государства, и любое лицо, выполняющее какую-либо публичную функцию для иностранного государства, в том числе для публичного ведомства или публичного предприятия;

c) «должностное лицо публичной международной организации» означает международного гражданского служащего или любое лицо, которое уполномочено такой организацией действовать от ее имени».

Очевидно, что предлагаемые толкования имеют весьма общий характер и в каждом конкретном случае предполагают детальную оценку статуса лица и, главное, наличие у него публичных полномочий.

Возникает вопрос о критериях, которыми следует руководствоваться при определении признаков таких должностных лиц. Либо это критерии, названные в п. 1–3 ч. 4 ст. 4, либо критерии, установленные национальным законодательством иностранного государства. Если критерии совпадают — проблема отсутствует (так, очевидно, что судьи являются должностными лицами). Сложнее, если по зарубежному законодательству лицо к должностным не относится. Например, по УК РФ к должностному лицу не относится лицо, «постоянно, временно либо по специальному полномочию выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные обязанности в коммерческой организации независимо от формы собственности, а также в некоммерческой организации, не являющейся государственным органом, органом местного самоуправления, государственным или муниципальным учреждением» (ч. 1 примечания к ст. 201 УК РФ). По нашему мнению, критерии УК Республики Беларусь должны применяться при условии, что деяние, специальным субъектом которого является представитель иностранного государства, совершено на территории Республики Беларусь.

Конвенция Совета Европы «Об уголовной ответственности за коррупцию» в подпункте «c» ст. 1 дает следующую рекомендацию: «в случае разбирательства, касающегося какого-либо публичного должностного лица другого государства, государство, осуществляющее преследование, может применять определение публичного должностного лица лишь в той степени, в какой это определение не противоречит его национальному праву».

4. Лица, осуществляющие подкуп государственных должностных или приравненных к ним лиц либо иностранных должностных лиц

Ответственность за подкуп государственных должностных или приравненных к ним лиц либо иностранных должностных лиц (дачу взятки, посредничество во взяточничестве или иные подобные коррупционные правонарушения) несут любые вменяемые физические лица, достигшие возраста, с которого наступают соответствующие виды ответственности.

В соответствии со ст. 23 Закона о борьбе с коррупцией физическое лицо, противоправно предоставившее государственному должностному или приравненному к нему лицу либо иностранному должностному лицу имущество или другую выгоду в виде услуги, покровительства, обещания преимущества для них или для третьих лиц, освобождается от ответственности, если имело место вымогательство со стороны государственного должностного или приравненного к нему лица либо иностранного должностного лица имущества или другой выгоды в виде услуги, покровительства, обещания преимущества для себя или для третьих лиц либо если физическое лицо после предоставления указанным лицам имущества или выгоды в виде услуги, покровительства, обещания преимущества для них или для третьих лиц добровольно заявило о содеянном.

5. Должностные лица, занимающие ответственное положение

Повышенную ответственность за коррупционные преступления несут должностные лица, занимающие ответственное положение. Совершение преступления таким лицом в случаях, предусмотренных законом, является квалифицирующим обстоятельство (ч. 3 ст. 424, ч. 3 ст. 425, ч. 3 ст. 426, ч. 3 ст. 430 УК). В части 5 ст. 4 УК дается исчерпывающий перечень таких государственных должностных лиц:

Президент Республики Беларусь, Председатель Палаты представителей и Председатель Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, Премьер-министр Республики Беларусь и их заместители; руководители государственных органов, непосредственно подчиненных или подотчетных Президенту, Парламенту, Правительству Республики Беларусь, и их заместители; руководители местных Советов депутатов, исполнительных и распорядительных органов и их заместители; судьи; прокуроры областей, города Минска, прокуроры районов (городов), межрайонные и приравненные к ним прокуроры и их заместители; начальники следственных подразделений, органов дознания и их заместители, следователи; руководители органов государственного контроля, внутренних дел, государственной безопасности, финансовых расследований, таможенных, налоговых органов и их заместители.

ПРАВОВЫЕ И ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ ПРОБЛЕМЫ СОЦИАЛЬНОЙ РЕАБИЛИТАЦИИ ОСУЖДЕННЫХ К ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ

Шабанов В.Б.
начальник уголовно-исполнительного факультета Академии МВД Республики Беларусь,
доктор юридических наук, профессор

Демократические изменения, происходящие в обществе, приводят к тому, что государство постепенно меняет свой облик, трансформируясь в правовое. В связи с этим реформируется и законодательство, в том числе, уголовно-исполнительное. Отражая качественно иной статус осужденного, оно гарантирует высокий уровень защищенности и обеспечения его прав.

Основным звеном, исполняющим наказание в виде лишения свободы, которое связано с наибольшими правоограничениями является исправительное учреждение.

Исправительные учреждения являются одним из государственных органов, осуществляющих борьбу с преступностью. Исполняя наказания в виде лишения свободы, ИУ завершают применение специальных мер государственного принуждения и осуществляют не только исправление осужденных, но и подготовку их к жизни в свободном обществе.

Актуальность социальной реабилитации осужденных в республике имеет значение первостепенной важности, т.к. иной подход несомненно приведет к росту противоправных действий освобожденных из мест лишения свободы.

Таким образом, исправительные учреждения непосредственно участвуют в реабилитации осужденных, которая в широком смысле, представляет собой не только восстановление осужденных в правах, но и оказание им существенной социальной помощи в трудовом и бытовом устройстве.

Задачами реабилитации, в этом смысле, являются предупреждение рецидивной преступности и проведение комплекса мероприятий, направленных на относительно быстрое адаптирование осужденных в условиях свободы.

Осужденный, прибывший в исправительное учреждение обнаруживает, как правило, признаки социальной дезадаптации (не умеет строить отношения с людьми, определять линию поведения в обществе, обеспечивать свои физические и духовные потребности, соблюдая общепринятые правовые и нравственные нормы.

Причины этого следует выявить и затем исправить те качества, которые способствовали дезадаптации.

Требования, которые предъявляются к осужденному ИУ направляются на формирование его правопослушного поведения.

Соблюдение режимных требований, посещение школы, трудовая занятость оценивалась прежде всего с точки зрения организации жизни и деятельности

мест лишения свободы и того, насколько осужденный «вписался» в эту структуру. Именно это определяет степень его исправления.

Задача, которую должно решать исправительное учреждение сегодня – попытаться исправить те личностные качества, которые мешают ему «прижиться» в правопослушном обществе, подготовить его таким образом, чтобы человек нашел в нем свое достойное место.

Это особенно актуально потому, что объективные условия воспитания в искусственно созданном замкнутом мире ИУ создают дополнительные условия для криминализации и среды обитания и их самих. В данной среде прежде всего искажены отношения собственности и спектр жизненных ценностей, которые создают свои нормы жизни.

Исправительные учреждения проводят организационную и практическую работу, направленную на подготовку осужденных к освобождению, их бытовому и трудовому устройству. Особое внимание уделяется общеобразовательному и профессионально-техническому обучению осужденных.

Регулярными являются занятия по основам правовых и этических знаний, задачами которых являются разъяснения норм уголовного, гражданского, семейного, уголовно-исполнительного права, а также нравственных норм поведения в семье, в трудовом коллективе и т.д. С этой целью составляются тематические планы, которые включают круг вопросов, имеющих высокую значимость в вопросах реабилитации личности. К проведению таких занятий привлекаются наиболее опытные сотрудники, обладающие необходимыми профессиональными навыками и эрудицией.

Учебно-воспитательной работе принадлежит особая роль. Эта роль находит свое подтверждение в минимальных стандартных правилах обращения с осужденными, действующих законодательных актах и т.д. Во всех этих документах обучение лиц, осужденных к лишению свободы рассматривается как одно из основных средств их исправления, подготовки к жизни на свободе.

Руководители исправительных учреждений республики ориентированы на всемерное проведение и укрепление социально-полезных связей осужденных. В силу этого лицам, лишенным свободы предоставляются свидания с родственниками и иными лицами, разрешена переписка без ограничений. Кроме этого сотрудники исправительных учреждений оказывают действенную помощь осужденным по розыску их близких родственников, документов и удостоверений, имеющих значение для реабилитации.

Большую помощь в подготовке осужденных к освобождению оказывают православные священники.

Заслуживает вниманию тот факт, что в исправительных учреждениях ведется, и довольно успешно, работа по социальной реабилитации осужденных с низким неформальным положением. Акцент в работе с данной категорией осужденных необходим потому, что именно они после освобождения, считая общество виновным в их таком положении, включают компенсаторный

механизм и совершают особо тяжкие преступления. Агрессия этих людей, как правило, немотивированна.

На основании применения психологических приемов удалось сформировать мнение у правонарушителей о создании нормальных условий для жизни любому осужденному независимо от цвета кожи, языка, религиозных, политических убеждений, национального и социального происхождения, имущественного положения, а тем более от его неформального статуса в местах лишения свободы.

Одной из обязанностей исправительных учреждений, в сфере организации работы по реабилитации лиц лишенных свободы, является проведение мероприятий по подготовке их к освобождению. В этих целях организуется деятельность во взаимодействии не только с различными службами учреждений, но и территориальными органами внутренних дел, местными исполнительными и распорядительными органами, органами здравоохранения, различными предприятиями и учреждениями. Кроме этого видится перспективность развития данного направления, т.к. Уголовно-исполнительный кодекс Республики Беларусь предусматривает создание специального подразделения в составе исправительного учреждения, в обязанности которого будет вменяться организация подготовки осужденных к освобождению.

Реабилитация осужденных проходит в два этапа:

1. подготовительная работа администрации исправительного учреждения;

2. работа государственных учреждений и иных организаций.

В ходе реализации этих этапов должны решаться, как минимум, две взаимосвязанные задачи:

1. относительно быстрая социализация лиц, отбывающих наказание.

2. недопущения с их стороны противоправных действий.

В связи с этим данная проблема имеет явно выраженное государственное значение, т.е. от системы принимаемых в этом направлении мер зависит предупреждение рецидивной преступности.

Процесс социальной реабилитации личности достаточно сложен, поскольку влечет за собой изменения ее социально-ролевого статуса, а это в свою очередь влияет на изменения системы установок и привычек, а также ценностно-нормативной сферы освобожденных из мест лишения свободы.

Сложность социальной реабилитации осужденных кроется в причинах психолого-педагогического характера, а именно:

– период отбывания наказания подчиняется строго регламентированному порядку, в связи с чем лица, освобожденные из ИУ утрачивают способность выполнять многие функции, такие как забота о питании, одежде, распределение личного времени и т.д. Поэтому у таких людей притупляются адаптивные способности и они после освобождения, в большинстве своем не способны преодолевать, встречающиеся на их пути, трудности;

– общество, что достаточно логично, ожидает от освобожденных оптимистического настроения, что не всегда так. Нередко для них более характерно состояние ожидания, тревоги, вызываемых неуверенностью в

будущем. Такое отрицательное психологическое состояние крайне негативно влияет на поведение лиц после их освобождения;

– трудности социальной реабилитации сводятся еще к тому, что после освобождения сфера общения осужденных расширяется, а это требует от них определенных социальных позиций. Как показывает практика, к этому освобожденные нередко психологически бывают не готовы. Это приводит к психологическому противоречию между степенью готовности лица к выполнению различных ролей и социальным ожиданием. Следовательно, как такие лица адаптируются к условиям свободы будет зависеть во многом от социального окружения, в котором они окажутся после освобождения;

– важно также учитывать и субъективный фактор: после отбывания наказания из мест лишения свободы освобождаются лица разные по степени педагогической запущенности, возрасту, состоянию здоровья и т.д. Для каждой из этих категорий процесс адаптации проходит по-разному. В основном проблему составляет социальная реабилитация осужденных, отбывавших сроки лишения свободы, потерявших социально-полезные связи. Они испытывают трудности в трудовом и бытовом устройстве. В отношении данной категории лиц требуется более активная позитивная позиция со стороны государственных органов, общественных и религиозных организаций.

При проведении реабилитационной работы следует опираться на психологические службы. В их компетенцию входит изучение индивидуальных особенностей осужденных, выявление причин их социальной адаптации и выработка рекомендаций для соответствующих служб по коррекции, имеющихся нарушений.

Психологическая службы обеспечивает три основных направления:

1. Психолого-диагностическое (описание состояния объекта) – постановка психологического диагноза, описание индивидуальных особенностей, выявление осужденных, составляющих группу риска и оказание психологической помощи.

2. Коррекционное (направление воздействия).

3. Консультативное – заключается в оказании консультативной помощи.

Действующее законодательство содержит ряд норм, регулирующих порядок, в той или иной степени, облегчения реадаптации осужденных после освобождения. Это и предоставление права осужденным к лишению свободы передвижения без конвоя или сопровождения, перевод в исправительные колонии–поселения, замена неотбытой части наказания более мягким, в конечном счете условно-досрочное освобождение. Но в результате изменений в общественной жизни общества и государства, этих мер явно не достаточно. Необходим многоступенчатый перманентный комплекс мероприятий по социальной реабилитации осужденных со стороны многих государственных структур и общественных организаций.

В настоящее время Уголовно-исполнительный кодекс предусматривает положение, создающее условия содержания, в период подготовки к освобождению, которые расширяют возможные контакты осужденных с

родственниками и иными лицами, позволяющие решать важные вопросы бытового и трудового устройства.

Таким образом эффективность процесса социальной реабилитации лиц, освобождающихся из исправительных учреждений зависит от взаимосвязанных между собой объективных и субъективных факторов, которые зависят:

– во-первых, от того насколько само пребывание в местах лишения свободы и применения к нему мер воспитательного воздействия вносит позитивные социальные изменения;

– во-вторых, от его готовности к жизни, практически в новых социальных условиях;

– в-третьих, от четкой целенаправленности работы государственных органов и общественных организаций в области бытового и трудового устройства таких лиц;

– в четвертых осуществлению контроля за их поведением и трудовой деятельностью.

Раздел 3. *Проблемы уголовного процесса и прокурорского надзора*

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ СОВРЕМЕННОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

А.И. Швед
начальник юридического управления Государственного секретариата Республики Беларусь,
кандидат юридических наук

Как известно с момента введения в действие Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь 1999 года[367] (далее – УПК) в него неоднократно вносились изменения и дополнения. Процесс нормотворчества применительно к УПК обусловлен различными факторами: приведением норм закона в соответствие с иными актами законодательства, необходимостью его совершенствования в связи с особенностями правоприменительной практики и т.д. Очевидно, что и в дальнейшем УПК будет подвержен изменениям и дополнениям.

Не касаясь вопроса об обоснованности и целесообразности внесения законодателем некоторых изменений и дополнений в УПК, представляется интересной в плане обсуждения особенностей (сложностей) правоприменительной практики при принятии процессуального решения о возбуждении уголовного дела некоторые новеллы в законодательстве, регулирующем деятельность органов уголовного преследования на стадии возбуждения уголовного дела.

Общеизвестно, что стадия возбуждения уголовного дела прошла достаточно длительную эволюцию от ее отвержения к признанию и правовому закреплению самостоятельности. Стремительно меняющиеся с каждым годом условия борьбы с преступностью требуют принятия незамедлительных адекватных мер, направленных в том числе на совершенствование процессуальной деятельности при рассмотрении и разрешении заявлений и сообщений о преступлениях. Одна из таких возможных мер – расширение перечня процессуальных действий, разрешенных законом до возбуждения уголовного дела.

Вместе с тем, совершенствование УПК в этом направлении возможно только на основе серьезных и обоснованных предложений, с учетом многих объективных аспектов. Развитие процессуальной формы должно происходить

---

[367] НРПА: 2000 г., № 77-78, 2/71; 2000 г., № 47, 2/152; 2003 г., № 8, 2/922; 2003 г., № 80, 2/969; 2003 г., № 83, 2/974; 2005 г., № 74, 2/1112; 2005 г., № 121, 2/1137; 2005 г., № 175, 2/1144; 2006 г., № 1, 2/1168; 2006 г., № 6, 2/1179; 2006 г., № 9, 2/1192; 2006 г., № 92, 2/1219; 2006 г., № 111, 2/1242; 2007 г., № 4, 2/1292; 2007 г., № 146, 2/1331; 2007 г., № 170, 2/1348; 2007 г., № 264, 2/1378; 2007 г., № 291, 2/1385; 2008 г., № 1, 2/1387; 2008 г., № 1, 2/1394; 2008 г., № 6, 2/1405; 2008 г., № 14, 2/1412; 2008 г., № 14, 2/1414; 2008 г., № 184, 2/1508; 2008 г., № 277, 2/1547.

без каких-либо радикальных изменений, постепенно, на основе серьезных научных исследований, а также с учетом потребностей практики и общественных интересов. Единство формы уголовного процесса, по определению известного процессуалиста Р.Д. Рахунова, не будет поколеблено, если дифференцировано применять отдельные правила судопроизводства[368].

Анализ норм УПК, регулирующих деятельность на стадии возбуждения уголовного дела, указывает на то, что законодатель уже несколько десятилетий, в целом достаточно взвешенно, а также с учетом многих аспектов, идет по пути совершенствования стадии возбуждения уголовного дела, в том числе – расширения перечня процессуальных действий.

Если в УПК 1960 г. стадии возбуждения уголовного дела была посвящена только одна глава (9), содержащая в себе 10 статей, то в действующем УПК возбуждение уголовного дела регламентировано тремя главами: гл. 20 "Поводы и основания к возбуждению уголовного дела", гл. 21 "Порядок возбуждения уголовного дела" и гл. 49 «Производство по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц», состоящими из 18 статей.

В частности, Законом Республики Беларусь от 30.12.2006 № 198-З «О внесении изменений и дополнений в некоторые законы Республики Беларусь по вопросу уголовного преследования отдельных категорий лиц и иным вопросам уголовного процесса»[369] УПК существенно дополнен рядом норм, в том числе отдельной гл. 49 «Производство по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц», регламентирующих процессуальный порядок возбуждения уголовных дел и уголовного преследования лиц, должности которых включены в кадровый реестр Главы государства Республики Беларусь, депутатов Палаты представителей, членов Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, депутатов областного, Минского городского, районного, городского, поселкового, сельского Советов депутатов, судей, народных заседателей в период исполнения ими своих обязанностей в суде и прокурорских работников.

Законом Республики Беларусь от 20.12.2007 № 297-З «О внесении изменений и дополнений в Уголовный и Уголовно-процессуальный кодексы Республики Беларусь»[370] ч. 2 ст. 173 УПК дополнена нормой, в соответствии с которой до возбуждения уголовного дела разрешено производить осмотр не только места происшествия, но и трупа, местности. О необходимости дополнения закона данной нормой ранее уже указывалось в литературе[371]. При этом обосновывалась также необходимость производства иных процессуальных действий. В частности, следственного эксперимента.

В соответствии с ч. 1 ст. 207 УПК следователь, дознаватель вправе провести следственный эксперимент в целях проверки и уточнения данных,

---

[368] Рахунов, Р.Д. Дифференциация уголовно-процессуальной формы по делам о малозначительных преступлениях // Сов. государство и право. 1975. – № 2. – С.83-91.

[369] НРПА, 2007, № 4, 2/1292.

[370] НРПА, 2008, № 1, 2/1394.

[371] См. напр.: Швед, А.И. Актуальные вопросы возбуждения уголовного дела в Республике Беларусь / Минск: Харвест, 2007. – С.69.

имеющих значение для уголовного дела, путем воспроизведения действий, обстановки или иных обстоятельств определенного события. При этом проверяется возможность восприятия каких-либо фактов, совершения определенных действий, наступления какого-либо события, а также выявляется последовательность произошедшего события и механизм образования следов.

Очевидно, что события, факты или определенные действия могут и часто содержатся на доследственном этапе и в фактических данных, указывающих на признаки преступления, что особенно актуально в правоприменительной практике для решения вопроса о возбуждении уголовного дела по фактам дорожно-транспортных происшествий (ДТП).

Основные данные, которые используют эксперты при производстве судебных автотехнических экспертиз, содержатся в протоколах осмотров места происшествия и автотранспортных средств: состояние дорожного покрытия, длина тормозного пути автотранспортного средства, механические повреждения автомобиля, время суток, взаимное расположение автотранспортных средств и т.д.

Однако в практике часто бывают случаи, когда безотлагательный осмотр места ДТП невозможен в силу объективных причин: лицо, совершившее ДТП, скрылось; резко изменились погодные условия; не сразу удалось установить очевидцев и т.д. В этих случаях восполнить недостающие исходные данные, которые могут быть положены в основу судебной автотехнической экспертизы, возможно лишь посредством производства в дальнейшем следственного эксперимента. Он проводится, как правило, в целях установления (реконструкции) ДТП в целом и его отдельных фрагментов (например, воспроизведения показаний водителя и т.д.); исследования действий участников ДТП и проверки доказательственной информации об этих действиях (изучение возможности наблюдения и т.д.); установления или уточнения технического состояния автотранспортного средства, характеристик дорожных условий, среды движения. Нередко только с использованием данных, содержащихся в результатах следственного эксперимента, представляется возможным установить признаки преступления. В связи с этим органы уголовного преследования вынуждены в некоторых случаях фактически лишь для производства следственного эксперимента в целях выполнения судебной автотехнической экспертизы возбуждать уголовные дела. Сложившаяся практика ведет к напрасной трате сил и средств. Такое положение дел требует изменения.

Президентом Республики Беларусь 18 апреля 2009 года принят Декрет № 3 «О некоторых мерах по усилению борьбы с коррупцией»[372] (далее – Декрет № 3), которым установлены особенности предварительного следствия по уголовным делам о некоторых преступлениях против интересов службы. Декрет №3 вступил в силу со дня его подписания и является временным. Положение п. 1 Декрета № 3 действует до вступления в силу закона о внесении соответствующих изменений в УПК. Очевидно, что временное регулирование

[372] НРПА, 2009 г., № 106, 1/10652

деятельности органов, ведущих уголовный процесс, нормами Декрета само по себе является новеллой в законодательстве. О причинах столь радикального решения можно лишь предполагать, но вероятно они были весьма вескими. Вместе с тем применительно к институту возбуждения уголовного дела относительно указанной новеллы полагаем возможным отметить следующее.

В соответствии с п. 1 Декрета № 3 по уголовным делам о преступлениях, предусмотренных статьями 424-433 и 455 Уголовного кодекса Республики Беларусь, независимо от должности, занимаемой подозреваемым (обвиняемым), предварительное следствие проводится тем органом, **который возбудил уголовное дело.**

Представляется, что данная норма Декрета № 3 достаточно ясно указывает на то, что общий порядок возбуждения уголовного дела, установленный УПК, не меняется. При наличии поводов и оснований, предусмотренных статьями 166 и 167 УПК, орган дознания, следователь, прокурор вправе в порядке, установленном статьей 175 УПК, вынести постановление о возбуждении уголовного дела о преступлении вышеуказанной категории. Однако проводить предварительное следствие по таким уголовным делам имеют право не только следователи прокуратуры (прокуроры), но и следователи органов внутренних дел, государственной безопасности и финансовых расследований.

Таким образом, п. 1 Декрета № 3 фактически определил новые особенности подследственности, нежели это установлено ч. 1 ст. 182 УПК. В этой связи представляется обоснованным уточнение нескольких вопросов, так как в правоприменительной практике могут возникнуть сложности с толкованием указанной нормы Декрета № 3 и соотношением ее с некоторыми нормами УПК.

Во-первых, возникает вопрос о том, могут ли органы уголовного преследования принять решение о передаче заявления, сообщения о преступлении, указанном в п. 1 Декрета № 3, по подследственности, т.е. в органы прокуратуры, что предусмотрено п. 3 ч. 1 ст. 174 УПК. Либо они обязаны сами в каждом конкретном случае проводить проверку и принимать по ее результатам процессуальное решение, в том числе выносить постановление о возбуждении уголовного дела.

Во-вторых, есть сомнение в том, вправе ли орган уголовного преследования передать по подследственности, установленной ч. 1 ст. 182 УПК, уголовные дела о преступлениях, указанных в п. 1 Декрета № 3, в случае их возбуждения следователями (дознавателями) органов внутренних дел, государственной безопасности и финансовых расследований.

Вероятность возникновения в правоприменительной практике указанных вопросов и разночтений актов законодательства достаточно велика.

Например, это может быть связано с тем, что в некоторых случаях прокуроры при буквальном прочтении нормы, установленной п. 1 Декрета № 3, могут отказать в принятии к производству следователями органов прокуратуры уголовных дел о преступлениях, предусмотренных статьями 424-433 и 455 Уголовного кодекса Республики Беларусь, и возбужденных после 18 апреля

2009 года следователями органов внутренних дел, государственной безопасности и финансовых расследований. Фактически на том основании, что, по их мнению, эти уголовные дела должны расследоваться тем органом, **который возбудил такие уголовные дела**.

Следуя указанной логике понимания норм Декрета № 3 нельзя исключать и возможность принятия прокурорами решений о возвращении материалов проверок также с аналогичным обоснованием необходимости принятия процессуального решения по ним именно тем органом уголовного преследования, который направил эти материалы по подследственности.

В случае возникновения указанных возможных моделей поведения прокуроров в связи с принятием Декрета № 3 они представляются сомнительными. Основу данного суждения составляет то, что Декрет № 3 принят в целях реализации конкретной задачи – усиления борьбы с коррупцией. Представляется, что он никоим образом не меняет установленный УПК порядок возбуждения и предварительного расследования уголовных дел, в том числе обязательность предварительного расследования, установленную ст. 181 УПК, до тех пор, пока в УПК не будут внесены соответствующие изменения и дополнения.

Фактически Декрет № 3 наделил органы внутренних дел, государственной безопасности и финансовых расследований временным **правом** самим возбуждать и расследовать уголовные дела коррупционной направленности, когда это одним из указанных органов в силу конкретных объективных обстоятельств будет признано необходимым.

В этой связи нет убедительных предпосылок к тому, что принятие Декрета № 3 существенно повлияет на сложившуюся правоприменительную практику возбуждения и расследования уголовных дел коррупционной направленности. С учетом подследственности большую часть этих дел возбуждают и расследуют следователи органов прокуратуры и прокуроры. Статистика за 5 месяцев текущего года, в том числе в отдельности за май 2009 года, каких-либо изменений в подходах к борьбе с коррупцией и результатах следственной работы не показала. Как и за 5 месяцев 2008 года более половины уголовных дел этой категории (787) в аналогичном периоде 2009 года (589) расследовано органами прокуратуры. Уголовных дел, расследованных следователями органов внутренних дел, в указанный период прошлого года было направлено в суд 383 (за 5 месяцев 2009 года – 322), расследованных следователями органов финансовых расследований 51 (за 5 месяцев 2009 года – 55).

Кроме того, имеются и некоторые иные объективные факторы, не позволяющие без принятия организационно-штатных мер изменить подходы к вопросу подследственности. Их достаточно много. Но представляется необходимым кратко обратить внимание на один из этих факторов.

Например, в органах внутренних дел, где расследуется более 70 процентов всех уголовных дел, следователи имеют самую большую нагрузку по находящимся в их производстве уголовным делам (по некоторым оценкам – в несколько раз превышающую научно обоснованные допустимые нормы).

Решение об еще большем увеличении нагрузки следователей без принятия организационно-штатных за счет уголовных дел коррупционной направленности, представляющих, как правило, определенную сложность в собирании доказательств и требующих высокого уровня образования и подготовки со стороны следователей, может лишь ухудшить ситуацию с качеством предварительного следствия и обеспечением законности.

Следует также отметить, что изменение в подходах к организации предварительного расследования уголовных дел коррупционной направленности не может изменить закрепленный в УПК порядок производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц. В частности, это касается производства по уголовным делам в отношении отдельных категорий лиц.

В соответствии со статьей 468-2 УПК решение о возбуждении уголовного дела может быть принято в отношении: лица, должность которого включена в кадровый реестр Главы государства Республики Беларусь – Генеральным прокурором Республики Беларусь или лицом, исполняющим его обязанности, с предварительного согласия Президента Республики Беларусь; депутата Палаты представителей, члена Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь – Генеральным прокурором Республики Беларусь или лицом, исполняющим его обязанности, с предварительного согласия соответствующей палаты Национального собрания Республики Беларусь (если депутат занимает должность, входящую в кадровый реестр Главы государства Республики Беларусь, – с предварительного согласия Президента Республики Беларусь); депутата областного, Минского городского Совета депутатов – прокурором соответственно района, города и приравненным к нему прокурором или вышестоящим прокурором; судьи – Генеральным прокурором Республики Беларусь или лицом, исполняющим его обязанности, с предварительного согласия лица, назначившего судью (государственного органа, избравшего его); народного заседателя – прокурором с предварительного согласия должностного лица (органа), утвердившего списки заседателей; прокурорского работника – Генеральным прокурором Республики Беларусь или лицом, исполняющим его обязанности (если должность прокурорского работника входит в кадровый реестр Главы государства Республики Беларусь – с предварительного согласия Президента Республики Беларусь).

Перечни высших государственных должностей Республики Беларусь и должностей руководящих работников государственных органов и иных организаций, включаемых в кадровый реестр Главы государства Республики Беларусь, определены Указом Президента Республики Беларусь от 08.11.2001 № 644 «Об утверждении кадрового реестра Главы государства Республики Беларусь»[373]. Правовой статус других категорий лиц, в отношении которых применяется особый порядок производства по уголовному делу, также четко определен законодательством.

---

[373] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2001, №106, 1/3192.

Поэтому должностные лица органов уголовного преследования, особенно прокуроры, максимально используя дополнительные возможности по усилению борьбы с коррупцией, предоставленные им нормами Декрета № 3, до внесения соответствующих изменений и дополнений в УПК должны принять необходимые меры по обеспечению законности, полноты, объективности и всесторонности предварительного следствия по уголовным делам коррупционной направленности.

ПРОКУРОРСКИЙ НАДЗОР ЗА ЗАКОННОСТЬЮ ВОЗБУЖДЕНИЯ УГОЛОВНОГО ДЕЛА

А.С. Сенько
начальник отдела проблем эффективности прокурорского надзора, совершенствования правоприменительной практики и законодательства НПЦ Генеральной прокуратуры Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент.

Статья посвящена проблематике совершенствования института прокурорского надзора за законностью возбуждения уголовного дела. На основании анализа действующего законодательства, юридической литературы и сложившейся в сфере прокурорско-надзорных правоотношений правоприменительной практики автором констатируется, что полномочия прокуроров при осуществлении надзора за исполнением закона в ходе досудебного производства нуждаются в единообразном понимании и применении, а также в дальнейшей правовой регламентации. Обосновывается необходимость представления прокурорам правовых средств по установлению и устранению нарушений законности на стадии возбуждения уголовного дела, причин и условий, способствующих этим нарушениям, выявлению и привлечению к установленной законодательством ответственности виновных в этом лиц. Автором предложен комплекс правовых и организационных мероприятий по оптимизации действующего законодательства и прокурорско-надзорной деятельности.

Соответствие на стадии возбуждения уголовного дела уголовно-процессуальному закону решений и действий органов уголовного преследования и их должностных лиц является основой эффективности противодействия преступности, быстрому и полному раскрытию преступлений, выявлению и привлечению к уголовной ответственности виновных лиц. Учитывая подобное значение первой стадии уголовного процесса,

законодателем установлен ряд гарантий обеспечения законности и обоснованности принимаемых в ее рамках процессуальных решений и совершаемых процессуальных действий. Особое место среди них занимает институт прокурорского надзора.

Действенность института прокурорского надзора за законностью возбуждения уголовного дела, в свою очередь, непосредственно зависит от надлежащей его правовой регламентации, от точного и единообразного понимания и применения нормативных правовых предписаний, от достаточного осмысления теоретической и правовой концепций, предмета и пределов анализируемого направления деятельности прокуратуры, полномочий прокуроров в процессе осуществления прокурорского надзора.

Несмотря на то, что имеется значительное количество работ, посвященных прокурорскому надзору за законностью возбуждения уголовного дела, внимание к этому сложному, многогранному и важному участку прокурорского надзора по прежнему не ослабевает, тем более что до сих пор в теории не разрешены многие насущные проблемы прокурорского надзора на стадии возбуждения уголовного дела[374]. В настоящей статье предпринята попытка выявить основные из этих проблем, проанализировать и предложить варианты их решения.

Первоочередного внимания заслуживает проблематика правовой регламентации прав и обязанностей прокуроров. Как справедливо указывается в теории, прокурорский надзор – это своеобразный процесс, процессуальная деятельность по выявлению фактических обстоятельств правонарушения и восстановлению нарушенных прав. В этом процессе одним из ключевых компонентов содержания прокурорско-надзорных отношений являются права и обязанности прокуроров[375]. Только при их адекватности самой природе прокурорско-надзорной деятельности и потребностям современной государственно-правовой политике в сфере обеспечения законности и правопорядка в государстве возможно достижение задач, стоящих перед органами прокуратуры. К сожалению, результаты анализа действующего законодательства свидетельствуют о том, что правовая регламентация прав и обязанностей прокуроров при осуществлении надзора за законностью возбуждения уголовного дела не отвечает данному, во всех отношениях важному, критерию.

Сложившаяся ситуация на наш взгляд объяснима тем, что законодательная конструкция ст. 31 Закона Республики Беларусь от 8 мая 2007 г. «О

---

[374] 1. Бакаев, Д.М. Надзор прокурора района за расследованием уголовных дел / Д.М. Бакаев. – М.: Юрид. лит, 1979. – 112 с.; Бессарабов, В.Г. Прокурорский надзор: учебник / В.Г. Бессарабов. – М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2006. – С. 244-256; Городков, Ю. Надзор за законностью регистрации и разрешения сообщений о преступлениях в органах следственного комитета / Ю. Городков // Законность. – 2008. – № 8. – С. 16-18; Готлиб, Р. Прокурорский надзор за соблюдением законности при разрешении заявлений о преступлениях / Р. Готлиб // Социалистическая законность. – 1981. – № 6. – С. 38-39; Жогин, Н.В. Прокурорский надзор за предварительным расследованием уголовных дел / Н.В. Жогин. – М.: Юрид. лит, 1968. – С. 111-131; Кеник, А.А. Настольная книга прокурора / А.А. Кеник. – Минск: Дикта, 2007. – С. 602-627; Прокурорский надзор: учеб. пособие / В.Н. Григорьев [и др.]. – М.: ООО «Издательство «Элит», 2007. – С. 256-281.

[375] Ломовский, В.Д. Прокурорско-надзорные правоотношения / В.Д. Ломовский. – Ростов: Изд-во Ростовского университета, 1987. – С. 50, 80-88.

прокуратуре Республики Беларусь»[376] (далее – Закон о прокуратуре), определяющая полномочия прокуроров при осуществлении надзора за исполнением закона в ходе досудебного производства, при производстве предварительного следствия и дознания носит бланкетный характер и отсылает правоприменителя к полномочиям, предоставленным прокурорам Уголовно-процессуальным кодексом Республики Беларусь[377] (далее – УПК).

В соответствии с Уголовно-процессуальным законом, прокурорам, в рассматриваемом ракурсе, предоставлен закрытый перечень прав и обязанностей, а именно – продлевать срок разрешения заявления или сообщения о преступлении (п. 1 ст. 179); отменять постановление об отказе в возбуждении уголовного дела и направлять материалы для проведения дополнительной проверки (п. 2 ст. 179); отменять постановление об отказе в возбуждении уголовного дела и возбуждать уголовное дело (п. 3 ст. 179); отменять постановление о возбуждении уголовного дела и отказывать в возбуждении уголовного дела (п. 4 ст. 179); отменять постановление о возбуждении уголовного дела и направлять материалы для проведения проверки по заявлению или сообщению о преступлении (п. 4^1 ст. 179); отменять постановление о возбуждении уголовного дела и прекращать производство по уголовному делу, если по нему уже произведены следственные действия (п. 5 ст. 179); рассматривать жалобы на решения и действия органа уголовного преследования (ст. 139).

Таким образом, по существу, на стадии возбуждения уголовного дела прокуроры наделены полномочиями по осуществлению надзора лишь за актами, подводящими итог стадии возбуждения уголовного дела. Между тем вся деятельность органов уголовного преследования по рассмотрению и разрешению заявлений и сообщений о преступлении, начиная с принятия и регистрации заявлений и сообщений, и заканчивая принятием итогового решения носит процессуальный характер, так как урегулирована нормами УПК. Следовательно, все действия и решения органа уголовного преследования на стадии возбуждения уголовного дела составляют предмет прокурорского надзора за законностью возбуждения уголовного дела. А это влечет за собой необходимость представления прокурорам необходимых им правовых средств по установлению и устранению нарушений законности, причин и условий, способствующих этим нарушениям, выявлению и привлечению к установленной законодательством ответственности виновных в этом лиц в пределах всей стадии возбуждения уголовного дела.

Речь идет, в частности, о полномочиях по истребованию материалов регистрации заявлений и сообщений о преступлении, материалов проводимой проверки по заявлениям и сообщениям о преступлениях; вызову должностных лиц органа уголовного преследования граждан и истребованию объяснений об обстоятельствах, связанных с нарушением законодательства; истребованию от

---

[376] О прокуратуре Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь, 8 мая 2007 г., № 220-З // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2007. – № 119. – 2/1317.

[377] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь, 16 июля 1999 г., № 295-З // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2000. – № 77-78. – 2/71.

руководителей органа уголовного преследования принятых (утвержденных) ими решений, приказов, распоряжений, статистических и иных сведений и иных необходимых материалов; беспрепятственному по предъявлении служебного удостоверения входу в помещения и на другие объекты органа уголовного преследования и т.п., а также об актах прокурорского надзора – представлении, протесте, постановлении о возбуждении дисциплинарного производства, постановлении о привлечении лица к материальной ответственности, предписании, официальном предупреждении и др.

Отметим, что указанные полномочия прокурорами традиционно использовались в советский период государственности, а также на современном этапе развития нашего государства до 2007 г., вплоть до вступления в действие Закона о прокуратуре[378]. Активно используются прокурорами данные полномочия и в настоящее время. Однако их реализация основывается не на нормативных правовых предписаниях, а на исторически традиционно сложившихся формах выражения надзорной «воли» прокуроров, ибо, на наш взгляд, отсутствуют достаточные правовые механизмы их применения и на основании положений Закона о прокуратуре, регламентирующих отношения, складывающиеся при осуществлении надзора за исполнением законодательства (ст. 27 Закона о прокуратуре).

Как уже указывалось выше, из ст. 31 Закона о прокуратуре следует, что полномочия прокуроров в сфере надзора за законностью возбуждения уголовных дел определяются только УПК. Тем самым, законодатель фактически запретил прокурорам в процессе осуществления прокурорского надзора на стадии возбуждения уголовного дела прибегать к полномочиям, предоставленным прокурорам при реализации надзора за исполнением законодательства. Во-вторых, предмет надзора за исполнением закона в ходе досудебного производства, при производстве предварительного следствия и дознания и предмет надзора за исполнением законодательства различны между собой. Следовательно, полномочия прокуроров, относящиеся к надзору за исполнением законодательства, не могут быть применены в процессе осуществления надзора за законностью возбуждения уголовного дела.

Третье существенное препятствие для использования прокурорами полномочий, предоставленных им в области надзора за исполнением законодательства, состоит в том, что часть органов уголовного преследования не являются объектами прокурорского надзора за исполнением законодательства (к примеру, органы финансовых расследований Комитета государственного контроля Республики Беларусь), в силу чего исследуемые полномочия в принципе не могут быть применены по отношению к ним.

Вполне понятно, что подобное положение дел в сфере регулирования полномочий прокуроров по осуществлению надзора за законностью возбуждения уголовного дела недопустимо и требует немедленного

---

[378] О прокуратуре СССР: Закон СССР, 30 ноября 1979 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1979. – № 49. – Ст. 843; О Прокуратуре Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь, 29 января 1993 г., № 2139 XII // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. – № 10. – Ст. 95.

восполнения законодательных пробелов. Данная задача приобретает особое практическое значение в контексте возложения на прокуратуру действующим Законом о прокуратуре функции по координации правоохранительной деятельности государственных органов, осуществляющих борьбу с преступностью и коррупцией, деятельности по борьбе с преступностью и коррупцией государственных органов и иных организаций, участвующих в борьбе с преступностью и коррупцией (ст. 12) и передачи республиканскому координационному совещанию по борьбе с преступностью и коррупцией полномочий Межведомственной комиссии по борьбе с преступностью, коррупцией и наркоманией при Совете Безопасности Республики Беларусь[379].

Решение поставленной задачи возможно двумя путями – путем внесения соответствующих дополнений в Закон о прокуратуре, либо же в УПК. В пользу реализации первого, из указанных вариантов, свидетельствует тот факт, что Закон о прокуратуре является основополагающим нормативным правовым актом, определяющим сущность, предмет и пределы прокурорского надзора, закрепляющим перечень правовых средств прокурорского надзора. В пользу второго – то, что только УПК устанавливает порядок деятельности органов, ведущих уголовный процесс, являющийся единым и обязательным для всех органов и должностных лиц, ведущих уголовный процесс и иных участников уголовного процесса, а также права и обязанности участников уголовного процесса (ст. 1). Поэтому полагаем, что более перспективным является второй, из названных вариантов, которому и следует отдать предпочтение.

В тоже время, во избежание дублирования в УПК положений Закона о прокуратуре, в уголовно-процессуальном законе (в ч. 4 ст. 34 УПК) следует указать, что прокуроры в ходе досудебного производства, при производстве предварительного следствия и дознания обладают правами, предоставленными им иными нормативными правовыми актами. Параллельно необходимо внести соответствующие дополнения в главу 6 Закона о прокуратуре, положив в их основу правовые нормы ст. 24 ранее действующего Закона Республики Беларусь «О Прокуратуре Республики Беларусь» от 29 января 1993 г.[380].

Законодательной конструкции норм УПК известны подобного рода случаи бланкетного изложения положений уголовно-процессуального права. В частности, участие адвокатов в уголовном процессе, наряду с УПК, урегулировано Законом Республики Беларусь «Об адвокатуре» от 15 июня 1993 г. с последующими изменениями и дополнениями; основания, условия и порядок признания материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, в качестве источников доказательств дополнительно к УПК, регламентированы Законом Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной

---

[379] Об упразднении Межведомственной комиссии по борьбе с преступностью, коррупцией и наркоманией при Совете Безопасности Республики Беларусь: Указ Президента Респ. Беларусь, 15 июня 2009 г., № 312 // Консультант Плюс: Беларусь [Электронный ресурс / ООО «ЮрСпектр», Нац. центр правовой информации Респ. Беларусь. – Минск, 2009.

[380] О Прокуратуре Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь, 29 января 1993 г., № 2139 XII // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. – № 10. – Ст. 95.

деятельности» от 9 июля 1999 г. с последующими изменениями и дополнениями; порядок и условия содержания лиц под стражей, помимо УПК, определены Законом Республики Беларусь «О порядке и условиях содержания лиц под стражей» от 16 июня 2003 г. с последующими изменениями и дополнениями; основания и условия оказания международной правовой помощи по уголовным делам содержатся в УПК и Законе Республики Беларусь «О международной правовой помощи по уголовным делам» от 18 мая 2004 г. и др.

Рассмотрим еще один интересный, на наш взгляд, вопрос о сроках извещения прокуроров о принятом на стадии возбуждения уголовного дела итоговом решении. Ни у кого не вызывает сомнения, что надлежащее осуществление прокурорского надзора на рассматриваемой стадии уголовного процесса в том числе зависит и от своевременного информирования органом уголовного преследования прокуроров о принятом ими итоговом решении. В УПК, в этом отношении, значится что копия постановления о возбуждении уголовного дела, а также копия постановления об отказе в возбуждении уголовного дела в течение 24 часов направляется прокурору (ч. 2 ст. 175, ч. 2 ст. 178). Однако аналогичная обязанность органа уголовного преследования не закреплена в отношении принятого им решения о прекращении проверки и разъяснении заявителю права возбудить в суде в соответствии со ст. 426 УПК дело частного обвинения. Видится, что этот пробел должен быть устранен путем внесения соответствующих дополнений в УПК.

Обращает на себя внимание и факт внесения уголовно-процессуальным законом неопределенности относительно конечного момента извещения прокуроров о принятом решении. Так, в приведенных нормах УПК речь идет о направлении прокурорам в течение 24 часов копии соответствующего постановления. Данные правовые предписания предоставляют возможность в указанный срок направлять прокурорам (а не предоставлять) копию соответствующего постановления. Этого удалось бы избежать заменив в соответствующих статьях УПК слова «копия постановления в течение 24 часов направляется прокурору» словами «копия постановления в течение 24 часов предоставляется прокурору». Фактическим же моментом предоставления прокурорам копии соответствующего постановления стоит признать момент ее поступления в канцелярию прокуратуры либо же момент непосредственной ее передачи прокурору.

Завершая рассмотрение блока вопросов, связанных с правовой регламентацией полномочий прокуроров по осуществлению надзора за законностью возбуждения уголовного дела, следует отметить, что в настоящее время в научной и практической среде обсуждается возможность введения в уголовный процесс института приостановления и возобновления проводимых органом уголовного преследования проверок по заявлениям и сообщениям о преступлениях. При положительном решении вопроса, необходимо в уголовно-процессуальном законодательстве, в ст. 179 УПК, закрепить полномочие прокуроров давать разрешение (санкцию) на приостановление проверки по

заявлениям и сообщениям о преступлениях, а также полномочие по отмене постановления о приостановлении проверки по заявлениям и сообщениям о преступлениях с одновременным направлением материала для производства дальнейшей проверки, либо же с возбуждением уголовного дела (отказом в возбуждении уголовного дела).

Анализируя вопросы осуществления прокурорского надзора за законностью возбуждения уголовного дела, целесообразно обратить внимание ученых-юристов и практических работников, участвующих в прокурорско-надзорной деятельности и на определенную проблематику применения положений ст. 179 УПК.

В правоприменительной деятельности отсутствует единообразный подход к пониманию и применению права прокуроров по отмене постановления о возбуждении уголовного дела с одновременным отказом в возбуждении уголовного дела (п. 4 ст. 179 УПК) и права прокуроров по отмене постановления о возбуждении уголовного дела с одновременным прекращением производства по уголовному делу, если по нему уже произведены следственные действия (п. 5 ст. 179 УПК).

Проблематика связана со временем возможного осуществления прокурорами обозначенных полномочий. На практике примерно пятая их часть реализуется в течение 10 суток с момента вынесения постановления о возбуждении уголовного дела. Свыше 10 суток и до года – подавляющее их число. Встречаются случаи применения прокурорами рассматриваемых полномочий в срок от одного года до нескольких лет.

Подобное положение дел возникло в связи с тем, что действующее уголовно-процессуальное законодательство и прокурорско-надзорное законодательство не определяет временных рамок применения таких полномочий. Для сравнения отметим, что в ранее действующих уголовно-процессуальном кодексе[381] и Законе о прокуратуре[382] временной аспект отмены прокурорами постановления о возбуждении уголовного дела с одновременным отказом в возбуждении уголовного дела (прекращением производства по уголовному делу) также не нашел своей правовой регламентации.

Анализ широкого круга литературных источников позволяет констатировать, что в юридической литературе данному аспекту не уделялось должного внимания. В представленных научно-методических работах встречаются в основном общие указания о том, что задача прокуроров состоит в своевременном пресечении и устранении нарушений законности на стадии возбуждения уголовного дела[383]. И лишь в немногочисленных работах звучат

---

[381] Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь, 29 декабря 1960 г. // Собрание законов, указов Президиума Верховного Совета БССР, постановлений и распоряжений Совета Министров БССР. – 1961. – № 1. – Ст. 5.

[382] О Прокуратуре Республики Беларусь: Закон Респ. Беларусь, 29 января 1993 г., № 2139 XII // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. – № 10. – Ст. 95.

[383] Прокурорский надзор за расследованием преступлений органами внутренних дел / С.Н. Трубин [и др.]; под ред. С.И. Гусева. – М.: Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1977. – С. 83; Рагинский, М.Ю. Прокурорский надзор за соблюдением требований закона при учете и разрешении заявлений и сообщений о преступлениях (метод. пособие) / М.Ю. Рагинский, В.П. Рябцев,

фрагментарные конкретные суждения, основанные на попытках авторов определить сроки проведения прокурорами проверок законности принятых на стадии возбуждения уголовного дела итоговых решений и повысить эффективность этих проверок.

Таджиев Х.С., к примеру, указывал, что срок проверки законности постановления об отказе в возбуждении уголовного дела зависит от основания проведения этой проверки – жалобы участника процесса, поручения вышестоящей прокуратуры, непосредственного усмотрения прокурора и др.[384]. Сергеев Б.М. отмечал, что мерой направленной на обеспечение своевременности проверок обоснованности отказов в возбуждении уголовных дел, могло бы стать введение в статистическую отчетность показателей решений об отказе в возбуждении уголовных дел, проверенных прокурорами в срок до 3 суток, от трех до 10 суток и свыше 10 суток[385] [18, с. 18].

В решении вопроса о временном факторе применения прокурорами дискуссионных полномочий должна, на наш взгляд, оказывать определяющее значение правовая природа прокурорско-надзорной деятельности, суть которой состоит в оперативном выявлении и устранении выявленных нарушений уголовно-процессуального законодательства на стадии возбуждения уголовного дела. В связи с этим полагаем, что правом отмены постановления о возбуждении уголовного дела с одновременным отказом в возбуждении уголовного дела (прекращением производства по уголовному делу) прокуроры могут воспользоваться только на этапе проверки законности постановлений о возбуждении уголовных дел, длительность которого не должна превышать более 10 суток с момента вынесения постановлений.

По истечении же данного срока, прокурорам необходимо обращаться к иным, предоставленным им уголовно-процессуальным законодательством, полномочиям, ибо в этом случае уже осуществляется прокурорский надзор за ходом предварительного расследования уголовных дел, а не надзор за законностью возбуждения уголовного дела.

С учетом изложенного представляется необходимым регламентировать сроки применения прокурорами рассматриваемых полномочий в ведомственных актах органов прокуратуры, что позволило бы избежать указанных неясностей.

Подводя итог проведенному исследованию, отметим, что в рамках настоящей статьи не представляется возможным рассмотреть все дискуссионные аспекты института прокурорского надзора за законностью возбуждения уголовного дела. Вместе с тем приведенные соображения дают основания для вывода о том, что механизм реализации полномочий прокуроров по осуществлению надзора за законностью возбуждения уголовного дела

Н.С. Трубин; под ред. С.И. Гусева. – М.: Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности, 1977. – С. 178.

[384] Таджиев, Х.С. Прокурорский надзор и ведомственный контроль за расследованием преступлений: вопросы теории и практики / Х.С. Таджиев. – Ташкент: Изд-во «ФАН», 1985. – С. 93.

[385] Сергеев, Б.М. Роль прокурорского надзора в стадии возбуждения уголовного дела / Б.М. Сергеев // Закон и право. – 2003. – № 2. – С. 18.

нуждается в более детальном законодательном регулировании и единообразном применении.

О ПРАКТИКЕ ПРИМЕНЕНИЯ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНА, ОБЕСПЕЧИВАЮЩЕГО ПРАВО НА ЗАЩИТУ

И.В. Тылец –
судья Верховного Суда
Республики Беларусь

Право на защиту является одним из важнейших институтов уголовного процесса. Он представляет собой комплекс предоставляемых законом подозреваемому, обвиняемому прав, которые позволяют им выступать в роли стороны, опровергать подозрение или обвинение в совершении преступления, отстаивать свою непричастность к преступлению, добиваться смягчения ответственности.

Между тем предоставление любого права может превратиться в формальность, если не будут созданы необходимые условия для его осуществления. Поэтому действующее уголовно-процессуальное законодательство не только провозглашает право на защиту, но и предусматривает его обеспечение, возлагая на орган уголовного преследования и суд обязанность обеспечить подозреваемому, обвиняемому возможность защищаться установленными законом средствами и способами. Это обстоятельство обусловливает существование и значимость закрепленного в ст. 17 УПК принципа обеспечения подозреваемому, обвиняемому права на защиту.

Значимость названного принципа объясняется тем, что вопрос о положении подозреваемого, обвиняемого в уголовном процессе, об объеме их прав и характере процессуальных гарантий является составной частью вопроса о положении личности в государстве, о человеке, его правах и свободах. Ведь в Конституции Республики Беларусь закреплено, что человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства (ст. 2).

Право подозреваемого, обвиняемого на защиту реализуется в уголовном процессе как путем личного осуществления предоставленных им прав, так и с помощью защитника. Обе эти формы могут использоваться подозреваемым, обвиняемым одновременно в производстве по делу.

Необходимость обращения к вопросу обеспечения подозреваемому, обвиняемому права на защиту вызвана тем, что производством по уголовному делу их интересы затрагиваются наиболее остро. Главным образом им предназначаются всевозможные меры уголовно-процессуального принуждения. Над ними нависает реальная угроза уголовного наказания. Поэтому вопросы, от решения которых зависят судьба человека, его доброе имя, честь, достоинство и свобода, касаются в уголовном деле, в первую очередь, интересов лица,

противостоящего уголовному преследованию.
Сегодня, как никогда ранее, актуален вывод одного из основателей школы советского уголовного процесса профессора Каминской том, что «процессуальными гарантиями может злоупотребить правонарушитель. Однако их отсутствие создает возможность злоупотреблений со стороны должностных лиц, а это по своим последствиям гораздо опаснее для общества».

Обеспечение права на защиту является проявлением демократических основ правового государства, а также необходимым условием соблюдения законности, правопорядка при расследовании преступлений и отправления правосудия.

Изучение Верховным Судом практики обеспечения подозреваемому, обвиняемому права на защиту в уголовном процессе не выявило системных ошибок, показало, что органы уголовного преследования и суды в основном выполняют соответствующие требования закона.
Вместе с тем в отдельных случаях при применении действующего уголовно-процессуального законодательства допускались ошибки, которые влекли нарушение права на защиту. Чаще всего это происходило на стадии предварительного расследования.

Анализ ситуации показал, что это обстоятельство обусловлено как прямым нарушением законодательных предписаний, так и не всегда правильным пониманием и применением норм Уголовно-процессуального кодекса.

Следует обратить внимание, что большинство норм, регулирующих право на защиту, несмотря на правовые нюансы, сформулированы в законе достаточно четко и требуют скорее обязательного соблюдения, чем соответствующих разъяснений. Поэтому в постановлении Пленума Верховного Суда от 24 сентября 2009 г. № 7 «Об обеспечении права на защиту в уголовном процессе» в систематизированном виде обращено внимание на неукоснительное соблюдение органом уголовного преследования, судом комплекса нормативных предписаний, регламентирующих обеспечение права на защиту, в целях предупреждения нарушений этого права в любой форме.

Несмотря на то, что закон императивно устанавливает случаи обязательного участия защитника в уголовном процессе, на практике допускаются нарушения права на защиту. В результате показания, данные подозреваемым, обвиняемым в отсутствие защитника, не имеют юридической силы (ст.ст. 8, 105 УПК) и не могут быть положены в основу обвинения.
Например, при рассмотрении дела в отношении К., обвиняемой в совершении особо тяжких преступлений (убийстве с особой жестокостью, разбое), Витебский областной суд, установив, что К. в нарушение требований п. 5 ч. 1 ст. 45 УПК органом уголовного преследования не была обеспечена защитником и в качестве подозреваемой была допрошена в его отсутствие, признал ее показания в этом качестве недопустимыми доказательствами.
Нормативными предписаниями также строго регламентирована обязанность органа уголовного преследования предоставить подозреваемому в случае его задержания либо применения в отношении его или обвиняемого меры

пресечения в виде заключения под стражу возможность получения бесплатной юридической консультации адвоката до начала их первого допроса. При чем реализация этого права не зависит от характера выдвинутых подозрения, обвинения, а также от отношения к ним подозреваемого, обвиняемого.

Однако изучение дел показало, что нарушение такого права носит достаточно распространенный характер.

По приговору суда Ивацевичского района К. признан невиновным в умышленном нанесении тяжкого телесного повреждения и оправдан по п. 3 ч. 2 ст. 147 УК за недоказанностью его участия в совершении преступления.

Как установлено по делу, К. с момента фактического задержания и при проведении с ним в этот день процессуальных действий юридической помощью адвоката не пользовался и реально защитником был обеспечен только на следующий день. В своей жалобе, адресованной прокурору, К. указывал на незаконные приемы ведения следствия работниками милиции, нарушения права на защиту при задержании и первичных допросах.

В суде не были опровергнуты доводы К. о незаконных методах ведения следствия, допущенных по делу нарушениях закона, а также о том, что его явка с повинной и признательные показания не являлись добровольными.

Между тем фиксация в материалах дела факта получения подозреваемым, обвиняемым бесплатной юридической консультации адвоката, обеспечение указанных лиц защитником имеет важное значение, поскольку это будет свидетельствовать о выполнении требований закона органом уголовного преследования и не позволит усомниться в допустимости доказательств.

Приглашение защитника подозреваемым, обвиняемым, их законными представителями, а также близкими родственниками, другими лицами по просьбе или с согласия подозреваемого, обвиняемого по своему выбору является важной гарантией обеспечения права на защиту в уголовном процессе. Однако это не только юридически значимый акт. В нем присутствует и этическое начало, выражающееся, прежде всего в наличии взаимного доверия, без которого не могут развиваться отношения защитника и подзащитного в ходе уголовного судопроизводства. Вот почему закон отдает предпочтение участию защитника по приглашению подозреваемого, обвиняемого. Одновременно закон, оберегая доверие обвиняемого и защитника, запрещает допрашивать в качестве свидетеля защитника об обстоятельствах, которые ему стали известны в связи с участием в производстве по уголовному делу.

При этом для приглашения защитника законным представителем просьба или согласие подозреваемого, обвиняемого не требуется.

Защитник, приглашенный близкими родственниками, другими лицами, может принимать участие в производстве по материалам и уголовному делу, если имеется просьба или согласие подозреваемого, обвиняемого об этом. Такие просьба или согласие могут быть выражены как в устной, так и в письменной формах.

Регламентируя участие защитника на основе выбора подозреваемого, обвиняемого, закон запрещает органу, ведущему уголовный процесс, рекомендовать кому бы то ни было приглашение определенного защитника.

В случае, когда избранный подозреваемым или обвиняемым защитник не может участвовать в производстве по уголовному делу в установленные законом сроки, то орган, ведущий уголовный процесс, обязан предложить подозреваемому, обвиняемому пригласить другого защитника, а если он от этого права отказывается – обеспечить защитником по назначению через коллегию адвокатов (юридическую консультацию).

Как показало изучение дел, судами не всегда соблюдаются эти положения закона.

Защиту обвиняемого М. на предварительном следствии осуществлял адвокат Б., а в судебном заседании – другой адвокат, против участия которого М. возражал. В обоснование своих возражений обвиняемый указывал, что о замене защитника ему стало известно накануне судебного разбирательства, и утверждал, что это произошло из-за фальсификации доказательств, настаивал на участии в судебном заседании прежнего адвоката.

Брестский областной суд отказал обвиняемому в удовлетворении ходатайства о замене защитника, сославшись на сообщение юридической консультации об участии этого адвоката по другому уголовному делу.

В таком случае суду следовало руководствоваться положениями п. 4 ч. 2 и ч. 3 ст. 46 УПК о том, что при невозможности для избранного обвиняемым защитника участвовать в производстве по уголовному делу свыше трех суток обвиняемому предлагается пригласить другого защитника.

Из представленных кассационной инстанции Верховного Суда сведений установлено, что адвокат участвовал в судебном разбирательстве по другому уголовному делу только один день, поэтому законных оснований для отказа в замене адвоката не имелось.

Нарушение права обвиняемого на защиту не содействовало обеспечению полного, объективного и всестороннего исследования всех обстоятельств дела, так как обвиняемый отказался от дачи показаний в судебном заседании, что повлекло отмену приговора.

Уголовно-процессуальный закон не ограничивает число защитников, которые могут защищать одного подозреваемого или обвиняемого, равно как и число подозреваемых либо обвиняемых, которых может защищать один защитник.

Однако суды не всегда учитывают, что одно и то же лицо не может быть защитником двух подозреваемых или обвиняемых, если интересы защиты одного из них противоречат интересам другого. Противоречия не обязательно должны быть существенными, достаточно наличия любого противоречия. Это относится и к случаям, когда защитник осуществляет защиту подозреваемого или обвиняемого и его соучастника, признанного невменяемым. Наличие и характер противоречий между интересами определяется органом, ведущим

уголовный процесс. Вместе с тем защитник, убедившись, что интересы одного из его подзащитных противоречат интересам другого, обязан немедленно заявить об этом, а также ходатайствовать об освобождении его от защиты одного из подозреваемых, обвиняемых.

Доказательства, полученные с участием защитника при наличии противоречий в интересах защищаемых им лиц, признаются недопустимыми с момента, когда интересы подозреваемых, обвиняемых стали противоречить друг другу. В то же время доказательства, полученные до возникновения противоречий, должны признаваться допустимыми.

Так, президиум Могилевского областного суда, отменяя приговор суда Хотимского района, кассационное определение в отношении обвиняемых Ж. и Р., в постановлении указал, что между интересами обвиняемых имелись противоречия, однако их защиту в суде осуществлял один защитник.

Законодатель предоставляет подозреваемому, обвиняемому право в любой момент производства по материалам или уголовному делу отказаться от защитника, однако такой отказ допускается по инициативе самого подозреваемого или обвиняемого, не должен быть вынужденным и может быть принят лишь при наличии реальной возможности участия защитника в деле.

При фактическом отсутствии средств для оплаты юридической помощи отказ от защитника признается вынужденным и не принимается.

Решение вопроса о принятии отказа от защитника является прерогативой органа, ведущего уголовный процесс.

Вместе с тем необходимо различать формы отказа от защитника: отказ от защитника вообще и отказ от определенного защитника.

Отказ от определенного защитника не является отказом от защитника вообще. В этом случае важно выяснить причину отказа от определенного защитника, необходимость в помощи другого защитника. Принимая такой отказ, орган, ведущий уголовный процесс, обязан принять меры к участию в деле другого защитника по приглашению или по назначению в порядке, предусмотренном ст. 46 УПК.

Несмотря на то что в ч. 1 ст. 87 УПК достаточно четко перечислены обстоятельства, исключающие участие в производстве по уголовному делу защитника, в практике допускаются нарушения права на защиту.

Например, по делу граждан К. и Е., осужденных Гомельским областным судом за покушение на убийство при отягчающих обстоятельствах, защитником обвиняемого К. являлась супруга старшего следователя, расследовавшего данное дело, в то время как в силу положений п. 3 ч. 1 ст. 87 УПК она не могла принимать участие в деле.

Устранение защитника от участия в производстве по уголовному делу по основаниям, указанным в ч. 1 ст. 87 УПК, не освобождает орган, ведущий уголовный процесс, от обязанности обеспечить участие другого защитника по приглашению или путем назначения через коллегию адвокатов (юридическую консультацию).

Результаты обобщения судебной практики показали, что нарушение права на защиту имеет множество проявлений и форм.

Так, исходя из положений ст. 21, п. 3 ч. 1 ст. 45 УПК, подозреваемому, обвиняемому, не владеющим или недостаточно владеющим языком, на котором ведется производство по уголовному делу, орган, ведущий уголовный процесс, обязан обеспечить участие переводчика и защитника в деле.

Необеспечение этим лицам права совершать юридически значимые действия на родном языке или на языке, которым они владеют, а также невручение им процессуальных документов, подлежащих обязательному вручению в соответствии с требованиями закона, в переводе на их родной язык или на язык, которым они владеют, является существенным нарушением уголовно-процессуального закона.

Нарушение этих требований закона повлекло отмену приговора суда Московского района г. Бреста в отношении жителя и гражданина Республики Польша У., признанного виновным в покушении на использование занятия проституцией. При рассмотрении дела в кассационном порядке Брестским областным судом было установлено, что копия постановления о привлечении в качестве обвиняемого, протокол о разъяснении прав обвиняемого, постановление о передаче уголовного дела прокурору для направления в суд были вручены У. органом уголовного преследования не на польском, а на русском языке.

Уголовно-процессуальным законом регламентировано, что в качестве защитника в уголовном процессе может принимать участие адвокат, являющийся гражданином другого государства. Однако иностранный адвокат может участвовать в качестве защитника только при наличии международного договора Республики Беларусь с соответствующим государством на взаимной основе. Незнание языка, на котором ведется уголовный процесс, не может являться основанием для отказа такому защитнику в допуске к участию в деле. В таких случаях орган, ведущий уголовный процесс, обязан обеспечить участие переводчика в установленном законом порядке (ст. 63 УПК).

Полномочия иностранного адвоката, осуществляющего свою деятельность, должны подтверждаться документами, удостоверяющими личность, статус адвоката, а также соглашением об оказании юридической помощи, заключенным между адвокатом и подозреваемым, обвиняемым, их законными представителями либо близкими родственниками, другими лицами по просьбе или с согласия подозреваемого, обвиняемого.

Необходимо иметь в виду, что согласно ст. 17 Конституции Республики Беларусь государственными языками являются белорусский и русский языки. При этом в соответствии с положениями ст. 21 УПК также регламентировано, что производство по материалам и уголовному делу в Республике Беларусь может осуществляться как на белорусском, так и на русском языке.

Исходя из требований п. 4 ч. 1 ст. 45 УПК, участие защитника в производстве по уголовному делу является обязательным, если подозреваемый

или обвиняемый в силу физических или психических недостатков не могут самостоятельно осуществлять свое право на защиту.

Как показывает практика, случаи нарушения права на защиту таких лиц не единичны.

Так, орган уголовного преследования (Брестский РОВД) не обеспечил участие защитника обвиняемому Х., в то время как он состоял на учете в психоневрологическом диспансере и об этом в материалах дела имелись сведения.

Несоблюдение органом уголовного преследования требований закона об обязательном участии защитника при проведении следственных действий повлекло признание доказательств недопустимыми и оправдание К. по ч. 1 ст. 206, ст. 378 УК (суд Наровлянского района), Ш. по ч. 1 ст. 205 УК (суд Борисовского района). Обвиняемые по заключению судебно-психиатрических экспертиз могли защищать свои права и интересы только с помощью защитника.

Поскольку закон не указывает перечень физических или психических недостатков, служащих основанием к обязательному участию защитника, в п. 10 постановления Пленума Верховного Суда от 24 сентября 2009 г. № 7 даны соответствующие разъяснения.

От воли подозреваемого, обвиняемого зависит не только выбор защитника, но и реализация избранных им средств защиты. В связи с этим важнейшее значение для выбора средств защиты и корректировки позиции по делу имеет общение подозреваемого или обвиняемого со своим защитником.

Поэтому в п. 13 указанного выше постановления Пленума Верховного Суда разъяснено, что на любой стадии производства по материалам и уголовному делу подозреваемый, обвиняемый вправе беспрепятственно общаться со своим защитником наедине и конфиденциально без ограничения количества и продолжительности бесед.

Следует обратить внимание, что лицо, не зная, в чем оно подозревается, или, не зная объема, содержания и характера обвинения, не может осуществлять защиту от выдвинутых подозрения, обвинения, эффективно пользоваться правами на дачу показаний, представление доказательств, заявление ходатайств и т. д.

В целях обеспечения права на защиту протокол и постановление о задержании, а также постановления: о применении меры пресечения до предъявления обвинения; о возбуждении уголовного дела и признании подозреваемым, о привлечении в качестве подозреваемого или обвиняемого должны строго соответствовать требованиям ст.ст. 110, 119, 175, 241 УПК.

Кроме того, подозреваемому, обвиняемому обязательно должны быть разъяснены права, предусмотренные соответственно ст. 41 и ст. 43 УПК, предоставлена возможность дать показания по существу выдвинутых подозрения, обвинения.

Гарантиями права на защиту также выступают: запрет возлагать на обвиняемого обязанность доказывать свою невиновность, право подозреваемого, обвиняемого на отказ от дачи показаний.

Судебная практика свидетельствует, что строгое соблюдение прав подозреваемого, обвиняемого, их защитников, законных представителей при назначении и проведении экспертиз на стадии предварительного расследования предотвращает нарушения права на защиту и способствует экономичности в последующем судебного разбирательства.

В соответствии с положениями ч. 3 ст. 44 УПК по ходатайству обвиняемого определением (постановлением) суда в качестве защитника в суде может быть допущен один из близких родственников либо законных представителей обвиняемого. Участие законного представителя в этом качестве не прекращает его полномочий как законного представителя.

При этом допуск такого лица к участию в деле является правом суда, а не обязанностью.

Разрешая ходатайство, следует исходить из того, что защитник в уголовном процессе должен реально осуществлять защиту прав и законных интересов обвиняемого и оказывать ему юридическую помощь. Поэтому необходимо оценивать способность такого лица выполнять функции защитника, а также проверять, имеются ли препятствующие его участию обстоятельства, перечисленные в ч. 1 ст. 87 УПК, или которые могут отрицательно повлиять на качество защиты. Например, когда данное лицо по своим моральным качествам явно не сможет оказать помощь в защите обвиняемого и даже навредит.

При отказе в допуске лица к участию в деле в качестве защитника решение суда должно быть мотивировано.

Изучение дел показало, что при рассмотрении дела в суде также нередки случаи, когда происходит замена защитника. Законом регламентировано, что замена защитника в судебном разбирательстве не препятствует дальнейшему рассмотрению уголовного дела. Однако вновь вступившему в дело защитнику по его ходатайству предоставляется время, необходимое для подготовки к участию в судебном разбирательстве (ч. 3 ст. 295 УПК). Такая подготовка включает и ознакомление с протоколом судебного заседания.

Соблюдение этих требований закона создает необходимые условия для реализации права на защиту и надлежащего выполнения защитником возложенных на него обязанностей.

Вместе с тем судебная практика свидетельствует о нарушении этих требований закона по отдельным делам.

Например, суд Борисовского района, рассматривая дело по обвинению И. в незаконном обороте наркотических средств, удовлетворил ходатайство обвиняемой о замене защитника, но в нарушение ч. 3 ст. 295 УПК отклонил ходатайство защитника о предоставлении времени для ознакомления с протоколом судебного заседания. В связи с нарушением права на защиту по

протесту заместителя Председателя Верховного Суда приговор был отменен президиумом Минского областного суда.

Обвиняемому, самостоятельно осуществляющему свою защиту, законом предоставлено право выступить в судебных прениях. Лишение обвиняемого этого права, а также не предоставление ему последнего слова, за исключением случаев его удаления из зала судебного заседания за нарушение порядка в судебном заседании, неподчинение законным распоряжениям председательствующего, ограничение определенным временем при изложении доводов по предъявленному обвинению является существенным нарушением уголовно-процессуального закона.

По делу по обвинению Ш. в умышленном причинении легкого телесного повреждения суд Фрунзенского района г. Минска не предоставил обвиняемому, самостоятельно осуществляющему свою защиту, право выступить в судебных прениях с речью, что повлекло отмену приговора.

В соответствии с требованиями п. 4 ч. 2 ст. 391 УПК рассмотрение дела без участия защитника в тех случаях, когда его участие по закону является обязательным, влечет безусловную отмену приговора суда.

Однако не все формы нарушения права на защиту следует относить к обязательным основаниям отмены или изменения приговора.

Следует отметить, что большинство нарушений права подозреваемого, обвиняемого на защиту носят условный характер, и вопрос о судьбе приговора зависит от оценки такого нарушения судом.

При этом нарушение права на защиту в иных формах следует признавать существенным нарушением уголовно-процессуального закона, если оно путем лишения или стеснения гарантированных законом прав подозреваемого, обвиняемого, их защитников, законных представителей препятствовало суду всесторонне, полно и объективно исследовать обстоятельства уголовного дела и повлияло или могло повлиять на постановление законного и обоснованного приговора.

В частности, к таким нарушениям могут быть отнесены:

● ограничение подозреваемого, обвиняемого в праве пригласить защитника;

● неотстранение от участия в производстве по уголовному делу защитника, подлежавшего отводу; ограничение обвиняемого в праве давать показания в судебном разбирательстве, в том числе по новому обвинению, предъявленному в суде государственным обвинителем;

● признание обвиняемого виновным в совершении преступления, по которому обвинение ему не предъявлялось.

Изучение дел также показало, что наиболее распространенным нарушением права на защиту в суде кассационной инстанции является рассмотрение дела без участия обвиняемых, их законных представителей, защитников в тех случаях, когда они не были своевременно извещены о дне рассмотрения уголовного дела.

Например, президиум Гродненского областного суда, отменяя кассационное определение по уголовному делу в отношении К. по протесту заместителя

Председателя Верховного Суда, в постановлении указал, что кассационная инстанция нарушила право обвиняемого на защиту, рассмотрев уголовное дело при отсутствии сведений об извещении обвиняемого о дне рассмотрения уголовного дела.

Кроме того, судебная практика свидетельствует, что достаточно распространены случаи, когда в суде первой инстанции участвует один защитник, а после постановления приговора в деле участвует другой защитник. По мнению судебной коллегии по уголовным делам Верховного Суда Республики Беларусь, если кассационная жалоба была подана защитником, участвовавшим в суде первой инстанции, то новый защитник вправе в установленный законом срок представить к кассационной жалобе дополнение.

В современных условиях развития и совершенствования правового государства вопрос обеспечения подозреваемому, обвиняемому права на защиту является весьма актуальным как для органа уголовного преследования, суда и адвокатуры, так и для общества в целом.

Неукоснительное соблюдение нормативных предписаний, регламентирующих обеспечение права на защиту, в совокупности с другими принципами уголовного процесса является гарантией справедливого разбирательства и принятия правильного решения по делу.

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ СПЕЦИАЛЬНЫХ ПОЗНАНИЙ В ПРОКУРОРСКОМ НАДЗОРЕ – ПУТЬ К ПОВЫШЕНИЮ ЕГО ЭФФЕКТИВНОСТИ (ТЕОРЕТИКО-ПРИКЛАДНЫЕ АСПЕКТЫ)

А.С. Рубис
профессор кафедры прокурорской деятельности ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ, доктор юридических наук, доцент

Реализация управляющего воздействия прокурорского надзора на процессы выявления и расследования преступлений, выявление правонарушений в виде административных проступков или гражданско-правовых деликтов обусловлена рядом субъективных и, что очень важно, – объективных факторов, ибо правопорядок возникает, существует и развивается в конкретное время, в конкретном месте и вплетен в повседневную жизнь общества. Именно поэтому в теории прокурорского надзора пытаются установить эти факторы, влияющие на эффективность надзорной деятельности.

Однако закон ничего не говорит об эффективности, т.е. о содержании деятельности прокурора. Соотношение формы и содержания деятельности по надзору за выявлением и процедурной реализацией правонарушений и преступлений – это соотношение требований закона, с одной стороны, и

эффективности их реализации на практике – с другой. Рассмотрение функций прокурора через призму соотношения «форма-содержание» позволит: четко соотнести криминалистическое содержание надзорных функций с ее уголовно-процессуальной, административно-правовой формой, т.е. полномочиями; а также ясно определить цели и степень эффективности регулирующего воздействия прокурора на процессы борьбы с преступностью.

Рассматривая, к примеру, через указанное соотношение одну из важнейших целей деятельности прокурора – управляющее (регулирующее) воздействие на процессы выявления и доказывание преступлений, можно констатировать, что управление – это выработка и осуществление регулирующего воздействия на объект. Управленческая деятельность прокурора носит властно-распорядительный характер, предполагает использование средств процессуального и административно-правового воздействия на расследование и реализуется через осуществление процессуального руководства указанной деятельностью.

Мы разделяем мнение о том, что понятие «контроль» в юридической науке охватывает не только собственно контрольную, но и остальные функции управленческого цикла: это и организационно-подготовительные функции, это и регулирование совместной деятельности, это и функция устранения нарушений и причин, способствовавших их возникновению.

Управление в деятельности прокурора – это, соответственно, с одной стороны, «контроль качества» результатов деятельности объекта надзора, а с другой – активное формирование планомерности, эффективности и методичности данной деятельности, т.е. регулирование, организация и руководство основными параметрами поднадзорной деятельности субъектов осуществления борьбы с преступностью. Формирование планомерности, методичности и эффективности деятельности поднадзорных органов можно рассматривать как активную разновидность управления.

«Контроль качества» при изучении прокурором материалов, уголовных дел и т.д. направлен, прежде всего, на выявление процессуальных нарушений для последующего их своевременного устранения и предупреждения. Данному контролю, конечно, в первую очередь присуща именно информационная составляющая. Но в связи с тем, что контроль является неотъемлемым элементом государственной власти, ему присущ и управленческий аспект. Ведь информация инициирует и обеспечивает организацию деятельности субъектов воздействия. В этой связи контроль как таковой является организующим элементом. Организующий (организаторский, регулирующий, управленческий) контроль, в отличие от информационного – активен. Это управляющее воздействие прокурора: а) на процесс выявления противоправных фактов; б) на процесс формирования судебных доказательств; в) их актуализацию в процессе доказывания и иной процедурной реализации.

Таким образом, контроль и управление со стороны прокурора процессами реализации правовой информации в уголовном процессе представляют собой важнейшую криминалистическую составляющую надзорной деятельности

прокурора при осуществлении им процессуального руководства расследованием. В своей сущности контроль и управление информационными процессами доказывания со стороны прокурора составляет содержание понятия «процессуальное руководство расследованием», его криминалистическую составляющую, благодаря которой мы и можем говорить об эффективности прокурорского надзора.

При осуществлении общенадзорной деятельности (в широком смысле этого слова) вопрос с определением ее эффективности стоит несколько иначе, т.к. здесь нет четко отчерченных уголовно-процессуальных полномочий прокурора.

Вместе с тем с учетом изложенного можно говорить о следующих предпосылках и факторах, определяющих и обусловливающих эффективность общей надзорной работы:

а) знать поставленные Генеральным прокурором актуальные задачи по надзору за исполнением законов;

б) знать приказы и указания Генерального прокурора, в которых определяются основные пути, методы и способы выявления нарушения законов;

в) знать объекты (органы, предприятия), надзор за законностью в деятельности которых осуществляет прокурор;

г) ориентироваться в урегулированных правом общественных отношениях (правовых сферах);

д) ориентироваться в нормативно-правовых актах, надзор за исполнением которых должен осуществлять прокурор;

е) знать типичные нарушения законодательства;

ж) знать источники сведений о допущенных нарушениях;

з) ориентироваться в видах документов и материалах (в том числе формах статистических отчетов), отражающих исполнение тех или иных правовых предписаний и содержащих сведения, необходимые прокурору;

и) знать круг основных вопросов, на которые необходимо дать ответы при проведении проверок исполнения законов.

Очевидно, что помимо этих общих положений, существуют и специфические факторы, вытекающие из различной природы правоотношений, охватываемых предметом прокурорского надзора.

При этом организационно-управленческий аспект общенадзорной работы прокурора охватывает различные мероприятия по организации аналитической работы, созданию банка данных о выявленных нарушениях (определение источников, содержащих сведения об исполнении тех или иных законов, разработка схемы анализа полученных о них данных). Сюда же относятся вопросы прокурорской методики и тактики, организации труда и, что важно применительно к рассматриваемой проблеме – использование специальных познаний (форма и порядок привлечения специалистов и пр.), координация и планирование совместной с ними работы.

Только такого рода целенаправленность прокурорских действий, логическая увязка выявленных нарушений, специальных познаний и мер прокурорского реагирования позволяют обеспечить полноту, объективность и эффективность проверки.

Под специалистами обычно понимают лицо, которое владеет в силу своей профессиональной подготовки определенными знаниями и выполняет конкретный вид трудовой деятельности. Особое место здесь занимает судебный эксперт. А в силу того, что вопросы своевременного влияния нарушений законодательства РБ, а также профилактики правонарушений и преступлений должны являться базовыми направлениями в деятельности не только органов прокуратуры и контрольно-ревизионных органов, но и в том числе и экспертных учреждений – вопросы координации их усилий в исследуемом направлении – это острая потребность сегодняшнего дня.

В настоящее время эксперт является обязательным звеном в цепочке выявления, расследования и судебного доказывания преступлений. Но экспертная деятельность – это не только собственно процессуальная деятельность (в том числе профилактическая экспертная инициатива в соответствии со ст. 226 УПК), но и важнейшая составляющая государственной профилактической функции всех субъектов правоприменения, направленная на выявление, пресечение, профилактику и процессуальную реализацию выявленных уголовно-релевантных фактов. К сожалению, в настоящее время именно эта функция в Республике Беларусь нуждается в поддержке и развитии. Статус эксперта в указанном аспекте ошибочно не рассматривается с позиций государственной пользы. Следует отметить, что ранее (с 1986 г. по 1991 г.) существовал механизм централизованной подготовки, реализации, контроля выполнения профилактических предложений экспертных учреждений, чем достигался значительный эффект в деле борьбы с преступностью. Предложения экспертных учреждений находили свою реализацию как в форме организационных решений, так и в процессе нормотворчества. В настоящее время такого отлаженного и оперативного механизма нет.

Вместе с тем, совершенно очевидным является то обстоятельство, что ***правонарушения государству легче и экономически целесообразнее предотвращать, чем нести бремя выявления, расследования и доказывания,*** требующего значительных материальных затрат и соответствующих людских ресурсов. Для примера экспертиза одной партии контрафактной продукции, которая в последующем не может быть реализована в доход государства, может стоить бюджету страны десятки и даже сотни миллионов рублей. Чаще всего эти затраты не компенсируются. Аналогичных примеров можно привести множество. Именно здесь органы прокуратуры Республики Беларусь должны проявлять большую креативность в работе – являться основным потребителем экспертно-профилактической деятельности судебно-экспертных учреждений страны. С другой стороны практика показывает и обратную связь – отсутствие помощи специалистов вызывает заметное снижение эффективности надзорной деятельности прокуроров. Юрист в силу объективных причин оказывается не в

состоянии глубоко проанализировать специфическое отраслевое законодательство, и, соответственно, многочисленную нормативную базу, регулирующую те или иные общественные отношения. В силу этих же причин невозможно полностью оценить специфические технологические, экономические и т.д. факторы. Как следствие – затруднено выявление нарушений закона, признаков совершенного преступления, его причин и условий, требующих устранения. Ведь иногда в подготовке к совершению правонарушений участвуют и недобросовестные должностные лица и специалисты контролирующих органов, обеспечивающих «прикрытие» незаконной деятельности. Преступления нередко умело скрываются с использованием пробелов отраслевого законодательства, а иногда пробелы намеренно создаются разработчиками ведомственных нормативно-правовых актов. В такой ситуации значительно усиливается латентность правонарушений. В этой связи, исключительную актуальность представляет вопрос реального создания системы криминалистического обеспечения надзорной деятельности прокуратуры с широким использованием потенциала профильных экспертных подразделений.

Данный вопрос представляет актуальность еще и в разрезе профилактических предложений судебных экспертов, которые пока не находят своей дальнейшей реализации в деятельности правоохранительных органов и организаций отраслевых министерств и ведомств. К примеру, анализ практики производства судебных строительно-технических экспертиз за 2004-2008 гг. показывает, что из всего объема исследованных объектов (около 2000 в год) ни разу не подтвердилось декларированное (документально подтвержденное) высокое качество выполнения строительных и иных работ. Фактически во всех случаях выявляется повальное нарушение СНиПов, стандартов, требований инструкций, указаний, приказов и т. д. И это притом, что несчастные случаи на строительных объектах, хищения, злоупотребления все чаще и чаще являются предметом расследования со стороны соответствующих органов и рассмотрения судами уголовных дел. Кроме того, результаты поведенных судебных строительно-технических экспертиз даже по гражданским делам и делам о хозяйственных спорах часто свидетельствуют о наличии признаков преступлений, в том числе способных повлечь несчастный случай. Однако нет информации о том, чтобы указанные факты становились предметом разбирательства со стороны органов уголовного преследования, то есть в рамках уголовного процесса. Таким образом, теряется неотъемлемая связь между системой выявления и процессуальной реализации выявленных противоправных фактов на различных стадиях и этапах гражданского и уголовного процессов. В этом, в значительной степени, и состоит профилактическо-криминалистическая составляющая судебной экспертизы и ее связь с системой правоприменения.

Учитывая изложенное, можно сделать вывод, что для повышения эффективности прокурорского надзора требуется активная реализация прокурором криминалистических знаний, методов и методик, то есть

однозначный вывод о том, что криминалистическая и экспертная поддержка деятельности прокурора позволит последнему более системно и глубоко осуществлять свои полномочия. Судебно-экспертные учреждения страны, равно как и иные специалисты обязаны обеспечивать участие квалифицированных специалистов в общенадзорной и иной деятельности органов прокуратуры по ряду направлений:

1. При организации планирования и осуществлении общенадзорных проверок (на основе данных экспертно-профилактической деятельности судебно-экспертных учреждений возможен выбор наиболее криминогенных объектов и направлений общенадзорной работы; определение круга наиболее проблемных и значимых вопросов, подлежащих проверке, способов и методов выявления нарушений с привлечением специалистов в области криминалистики и судебной экспертизы; разработка ориентирующих перечней признаков тех или иных правонарушений и т.д.). Примером может служить результат анализа организационных и правовых условий осуществления оценочной деятельности на основе экспертной практики. Экспертами НИИКиСЭ Министерства юстиции Республики Беларусь выявлены условия, способствующие причинению вреда незаконными действиями оценщиков экономическим интересам государства. Это явилось следствием того, что разработка ведомственных нормативно-правовых актов выполнялась узкими специалистами и фактически никем не оценивалась с позиции криминалистической профилактики и соответствующих возможностей регулирующего воздействия прокурорского надзора. Результаты проделанной работы могут служить ориентирующей информацией для участия в работе межведомственной рабочей группы, созданной по поручению Совета министров Республики Беларусь. Эти же данные можно использовать в ходе планирования общенадзорных проверок по крупным предприятиям, подлежащим акционированию или приватизации. Причем на этапе планирования и подготовки общенадзорных проверок на основе обобщения экспертных данных можно четко определить круг значимых признаков для выявления фактов мошенничества, причинения вреда путем реализации государственного имущества по заниженным ценам и т.д. Оперативность и результативность таких проверок, полагаем, существенно повысится.

Можно также привести пример, когда экспертом-дорожником, исходя из его специальных знаний и навыков, серьезнейшие нарушения, допущенные при строительстве участка дороги на ул. Кальварийской в г. Минске, были выявлены непосредственно в ходе осмотра. Без специалиста данный факт остался бы незамечен или потребовал бы от прокурора значительных затрат сил и времени на изучение отраслевого законодательства.

2. При осуществлении системного анализа результатов общенадзорных проверок, расследования уголовных дел, рассмотрения дел судами, материалов экспертной практики и, как итог, формирования консолидированных решений, направленных на установление режима законности в стране. Примером может служить профилактический отчет НИИКиСЭ по преступлениям, предметом

посягательства которых являются мобильные телефоны. В данном отчете содержатся сведения, позволяющие максимально повысить эффективность расследования дел данной категории и тем самым значительно снизить количество совершаемых преступлений. Особенности системного анализа, который без участия специалистов невозможно обеспечить, состоят в том, что достигается кумулятивный эффект, создающий условия невыгодности и высокого риска ответственности при совершении подобных преступлений. Следует отметить, что ценность профилактических предложений значительно повышается за счет комплексного анализа проблемы.

В качестве основы для формирования планов общенадзорных проверок, а также в целях обеспечения органов, осуществляющих общий надзор, актуальной информацией о выявленных экспертным путем способах совершения преступлений, о причинах и условиях, способствующих совершению правонарушении различных видов, НИИКиСЭ в 2008 г. были подготовлены отчеты. В отчетах отмечены пути экспертной профилактики и возможные способы предупреждения правонарушений и преступлений отдельных видов, а также справочная информация для должностных лиц, осуществляющих проверки и расследование по фактам обрушений зданий (сооружений).

Такого рода информация (использование специальных познаний «сведущих лиц») может и должна являться для прокурора не только ориентирующей, но и базовой для организаций проведения эффективных общенадзорных проверок. Но здесь следует предостеречь от целого ряда сложившихся стереотипов по поводу применения этих специальных познаний. Многолетнее обращение автора с прокурорами с мест убеждает в том, что отсутствие у них четких представлений о должном, возможном и запрещенном толкает их на некую имитацию надзора вместо действенных мер по установлению искомых обстоятельств и фактических данных. Это касается прежде всего назначения экспертиз, специальных исследований и т.д. в области экономики. На этом следует остановиться подробнее.

Прокуроры прибегают к помощи специалистов на разных этапах работы: при подготовке к проверке, особенно проводимой впервые, при оценке материалов, поступивших из контролирующих органов, если необходимо ее углубить и для этого требуется дать поручение об анализе документов, отчетных данных, носящих предметный характер; в случае необходимости исследования образцов, проб материалов. Эта помощь выражается в следующих формах.

□ Часто прокурору необходимы консультации сведущих лиц о технических особенностях, технологических процессах, документообороте с тем, чтобы определиться в направлении требований к тем специалистам, которые могут решить поставленный вопрос.

В данном случае мнение специалиста (эксперта) не нуждается в официальном документальном подтверждении, ибо решение принимает прокурор на предварительной стадии работы. Представляется обоснованным

обращение за консультациями не только в судебно-экспертные учреждения, но и в научные или учебные заведения, в контрольно-ревизионные учреждения либо органы.

□ Помощь специалистам нужна для фиксации тех или иных фактов производственной, хозяйственной деятельности, имеющих значение для установления самого события правонарушения.

□ Наиболее значимой является проверка достоверности интересующих прокурора сведений специалистами соответствующей отрасли знания (изучение технологических процессов, бухгалтерской документации, осмотр и оценка технических устройств и технологического оборудования, проведение соответствующих анализов и т.д.).

Если прокурорская проверка проводится с участием специалистов, то необходимо поручать им выполнение только тех действий, которые входят в круг их обязанностей и не затрагивающих вопросы юридической оценки тех или иных фактов. Специалисты в этом случае могут:

- консультировать прокурора по самым разным сторонам деятельности проверяемого объекта;
- проводить проверочные действия по установлению фактов неправового характера, связанных с использованием законов и позволяющих решать необходимые для прокурора вопросы;
- делать расчеты, проводить анализы, брать пробы и т.д.;
- устанавливать соответствие производственных процессов техническим условиям и требованиям;
- проверять техническое состояние машин и механизмов;
- определять сумму причиненного ущерба.

При этом прокурор должен (не подменяя специалиста) четко знать, что последний хочет установить и каким способом. К сожалению, этой стороне деятельности прокурора в порядке общего надзора не уделяется сколько-нибудь значительного внимания. Не ведутся научные исследования; их отсутствие сковывает прокуроров, заставляет обращаться к «доморощенной» практике.

Процесс увеличения эффективности прокурорского надзора может и должен идти и по линии заимствования рекомендаций криминалистики, в частности, положений методики и тактики расследования преступлений экономического характера. Знание прокурором способов совершения таких опасных посягательств на экономическую систему, как присвоение вверенных средств путем внесения подлогов в бухгалтерские документы, всевозможных манипуляций, связанных с неуплатой налогов, хищений, злоупотреблений служебным положением и т.д. вводит в прокурорские методические рекомендации элементы научного целеполагания, упорядочивает представление прокурора о связи выявленных, а подчас просто лежащих на поверхности нарушений с преступлениями, а поэтому влияет на результативность мер прокурорского реагирования. В этом смысле прокурора

как охранителя закона действительно не может заменить ни один из существующих органов государственного контроля.

Особое место среди форм специальных познаний в общенадзорной деятельности прокуратуры представляет собой право прокурора требовать проверок и ревизий предприятий, организаций в связи с поступившими в органы прокуратуры сообщениями и материалами. На практике выделяются следующие основания назначения ревизий и специсследований:

- факты злоупотребления должностных и материально ответственных лиц органов государственной власти и местного самоуправления, руководителей и иных уполномоченных лиц государственных предприятий, учреждений;
- факты нецелевого использования, невозвращения средств бюджета соответствующего уровня, представленных хозяйствующим субъектам, основанным на частной форме собственности;
- неисполнение требований законодательства об оценке подлежащего приватизации, изъятию, аресту и т.д. имущества, о проверке его фактического наличия;
- неисследование обстоятельств выявленных нарушений причинно связанных с другими имевшими место в иных предприятиях, организациях (непроведение так называемых встречных проверок);
- обоснованное возражение лица, допустившего правонарушение, о проверке его объяснений, опровергающих возникшее подозрение.

Ревизия (равно как и специсследование) как средство собирания фактических данных о допущенных правонарушениях – одно из важнейших способов утверждения принципов законности, противопоставление преступному напору мер адекватной защиты экономической безопасности. С помощью ревизий (специсследований) вскрываются наиболее опасные противоправные действия. Выделяя базисные положения закона и грамотно используя помощь специалистов (судебных экспертов), можно если не предотвратить, то значительно минимизировать криминальную нагрузку на экономику при одном условии – достаточной научной и методической проработки этих вопросов. Для методического обеспечения следует:

- разработать методику выявления нарушений экономической направленности (равно как и иных направлений регулирующего воздействия прокурорского надзора) «на выходе» хозяйственной деятельности; исключить из надзорной практики трудоемкий, требующий специальной экономической подготовки анализ сопряженных показателей, связанных с необходимостью исследования балансов, первичных документов, характеризующих повседневную, оперативную деятельность. Экономическая безграмотность прокуроров направляет их по неэффективному, а нередко ложному пути. Необходимо добиваться такого положения, чтобы

прокурор, будучи «специалистом по законности», усмотрев признаки противоправной деятельности, поручал бы соответствующим специалистам проверить эту информацию по технологической цепочке;

- разработать методические указания по организации межведомственного взаимодействия с контрольно-ревизионными органами, судебно-экспертными учреждениями по организации банка данных обновляемых контролирующими органами экономических (равно как и иных) правонарушениях, их анализу и принятию в конечном результате действенных мер прокурорского реагирования.

Создание подобного рода современных методик осуществления общенадзорной деятельности позволит значительно оптимизировать деятельность прокуратуры:

- перейти от сплошного или случайного надзора к принципу проблемного надзора с выделением приоритетов на ближайшие три-четыре года с необходимой корректировкой и корреляцией при изменении ситуации. Это позволит не распылять силы на второстепенные, ничего не меняющие в состоянии законности вопросы;
- инициативный надзор сосредоточить на исполнении базовых (а не технологических) положений законодательства о государственной собственности, земельного, бюджетного, налогового, таможенного законодательства, от надлежащего исполнения которых зависит в значительной мере экономическая независимость страны;
- выдвинуть во главу угла реальную ответственность конкретных виновников нарушений и возмещение им ущерба.

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В.В. Бачила,
начальник Академии
МВД Республики Беларусь,
кандидат юридических наук, доцент

В статье на основе обобщения результатов теории оперативно-розыскной деятельности и опыта работы оперативных подразделений рассматриваются актуальные вопросы данного вида

правоприменительной практики. Дается оценка современного состояния основных институтов теории оперативно-розыскной деятельности. Проведен анализ используемого понятийного аппарата. Обозначены пути совершенствования основополагающих общих и частных теорий оперативно-розыскной деятельности.

Теория оперативно-розыскной деятельности зарождалась в лоне двух наук – криминалистики и уголовного процесса. В начале XX в. в работах ряда авторов (В.И. Громова[386], В.И. Лебедева[387], И.Н. Якимова[388] и др.) по криминалистике и уголовному процессу были сформулированы отдельные положения, имеющие непосредственное отношение к оперативно-розыскной деятельности: о деятельности сотрудников уголовного розыска; средствах, необходимых им при работе; искусстве грима и его использовании в оперативной работе; наблюдении за преступниками; использовании розыскных собак при раскрытии преступлений и др. Существенную роль в становлении и развитии теории оперативно-розыскной деятельности сыграли работы Р.С. Белкина, В.П. Божьева, А.И. Винберга, Г.Г. Зуйкова, Л.М. Корнеевой, В.Н. Лаврова, И.М. Лузгина, А.Р. Ратинова и других авторов.

Систематическая и планомерная разработка научных основ теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел началась в середине 50-х – начале 60-х гг. XX в. Этому способствовало то обстоятельство, что в учебных заведениях системы МВД СССР были созданы самостоятельные кафедры оперативно-розыскного профиля, профессорско-преподавательский состав которых стал активно разрабатывать основные научные институты теории оперативно-розыскной деятельности.

Получили фундаментальную разработку вопросы, связанные с определением предмета, субъектов, средств, методов и форм оперативно-розыскной деятельности. На научной основе были сформулированы важнейшие исходные положения работы с конфидентами, основы общей и частной тактики, вопросы выявления, предупреждения и раскрытия конкретных видов преступлений, розыска скрывшихся преступников, а также другие составляющие теории оперативно-розыскной деятельности.

Большой вклад в становление и развитие теории оперативно-розыскной деятельности внесли и вносят российские ученые: А.И. Алексеев, В.Г. Бобров, Ю.С. Блинов, А.С. Вандышев, А.Ф. Возный, К.К. Горяинов, Д.В. Гребельский, Е.А. Доля, Ю.Ф. Кваша, И.А. Климов, В.П. Кувалдин, А.Г. Лекарь, В.А. Лукашов, С.С. Овчинский, В.И. Омелин, В.Г. Самойлов, В.В. Сергеев, Г.К. Синилов, К.В. Сурков, А.Б. Утевский, А.Е. Чечетин, А.Ю. Шумилов и др.

Особую роль в становлении и развитии теории оперативно-розыскной деятельности сыграли и ученые Республики Беларусь. У истоков отечественной школы стоят Л.Н. Калинкович, И.И. Басецкий, В.И. Янушко, Г.Т. Кабанов,

---

[386] Громов, В.И. Дознание и предварительное следствие / В.И. Громов. – М., 1925.
[387] Лебедев, В.И. Искусство раскрытия преступлений. 1. Дактилоскопия / В.И. Лебедев. – СПб., 1909.
[388] Якимов, И.Н. Криминалистика. Руководство по уголовной технике и тактике / И.Н. Якимов. – М., 1925.

Н.А. Комяк, В.Н. Сидорик, П.Н. Сидорик, их работу продолжили В.П. Шиенок, М.П. Коледа, М.Ф. Гончаренко, А.В. Пивоварчик, Л.В. Саленик, А.В. Яскевич, В.Б. Шабанов, В.Ч. Родевич, Д.Г. Цыганков, О.В. Степанов, В.С. Гальцов, А.А. Вишневский, С.В. Бородич, В.И. Берестень, В.В. Стрежнев, Э.П. Костюкович, И.В. Ломоть, В.Е. Козлов, И.Л. Петрик, Д.В. Перевалов, А.В. Башан, Д.Л. Харевич, А.А. Румянцев, В.И. Свентицкий, В.С. Гайдельцов, С.В. Верлуп.

Несмотря на значительное количество научных трудов, посвященных различным вопросам теории и практики оперативно-розыскной деятельности, многие проблемы остаются не исследованными либо нуждаются в дальнейшей разработке[389] [4]. Необходимость их изучения предопределяется изменениями, произошедшими в последние десятилетия в социально-экономической жизни общества, оперативной обстановке, законодательных и подзаконных нормативных правовых актах, регламентирующих оперативно-розыскную деятельность, а также многими другими факторами. Как следствие, оперативные подразделения органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, сталкиваются с объективной потребностью радикального пересмотра сложившихся ранее организационно-тактических схем использования имеющихся возможностей в борьбе с преступностью.

В настоящей статье мы не претендуем на исчерпывающее рассмотрение всех проблемных вопросов теории оперативно-розыскной деятельности, а лишь выделяем наиболее значимые в современных условиях, отмечая их ключевые составляющие.

Прежде всего, в теории оперативно-розыскной деятельности требуют дальнейшего изучения и разрешения проблемные вопросы, касающиеся:

– правового регулирования оперативно-розыскной деятельности;

– соотношения понятий «оперативно-розыскные меры», «оперативно-розыскные мероприятия», «оперативно-розыскные действия», а также методов и оперативно-розыскных мероприятий;

– содержания проведения отдельных оперативно-розыскных мероприятий;

– содействия лиц органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность;

– использования результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном производстве;

– обеспечения прокурорского надзора за исполнением законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности;

– соблюдения законности, прав и свобод человека и гражданина в сфере оперативно-розыскной деятельности.

Вопросам исследования правового регулирования оперативно-розыскной деятельности в Республике Беларусь посвящены научные работы

---

[389] Атмажитов, В.М. Об основных направлениях дальнейшего развития теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел / В.М. Атмажитов, В.Г. Бобров // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Тр. Акад. упр. МВД России. – М.: Акад. упр. МВД России, 2001.

Л.Н. Калинковича, И.Г. Басецкого, Н.А. Комяка, В.Б. Шабанова, А.В. Пивоварчика, Л.В. Саленика, И.В. Ломотя, В.С. Гайдельцова.

Следует отметить, что действующее правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности не отвечает современным потребностям правоприменительной практики и нуждается в совершенствовании. Это возможно только на основе использования результатов научных исследований различных аспектов данной проблемы. Проанализируем лишь отдельные ее стороны, носящие, на наш взгляд, концептуальный характер.

Принятие закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» событие, безусловно, оставляющее неизгладимый след как в деятельности оперативных подразделений, так и в развитии соответствующей теории. Во-первых, опубликование данного законодательного акта в значительной степени легализовало основные положения оперативно-розыскной деятельности, считавшиеся ранее сведениями закрытого (секретного) характера. Во-вторых, принятие в 1999 г. новой редакции и последующие изменения и дополнения вышеуказанного закона требуют научного переосмысления некоторых положений теории оперативно-розыскной деятельности, ее терминологии. Действительно, будучи всегда закрытой, практика оперативно-розыскной деятельности сформировала свою специальную терминологию, свой профессиональный язык. Теория, используя эти специфические термины, придавала им научную значимость.

В соответствии с положениями закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» оперативно-розыскная деятельность осуществляется гласно и негласно уполномоченными на то законом органами посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий.

Следовательно, оперативно-розыскные мероприятия – это составной структурный элемент оперативно-розыскной деятельности, состоящий из системы взаимосвязанных действий, направленных на решение конкретных тактических задач[390].

В связи с этим необходимо обратить внимание на следующие обстоятельства: во-первых, оперативно-розыскные мероприятия выступают как тактические категории[391] теории оперативно-розыскной деятельности; во-вторых, в законодательстве Республики Беларусь отсутствует определение оперативно-розыскного мероприятия.

При этом оперативно-розыскные мероприятия как тактические категории определенным образом соотносятся с методами теории оперативно-розыскной

---

[390] Мешков, В.М. Оперативно-розыскная тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия: Учеб.-практ. пособие / В.М. Мешков, В.В. Попов. – М.: Щит-М, 1999. – С.18.

[391] Вместе с тем, в последнее время ряд российских исследователей относят оперативно-розыскные мероприятия к организационным категориям, что привносит дополнительную полемику в рассматриваемый аспект (См.: Ривман, Д.В. К вопросу о сущности, видах и методах оперативно-розыскного наблюдения / Д.В. Ривман, И.Е. Храбров // Актуальные проблемы теории и практики оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел: сб. ст. Красноярск: КВШ МВД России, 1997. – С. 134; Петров, В.В. Структура (юридически значимое содержание) оперативно-розыскного мероприятия и его значение для юридической характеристики оперативно-розыскных мероприятий / В.В. Петров // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Десять лет российскому оперативно-розыскному закону): вневедомств. сб. науч. работ. Вып. 5 // Под ред. А.Ю. Шумилова. – М.: Изд-во Шумилова И.И., 2002. – С. 89.).

деятельности. По мнению авторов научно-практического комментария к закону Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности», оперативно-розыскные методы представляют собой соответствующие научные категории, реализуемые в практической деятельности в качестве оперативно-розыскных мероприятий.

Вместе с тем необходимо отметить терминологическую и смысловую противоречивость некоторых базовых понятий, содержащихся в законе Республики Беларуси «Об оперативно-розыскной деятельности». К сожалению, законодатель не только механически воспроизвел ряд неудачных положений предыдущего закона, но и ввел в оборот новые термины, не отражающие реального состояния оперативно-розыскной теории и практики. Так, наведение справок, отождествление личности, наделяемые статусом оперативно-розыскного мероприятия, по сути таковыми не являются. Это типичные тактические задачи, решение которых возможно за счет использования широкого спектра оперативно-розыскных сил, средств и методов[392].

Кроме того, законодатель, используя термины «мероприятия» и «действия», ставит между ними знак равенства, считая их синонимами. Действительно, если обратиться к словарю русского языка, можно прийти именно к такому выводу – мероприятие есть организованное действие. Развернувшаяся в российских научных изданиях полемика ученых по вопросу о соотношении понятий «оперативно-розыскные меры», «оперативно-розыскные мероприятия», «оперативно-розыскные действия»[393], нередко носящая противоречивый характер, требует дальнейшего его теоретического осмысления.

Суть этой полемики заключается в том, чтобы определить, какое из понятий является базовым, как они соотносятся между собой, что влечет за собой правильное применение на практике положений оперативно-розыскного закона. Например, по мнению В.М. Атмажитова и В.Г. Боброва: «Термин «оперативно-розыскные меры» является базовым. Он включает в себя совокупность действий, направленных на достижение определенных целей, связанных с осуществлением оперативно-розыскной деятельности. Эти действия не ограничиваются оперативно-розыскными мероприятиями. Они могут носить характер организационно-управленческих, организационно-тактических мер, быть связаны с применением методов оперативно-розыскной деятельности, органов внутренних дел, оперативной техники, оперативных учетов и т. д.

---

[392] Басецкий, И.И. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» / И.И. Басецкий [и др.]. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2000. – С. 9.

[393] Захарцев, С.И. Оперативно-розыскные мероприятия: Общие положения / С.И. Захарцев. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юрид. центр Пресс», 2004; Чечетин, А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография / А.Е. Чечетин. М.: Издат. дом Шумиловой И.И., 2006; Теория оперативно-розыскной деятельности: Учебник / Под ред. К.К. Горяинова, В.С. Овчинского, Г.К. Синилова. – М.: ИНФРА-М, 2006.

Таким образом, понятие «оперативно-розыскные меры» является более емким, а «оперативно-розыскные мероприятия» – это лишь определенная их часть»[394].

В свою очередь, А.Е. Чечетин на основе анализа теории вопроса и понятийного аппарата оперативно-розыскного закона утверждает, что: «… понятие «действия» шире объема понятия «оперативно-розыскные мероприятия», а поэтому всякое ОРМ следует рассматривать как оперативно-розыскное действие, но не всякое оперативно-розыскное действие как ОРМ. В данном случае, согласно правилам логики, понятие оперативно-розыскных действий и ОРМ соотносятся как общее и частное, при этом действия будут родовым понятием, а мероприятия – видовым. Этот вывод имеет принципиальное значение …»[395].

Вопросами изучения оперативно-розыскной тактики в Республике Беларусь на глубоком исследовательском уровне (в диссертациях и монографиях) занимаются И.И. Басецкий, В.П. Шиенок, А.В. Пивоварчик, А.В. Яскевич. Следовательно, одной из важнейших задач теории оперативно-розыскной деятельности как системы знаний является совершенствование ее понятийного аппарата и раскрытие содержания исходных понятий.

В этой связи, по нашему мнению, следует расширить перечень базисных понятий, содержащихся в ст. 2 закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности», дополнив его такими определениями, как «оперативно-розыскное мероприятие», «оперативно-розыскное действие», «оперативно-розыскные меры», «оперативно-розыскные методы», «оперативно-техническое мероприятие», «дело оперативного учета», «конфидент», «лицо, содействующее органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность», и др. По всем этим понятиям ведутся серьезные дискуссии в теории оперативно-розыскной деятельности.

Одним из принципиальных является и вопрос об исследовании процесса формирования оперативно-розыскного права и оперативно-розыскного процесса. Вывод о наличии оперативно-розыскного права был сделан еще А.И. Алексеевым, Г.К. Синиловым, И.И. Басецким в закрытых публикациях 70-80-х гг. прошлого столетия. В последующем А.А. Чувилев[396] и А.Ю. Шумилов[397] высказали категорическое суждение о том, что в системе права появилась новая отрасль – оперативно-розыскное право. Аналогичная дискуссия ведется и по вопросу существования (формирования) оперативно-розыскного процесса. Исследования по данному вопросу в Беларуси ведет И.В. Ломоть. Тем не менее, существование рассматриваемых институтов права и сегодня признается далеко не всеми. По-видимому, это связано с неполным

---

[394] Атмажитов, В.М. Об основных направлениях дальнейшего развития теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел / В.М. Атмажитов, В.Г. Бобров // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Тр. Акад. упр. МВД России. – М.: Акад. упр. МВД России, 2001.

[395] Чечетин, А.Е. Актуальные проблемы теории оперативно-розыскных мероприятий: монография / А.Е. Чечетин. – М.: Издат. дом Шумиловой И.И., 2006. – С. 34.

[396] Чувилев, А.А. Соотношение оперативно-розыскного и уголовно-процессуального права / А.А. Чувилев // Право. 1997. – № 1. – С. 26.

[397] Шумилов, А.Ю. Начала уголовно-розыскного права: монография / А.Ю. Шумилов. – М. – 1998.

определением сущности оперативно-розыскного права и оперативно-розыскного процесса, недостаточной разработкой их основных признаков, источников формирования, функций, ценностей, механизма применения и т. д. Следовательно, можно сделать вывод о том, что интерес к проблемам формирования оперативно-розыскного права и оперативно-розыскного процесса вполне закономерен и обоснован, при этом нельзя исключать, что ученые иных отраслей права смогут внести существенный вклад в развитие теории оперативно-розыскной деятельности и ее правовых основ[398].

Правовое регулирование оперативно-розыскной деятельности тесным образом связано с вопросом о правоотношениях, возникающих в этой сфере и постоянно находящихся в центре научного внимания. В разные годы этой проблемой занимались А.И. Алексеев, А.Ф. Возный, Д.В. Гребельский, И.А. Климов, А.Г. Лекарь, В.А. Лукашов, В.Л. Попов, В.В. Сергеев, Н.И. Сидоренко, Г.К. Синилов, К.В. Сурков, А.Ю. Шумилов и др., а также представители отечественной школы теории оперативно-розыскной деятельности Л.Н. Калинкович, И.И. Басецкий, В.Б. Шабанов, В.С. Гайдельцов. К сожалению, следует признать то обстоятельство, что единых подходов в решении проблем правоотношений, возникающих в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, нет. И это не случайно. В правоотношениях наиболее ярко и собирательно отражаются особенности механизма правового воздействия на общественные связи, отчетливо проявляется специфика используемых различными отраслями права правовых методов регулирования таких связей. Именно в правоотношениях, их возникновении, прекращении и изменении, в тех правах и обязанностях, которые возникают, отпадают, меняют свое содержание, обнаруживается подлинная жизнь норм права[399].

Одним из важных направлений совершенствования оперативно-розыскной деятельности является повышение эффективности оперативно-розыскных мероприятий, проводимых в целях предупреждения, выявления, пресечения преступлений, а также выявление и установление лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших.

Вместе с тем на надлежащем уровне не изучены такие оперативно-розыскные мероприятия, как оперативный эксперимент, проверочная закупка, контролируемая поставка, слуховой контроль, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений, оперативное внедрение. С учетом современной практики, действующего законодательства и уровня развития различных отраслей научного знания нуждаются в переосмыслении отдельные ранее выработанные подходы в организации,

---

[398] Блинов, Ю.С. К вопросу о нормативно-правовых основах оперативно-розыскной деятельности / Ю.С. Блинов // Проблемы формирования уголовно-розыскного права (Десять лет российскому оперативно-розыскному закону): вневедомств. сб. науч. работ: Вып. 5 / Под ред. А.Ю. Шумилова. – М.: Изд-во Шумилова И.И, 2002. – С. 34.

[399] Кечекьян, С.Ф. Правоотношения в социалистическом обществе / С.Ф. Кечекьян. – М. – 1958. – С. 185.

тактике и методике осуществления прежде всего указанных оперативно-розыскных мероприятий.

Необходимо законодательное уточнение оснований и условий проведения оперативно-розыскных мероприятий, а также алгоритма их выполнения.

Так, например, следует отметить то обстоятельство, что в ст. 13 закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» четко не выделены оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан. По-видимому, законодатель, излагая норму таким образом, хотел подчеркнуть, что в правоприменительной практике существуют ситуации, при которых любое из оперативно-розыскных мероприятий в определенных условиях развития событий в реальной действительности может перерасти в мероприятие, связанное с ограничением конституционных прав человека и гражданина. Именно поэтому в законе и очерчены общие критерии, обеспечивающие соблюдение основных конституционных прав человека и гражданина при осуществлении оперативно-розыскных мероприятий.

Следовательно, к оперативно-розыскным мероприятиям, ограничивающим конституционные права человека и граждан, необходимо во всех ситуациях относить: наблюдение (осуществляемое в жилых помещениях и иных законных владениях граждан); обследование помещений, зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств (осуществляемое при негласном обследовании жилища и иных законных владений граждан); слуховой контроль; контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений; прослушивание телефонных переговоров; снятие информации с технических каналов связи. При этом нельзя забывать, что в ходе осуществления остальных оперативно-розыскных мероприятий может возникнуть ситуация, которая переведет их в мероприятия, ограничивающие конституционные права человека и гражданина. Это потребует вынесения мотивированного постановления и получения санкции у прокурора или его заместителя.

Анализ положений указанной выше статьи закона показывает, что в ней содержится противоречие. Так, из ч. 2 ст. 13 закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» следует, что оперативно-розыскные мероприятия, ограничивающие конституционные права граждан проводятся только с санкции прокурора или его заместителя.

Вместе с тем в соответствии с ч. 4 ст. 13 закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности», допускается проведение вышеназванных оперативно-розыскных мероприятий в течение 48 часов без фактического наличия санкции прокурора или его заместителя. Кроме того, ч. 5 ст. 13 закона при определенных условиях допускает проведение таких оперативно-розыскных мероприятий, как прослушивание телефонных переговоров и снятие информации с их технических каналов связи, на основании постановления органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность и без наличия санкции прокурора или его заместителя. Для легитимности проведения данного

мероприятия достаточно лишь письменно уведомить соответствующего прокурора или его заместителя в течение 48 часов.

Тем самым содержание ч. 4, 5 ст. 13 противоречит предписанию ч. 2 ст. 13 закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности». Особенно ярко это видно в ситуации о событиях и действиях, создающих угрозу национальной безопасности Республики Беларусь.

Нельзя обойти вниманием и тот факт, что законодатель несколько сузил круг лиц, в отношении которых могут быть проведены рассматриваемые оперативно-розыскные мероприятия, до понятия «граждане». В правоприменительной деятельности данные мероприятия проводятся не только в отношении граждан Республики Беларусь, но и иных лиц (например, лиц без гражданства и др.).

Еще одно противоречие, содержащееся в рассматриваемой статье, заключается в следующем. Из содержания ч. 11 ст. 13 закона следует, что «Срок проведения оперативно-розыскных мероприятий, перечисленных в части второй настоящей статьи, исчисляется в сутках со дня санкционирования постановления прокурором или его заместителем и не может превышать двух месяцев…», т.е. проведение оперативно-розыскного мероприятия становится правомерным лишь с момента санкционирования постановления прокурором или его заместителем. Следовательно, если будет получена информация, изобличающая преступников до санкционирования оперативно-розыскного мероприятия прокурором или его заместителем, то она не может использоваться в уголовно-процессуальном производстве.

Имеются и иные неточности в ст. 13 закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности».

В юридической литературе высказываются точки зрения, касающиеся уточнения системы оперативно-розыскных мероприятий. Например, В.М. Атмажитов и В.Г. Бобров в одной из своих работ предлагают, в частности:

«опрос» переименовать в «оперативный опрос»;

«наведение справок» – в «оперативное наведение справок»;

«сбор образцов для сравнительного исследования» – в «сбор образов для оперативного исследования»;

«проверочную закупку» – в «оперативную закупку»;

«исследование предметов и документов» – в «оперативное исследование предметов, документов и иных объектов»;

«наблюдение» – в «оперативное наблюдение»;

«отождествление личности» – в «оперативное отождествление личности и иных объектов» (вариант: «установление сходства личности и иных объектов»);

«обследование помещений зданий, сооружений, участков местности и транспортных средств» – в «оперативный осмотр». При этом следует иметь в виду, что осматриваться могут не только объекты, перечисленные в действующем законе, но также и иные объекты (предметы, документы и т.д.);

«контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных сообщений» – в «оперативный контроль почтовых отправлений, телеграфных и иных

сообщений». Кроме того, они предлагают расширить перечень мероприятий, установленный оперативно-розыскным законом, дополнив его оперативно-розыскными мероприятиями «личный сыск»; «использование экстраординарных психофизиологических возможностей человека»; «составление оперативного психологического портрета» (вариант: «составление психологического портрета лица, причастного к совершению преступления, и иных граждан»); «оперативные переговоры» (вариант: «переговоры с лицом, совершившим преступление, и с другими гражданами»)[400].

Вместе с тем правоприменительная практика постоянно корректирует алгоритм проведения оперативно-розыскных мероприятий не только путем совершенствования конкретных норм оперативно-розыскного законодательства, но организационно-тактических построений и методик. Дальнейшей научной проработки требуют аспекты, связанные с определением правовой природы оперативно-розыскных мероприятий, их сущности, основных элементов, классификации.

Изучение проблем относительно лиц, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, всегда уделялось пристальное внимание со стороны многих ученых. В частности, различные аспекты данной проблемы на диссертационном и монографическом уровне исследовали А.И. Алексеев, В.В. Баранов, И.И. Басецкий, Ю.С. Блинов, Д.В. Гребельский, Ю.Ф. Кваша, В.А. Лукашов, В.Г. Маматов, Б.Г. Морохин, Г.К. Синилов, К.М. Тарсуков и др.

Однако за чертой глубокого научного изучения в Республике Беларусь остались понятия, используемые в оперативно-розыскном законе: «лица, содействующие органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность», «лица, сотрудничающие с органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность», «лица, оказывающие помощь органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность», «лица, оказывающие содействие на конфиденциальной основе», «лица, содействующие на контрактной основе органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность», «конфидент», «конфиденциальное содействие». Из содержания закона также неясен правовой статус лиц, содействующих органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность не на контрактной основе. Например, каким образом оформляется факт сотрудничества с этими лицами – в письменной или устной форме? Важность данного аспекта определяется тем, что могут возникнуть различные юридические последствия, связанные с их участием в оперативно-розыскной деятельности. Так, вправе ли они самостоятельно проводить (осуществлять) отдельные оперативно-розыскные мероприятия или только могут принимать участие в них по решению соответствующего должностного лица, органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность?

---

[400] Атмажитов, В.М. О законодательном регулировании оперативно-розыскной деятельности: науч. докл. / В.М. Атмажитов, В.Г. Бобров. – М. – 2003. – С. 14.

Кроме того, требуют дальнейшей научной проработки проблемы, касающиеся:

– формирования общей теории конфиденциального сотрудничества как самостоятельного института теории оперативно-розыскной деятельности с учетом всех субъектов, осуществляющих оперативную работу;

– формирования частных теорий конфиденциального сотрудничества с учетом специфики субъектов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность.

Результаты проведенных по указанным направлениям исследований должны быть использованы в ходе совершенствования правовой основы оперативно-розыскной деятельности, и в первую очередь норм закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности».

Важное место в теории оперативно-розыскной деятельности занимает вопрос об использовании результатов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном производстве. В научной литературе данной проблеме уделено определенное внимание. Однако многие положения остаются дискуссионными.

Монографические и диссертационные исследования в данном направлении ведут такие российские ученые, как Д.И. Бедняков, Н.А. Громов, А.Н. Гущин, Е.А. Доля, А.В. Земскова, Ю.В. Кореневский, М.Е. Токарева, В.А. Пономаренков, Ю.В. Францифоров. В Республике Беларусь отдельные аспекты проблемы исследовались в области теории оперативно-розыскной деятельности И.И. Басецким, Л.Н. Калинковичем, А.В. Пивоварчиком, И.В. Ломотем, а также представителями уголовного процесса и криминалистики А.И. Шведом, А.М. Хлусом, О.В. Танкевичем.

В последние десятилетия проблема использования материалов, полученных в ходе осуществления оперативно-розыскной деятельности, вызывает все больший интерес. Так, как в вопросе о предназначении полученной в результате проведения оперативно-розыскных мероприятий информации существовало и существует много спорных положений теоретического, правового, организационного и тактического характера (например, соотношение оперативно-розыскной деятельности и процесса доказывания, место органов дознания в раскрытии преступлений, доказательственное назначение непроцессуальных материалов и др.).

Нередко точки зрения, о доказательственном назначении оперативно-розыскной информации, полученной в ходе проведения оперативно-розыскных мероприятий, довольно разнообразны: от безоговорочного отрицания возможности использования оперативно-розыскных материалов (сведений) в доказывании до признания за ними статуса источников доказательств. Это приводило и приводит к различному толкованию на практике многих положений имеющейся законодательной базы.

В настоящее время предпринимается целенаправленная попытка создания на основе вышеуказанных и ряда других научных работ, а также накопленного

практического опыта целостной концепции использования результатов оперативно-розыскной деятельности при расследовании преступлений.

Потребность в такой концепции вызвана, прежде всего, необходимостью разрешения комплекса фундаментальных теоретических и прикладных проблем использования результатов оперативно-розыскной деятельности при расследовании преступлений, требующих доктринального толкования в условиях проведения правовой реформы в нашей стране, а также роста преступности, обусловленного создавшейся экономической и политической ситуацией. Данная теория не потеряет своей актуальности и по мере возможной стабилизации обстановки в государстве, так как общество должно постоянно поддерживать оптимальный уровень готовности к защите своих интересов[401].

С учетом правоприменительной практики и результатов научных исследований требуется дальнейшая теоретическая проработка следующих аспектов:

– совершенствования норм закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» и Уголовно-процессуального кодекса Республики Беларусь, регулирующих предоставление и использование материалов оперативно-розыскной деятельности в уголовно-процессуальном производстве[402];

– подготовки межведомственного нормативного правового акта «Инструкция о порядке оформления и предоставления оперативными подразделениями материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, для их использования в уголовном процессе»;

– уточнения терминов «материалы оперативно-розыскной деятельности», «результаты оперативно-розыскной деятельности», «сведения оперативно-розыскной деятельности», «оперативно-розыскная информация» и их юридическое закрепление.

Полагаем, что затронутый нами спектр проблем в данной части требует от ученных и практиков по-новому взглянуть на многие положения не только оперативно-розыскной деятельности, но и уголовного процесса.

Особую остроту имеет сегодня и еще одна рассматриваемая нами проблема – обеспечение прокурорского надзора за исполнением законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности. Исследования в данном направлении в Республике Беларусь не носят развернутого характера.

Правовую основу прокурорского надзора за исполнением законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельностью составляют законы

---

[401] Земскова, А.В. Содержание и значение теоретической концепции использования результатов оперативно-розыскной деятельности при расследовании преступлений / А.В. Земскова // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: тр. Акад. упр. МВД России. – М.: Акад. упр. МВД России, 2001. – С. 69.

[402] Бачила, В.В. Об использовании в судебной практике оперативно-розыскной информации, полученной в результате проверочной закупки / В.В. Бачила // Судебная практика в контексте принципов права и законности: сб. науч. тр. / редкол.: В.М. Хомич (гл. ред.) [и др.]. – Минск: Тесей, 2006; Бачила, В. Оперативно-розыскное мероприятие «оперативный эксперимент»: теория и практика / В. Бачила // Судовы веснік. – 2007. – № 3 (63); Бачила, В. Оперативно-розыскное мероприятие «проверочная закупка»: теория и практика / В. Бачила // Судовы веснік. – 2007. – № 4 (64).

Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» и «О прокуратуре Республики Беларусь». Анализ данных нормативных правовых актов говорит о наличии ряда несоответствий между нормами внутри этих законов и между собой.

Так, в ч. 1 ст. 29 закона Республики Беларусь «О прокуратуре Республики Беларусь» определяется, что «при осуществлении надзора за исполнением законодательства органами, осуществляющими оперативно-розыскную деятельность, и их должностными лицами Генеральный прокурор Республики Беларусь и уполномоченные им прокуроры в пределах своей компетенции имеют право:

проверять дела оперативного учета, другие материалы и документы, связанные с оперативно-розыскной деятельностью, за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы и преступные организации, негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий…».

Из данной нормы вытекает, что соответствующий прокурор имеет право знакомиться со всеми материалами, находящимися в деле оперативного учета. Однако в делах оперативного учета, как правило, имеются оперативно-служебные документы, из содержания которых могут быть получены данные о лицах, внедренных в организованные преступные группы и преступные организации, негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, а также о лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, организации и тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий. Возникает закономерный вопрос: на что распространяется право прокурорской проверки – на все материалы дела оперативного учета или только их часть?

Еще одно несоответствие усматривается в ч. 2 ст. 14 закона Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» определяющей, что «прокурору или его заместителю представляется мотивированное постановление органа, осуществляющего оперативно-розыскную деятельность, с обоснованием необходимости проведения оперативно-розыскного мероприятия, связанного с ограничением конституционных прав граждан, указанных в части первой настоящей статьи. Прокурор или его заместитель вправе потребовать представить им также иные материалы, касающиеся основания для проведения оперативно-розыскного мероприятия, за исключением данных о лицах, внедренных в организованные преступные группы, негласных сотрудниках органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и лицах, оказывающих им содействие на конфиденциальной основе, об организации и тактике проведения оперативно-розыскных мероприятий».

Анализ данной нормы показывает, что соответствующий прокурор имеет право потребовать иные обосновывающие материалы, касающиеся основания

для проведения оперативно-розыскного мероприятия, за исключением определенных ограничительных данных и сведений. При этом законодатель не расшифровывает, что он понимает под иными обосновывающими материалами.

Вместе с тем в соответствии с п. 13 постановления МВД Республики Беларусь № 307 от 29 сентября 2005 г. «Об утверждении Инструкции о порядке оформления и предоставления оперативными подразделениями органов внутренних дел материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, для их использования в уголовном процессе» устанавливается, что «под материалами, свидетельствующими об обоснованности и законности проведения оперативно-розыскного мероприятия, понимаются оперативно-служебные документы в виде постановлений о заведении дела оперативного учета, проведении оперативно-розыскных мероприятий, в т. ч. санкционированных прокурором в порядке, установленном законом Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности»». Вряд ли можно согласиться, с тем фактом, что под иными материалами, обосновывающими основание проведения оперативно-розыскного мероприятия, связанного с ограничением конституционных прав граждан, следует понимать постановление о заведении дела оперативного учета и его осуществление.

Вызывает дискуссию и отдельное положение ст. 28 закона Республики Беларусь «О прокуратуре Республики Беларусь», в которой говорится, что «предметом надзора за исполнением законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности является соответствие законодательству правовых актов и решений (действий) органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и их должностных лиц». В данной статье ставится знак равенства между решением и действием органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, и их должностных лиц, а это, на наш взгляд, не совсем оправдано, так как не учитывается то обстоятельство, что юридические основания принятия решения или действия могут быть различными. Например, решение о проведении оперативного внедрения должностных лиц органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, принимается только руководителем соответственно Министерства внутренних дел Республики Беларусь, Комитета государственной безопасности Республики Беларусь, Государственного пограничного комитета Республики Беларусь, Службы безопасности Президента Республики Беларусь, Министерства обороны Республики Беларусь или их заместителей, а также председателем Комитета государственного контроля Республики Беларусь, его заместителем – директором Департамента финансовых расследований или его заместителями. Это решение, обличенное в соответствующие оперативно-служебные документы, как и последующие действия (организация и тактика его осуществления), не могут быть оценены надзирающими прокурорами в виду запрета на данные полномочия (ч. 1 ст. 29 закона Республики Беларусь «О прокуратуре Республики Беларусь»). Таким образом, напрашивается вывод о том, что предмет прокурорского надзора шире

имеющихся полномочий у соответствующих прокуроров. Существуют и другие недостатки в правовом регулировании прокурорского надзора за исполнением законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности. В целом необходимо комплексное исследование этой проблемы не только специалистами в области оперативно-розыскной деятельности, но и осуществляющими прокурорский надзор.

Результаты научных исследований по вопросам соблюдения законности, прав и свобод человека и гражданина в сфере оперативной работы должны способствовать совершенствованию оперативно-розыскной деятельности и успешному решению ее задач.

Научную основу составляют труды российских ученых – В.В. Сергеева, А.И. Алексеева, Д.В. Гребельского, В.П. Игнатова, А.Г. Лекаря, В.Г. Самойлова, Г.К. Синилова, К.В. Суркова, а также представителей отечественной школы теории оперативно-розыскной деятельности Л.Н. Калинковича, И.И. Басецкого.

В современных условиях основными направлениями дальнейших теоретических исследований данных проблем являются:

– разработка концепции обеспечения законности, прав и свобод человека и гражданина в сфере оперативно-розыскной деятельности;

– определение правовых мер обеспечения законности, прав и свобод человека и гражданина в сфере оперативно-розыскной деятельности;

– разработка социально-психологических и нравственных основ обеспечения законности, прав и свобод человека и гражданина в сфере оперативно-розыскной деятельности;

– определение мер повышения эффективности контроля по обеспечению законности, прав и свобод человека и гражданина в сфере оперативно-розыскной деятельности[403].

Подводя итог, следует отметить, что за чертой нашего рассмотрения остались такие актуальные вопросы, как формирование единой теории оперативно-розыскной деятельности, приемлемой для всех субъектов, осуществляющих оперативную работу; проблемы определения сущности и содержания оперативно-розыскной деятельности; проблемы использования различных отраслей научного знания в развитии теории оперативно-розыскной деятельности; методологические проблемы теории оперативно-розыскной деятельности; проблемы современного состояния языка теории, выявление основных тенденций его развития и формулирование на этой основе предложений и рекомендаций по оптимизации языка теории оперативно-розыскной деятельности; определение свойств и требований, предъявляемых к оперативно-розыскной терминологии; проблемы субъектов оперативно-розыскной деятельности; проблемы средств оперативно-розыскной деятельности; проблемы оперативно-розыскной тактики; проблемы организации оперативно-розыскной деятельности; проблемы розыскной

---

[403] Атмажитов, В.М. Об основных направлениях дальнейшего развития теории оперативно-розыскной деятельности органов внутренних дел / В.М. Атмажитов, В.Г. Бобров // Актуальные вопросы теории и практики оперативно-розыскной деятельности: Тр. Акад. упр. МВД России. – М.: Акад. упр. МВД России, 2001.

работы; проблемы формирования частных теорий предупреждения, выявления, пресечения отдельных видов преступлений и многие другие.

Отдельного рассмотрения требуют вопросы: совершенствования подготовки оперативно-розыскных кадров; обучения основам оперативно-розыскной деятельности судебных и прокурорских работников в юридических вузах; сближения теории и практики оперативно-розыскной деятельности.

Все изложенное выше позволяет утверждать, что проведение научных исследований в данной области знаний необходимо в целях выработки законодательных и практических предложений, направленных на совершенствование теории оперативно-розыскной деятельности и правоприменительной практики.

УСЛОВИЯ И ПОРЯДОК ЛЕГАЛИЗАЦИИ МАТЕРИАЛОВ ОПЕРАТИВНО-РОЗЫСКНОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В ДОКАЗЫВАНИИ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ

А.М. Хлус
доцент кафедры криминалистики БГУ, кандидат юридических наук, доцент

Противодействуя преступности, компетентные государственные органы широко используют методы оперативно-розыскной деятельности (далее ОРД). Полученная в результате этой деятельности информация служит гарантом достоверности истины по уголовным делам. Оперативно-розыскная информация «улавливает» факты, имеющие отношение к событию преступления, а также фиксирует связи этих фактов между собой и с источниками, которым они известны[404]. В сочетании с процессуальными доказательствами она обеспечивает познание глубинных связей, характеризующих развитие преступления. Информация содержится в материалах ОРД, которые используются для решения определенных законодательством задач, а также способствуют актуализации процесса расследования.

Законом Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности» (ст. 16) (далее Закон об ОРД) и уголовно-процессуальным кодексом Республики Беларусь (ст. 101) (далее УПК) предусмотрена возможность использования материалов ОРД в доказывании по уголовным делам. Однако имеющиеся пробелы и коллизии отдельных норм указанных актов породили массу научных публикаций, нередко содержащих различные мнения по данной проблеме.

[404] Овчинский, С.С. Оперативно-розыскная информация / Под ред. А.С. Овчинского и В.С. Овчинского. – М.: ИНФРА-М, 2000. – С. 60.

Различным аспектам обозначенной проблемы посвятили труды белорусские ученые: И.И. Басецкий, В.В. Бачила, В.Н. Бибило, Н.И. Лапатик, А.В. Пивоварчик, А.С. Рубис, Л.В. Саленик, В.Б. Шабанов, А.И. Швед, В.П. Шиенок, А.В. Яскевич и др.

По мнению авторов научно-практического комментария к Закону об ОРД[405], результаты ОРД, полученные на негласной основе, относятся к государственной тайне и не могут подлежать разглашению. Предание их гласности (введение в уголовный процесс) допускается лишь с согласия соответствующих лиц в письменной форме. На необходимость законодательного разграничения оперативно-розыскной функции правоохранительных органов и функции предварительного следствия и дознания указывает А.В. Пивоварчик[406]. Он же указывает на необходимость четкого правового регулирования прокурорского надзора за ОРД. В связи с этим В.В. Бачила отмечает, что в предмет прокурорского надзора не входят сведения об организации, тактике, методах, силах и средствах ОРД[407]. А.С. Рубис отмечает, что сведения о фактах, выявленные оперативно-розыскным путем, возможно ввести в уголовный процесс только через процедуру санкционирования прокурором соответствующих ОРМ[408]. А.И. Швед обращает внимание на необходимость регламентации использования результатов ОРД на стадии возбуждения уголовного дела[409].

Долгие годы актуальна данная проблема также для ученых России. В некоторых ранних работах, например, Р.С. Белкина[410], А.Н. Васильева, Н.П. Яблокова[411], С.А. Шейфера[412] прослеживается мысль о том, результаты ОРД сами по себе доказательственного значения не имеют, хотя и могут использоваться в качестве ориентирующей информации для обнаружения доказательственной информации или выдвижения версий. Затем мнение ученых склоняется к иной позиции. Например, С.А. Шейфер уже считает, что «непроцессуальная информация может быть использована в доказывании по уголовному делу»[413]. Другие ученые – Д.И Бедняков[414], Ю.В. Кореневский[415] –

---

[405] Басецкий, И.И., Лапатик, Н.И., Саленик, Л.В., Пивоварчик, А.В., Шиенок, В.П. Научно-практический комментарий к Закону Республики Беларусь «Об оперативно-розыскной деятельности». – Минск, 2001.

[406] Пивоварчик, А.В. Правовое регулирование прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью / А.В. Пивоварчик // Судовы веснік. – 1998. – № 3. – С. 56-57.

[407] Бачила, В.В. Особенности осуществления прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью органов внутренних дел // Проблемы криминалистики: Сб. науч. тр. / Отв. ред. д-р юрид. наук, проф. Г.Н. Мухин. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2005. – Вып. 2. – С. 159.

[408] Рубис, А.С. Криминалистическое обеспечение деятельности прокурора в сфере борьбы с преступностью – Минск: БГУ, 2005. – С. 196.

[409] Швед, А.И. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности на стадии возбуждения уголовного дела // Законность и правопорядок. – 2007. – № 1. – С. 36-39.

[410] Белкин, Р.С. Собирание, исследование и оценка доказательств. – М., 1966. – С. 38-39.

[411] Васильев, А.Н., Яблоков, Н.П. Предмет, система и теоретические основы криминалистики. – М., 1984. – С. 48-55.

[412] Шейфер, С.А. Структура собирания доказательств // Вопросы осуществления правосудия по уголовным делам. Калининград, 1982. – С. 44-45.

[413] Шейфер, С.А. Использование непроцессуальных познавательных мероприятий в доказывании по уголовному делу // Государство и право. – 1997. – № 9. – С. 58.

[414] Бедняков, Д.И. Непроцессуальная информация и расследование преступлений. – М., 1991. – С. 12-84.

[415] Кореневский, Ю.В. Доказывание в уголовном процессе. Традиции и современность / Под ред. В.А. Власихина. – М., 2000. – С. 36-140.

рассматривают оперативно-розыскные действия одним из способов получения доказательств. По мнению Е.А. Доли[416] результаты ОРД могут быть введены в уголовный процесс при условии соблюдения требований Закона.

Вместе с тем, несмотря на научные разработки, до сих пор отсутствует четкая, единая правовая регламентация последовательности действий органов, осуществляющих ОРД, и органов, осуществляющих предварительное расследование, в связи с введением материалов ОРД в уголовный процесс. Также мало уделено внимания учеными вопросу об условиях, которым эти материалы должны соответствовать.

Основная часть. По нашему мнению необходимым условием использования материалов ОРД в уголовном процессе в качестве источника доказательств является приобретение (обнаружение) ими таких свойств доказательства как относимость, допустимость и достоверность.

Относимость означает, что между сведениями, полученными оперативным путем, и конкретным преступлением должна быть связь, в результате которой информация, полученная при проведении оперативно-розыскных мероприятий (далее ОРМ), указывает на факты, образующие предмет доказывания по уголовному делу.

Допустимым является доказательство, полученное из надлежащего источника, органом, ведущим уголовный процесс, законным способом и облеченное в надлежащую форму (ч. 3 ст. 105 УПК). Информация, содержащаяся в материалах ОРД, не процессуального характера и изначально не обладает свойством допустимости. Объясняется это способами ее получения и формами закрепления, не предусмотренными УПК. Учитывая, что законодательством установлена принципиальная возможность использования материалов ОРД в доказывании по уголовному делу, они должны приобретать в процессе легализации[417] свойство допустимости доказательства. При этом следует отметить, что не любые материалы ОРД могут быть использованы в доказывании по уголовному делу. Недопустимы в качестве доказательств, например, показания сотрудников спецслужб и исходящие от них документы со ссылкой на негласных агентов (осведомителей), которые не могут быть названы и допрошены в суде[418]. Следовательно, проверка наличия возможностей приобретения материалами ОРД свойства допустимости доказательства является одной из задач, возникающих в период легализации. При решении данной задачи следует проанализировать порядок их формирования.

Формирование материалов ОРД происходит в процессе реализации ОРМ, основания и порядок проведения которых изложены в Законе об ОРД. При этом если имеются необходимые правовые предпосылки для изъятия материальных предметов и документов способами уголовного процесса, то совершение этих

---

[416] Доля, Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. – М., 1996. – С. 67-85.

[417] Ожегов, С.И. Словарь русского языка. – М.: «Русский язык», 1988. – С. 258. *Слово «легализовать» означает перевести на легальное, законно оформленное положение.*

[418] Доля, Е.А. Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. – М., 1996. – С. 94-97.

действий в ходе проведения ОРМ недопустимо. Поэтому в ходе ОРД необходимо создавать реальные условия для закрепления следов-отражений преступления процессуальными средствами.

Следует учитывать и то, что в рассматриваемой ситуации могут возникнуть в последующем проблемы с доказыванием наличия объективной связи материальных предметов, документов собранных при проведении ОРМ, с совершенным преступлением.

Условием формирования материалов ОРД является обеспечение режима секретности. Материалы же уголовного дела подлежат проверке и обсуждению преимущественно в открытом судебном заседании. Поэтому материалы ОРД, как правило, не должны содержать сведений, составляющих государственную тайну[419].

Кроме того, формирование материалов ОРД должно осуществляться с учетом принципа законности. Это означает, что ОРМ должны быть проведены в соответствии с положениями Закона об ОРД и ведомственных нормативных правовых актов. Соблюдение данного принципа гарантируется осуществлением судебного контроля, а также прокурорского надзора. В целом же содержание принципа законности для непроцессуальной и процессуальной сфер деятельности одинаково. Согласно ч. 3, ст. 8 УПК «доказательства, полученные с нарушением порядка… не имеют юридической силы и не могут являться основанием для привлечения в качестве обвиняемого и постановления приговора». Любые материалы ОРД, вне зависимости от обстоятельств получения и качества, изначально доказательствами не являются.

Достоверными, согласно ч. 6, ст. 105 УПК, признаются доказательства, если они соответствуют действительности. В основу процессуальных решений, принимаемых органом уголовного преследования или судом, могут быть положены только достоверные доказательства.

Содержание ст. 101 УПК свидетельствует о том, что материалы ОРД могут быть источником доказательств только после их проверки и оценки, произведенной в порядке, установленном УПК. При этом УПК установлена процедура проверки и оценки доказательств, а не их источников. Более того, в ст. 101 УПК не упомянуто собирание материалов, важная составляющая процесса доказывания. Этап собирания присущ правовому режиму формирования доказательств в уголовном процессе. Именно с порядком собирания доказательств законодатель связывает систему гарантий доброкачественности получаемых доказательств. Следование на практике рассматриваемой формулировки указанной статьи, может привести к тому, что любые материалы ОРД будут приниматься в качестве источника доказательств. При этом не исключено нарушение прав и свобод граждан в уголовном судопроизводстве. Кроме того, это таит в себе определенную «опасность совмещения функций расследования и осуществления ОРМ»[420], так как самым

---

[419] Михайлов, В.И., Трошкин Е.З., Баньковский А.Л. Противодействие легализации «грязных» доходов: правовые и организационные формы. – Минск: «Тесей», 2001. – С. 139.

[420] Селезнев, М. Законность в оперативно-розыскной деятельности // Российская юстиция. – 1994. – № 3. – С. 15.

отрицательным образом может сказаться на обеспечении принципа процессуальной самостоятельности следователя.

Данное обстоятельство привело некоторых авторов к выводу, что материалы ОРД ни при каких обстоятельствах не могут рассматриваться и использоваться в качестве доказательств по уголовным делам, даже после их проверки[421]. Безусловно, проверке в уголовном процессе подлежат доказательства, а не материалы ОРД. Часть 1 ст. 104 УПК устанавливает, что собранные по материалам и уголовному делу доказательства подлежат всесторонней, полной и объективной проверке органами уголовного преследования и судом.

Поэтому любые сведения, имеющие значение для уголовного дела, в том числе содержащиеся и в материалах ОРД, для того чтобы стать доказательствами, должны быть получены из источников, предусмотренных законом (ч. 2, ст. 88 УПК), и в порядке, установленном законом, т.е. путем производства процессуальных действий (ч.ч. 1, 2 ст. 103 УПК). И хотя содержание собираемых в уголовном процессе доказательств могут составлять сведения о тех же фактах и обстоятельствах, которые уже нашли отражение в результате ОРД, это не дает оснований для отождествления материалов ОРД с полученными доказательствами.

Следовательно, предоставляемые для использования в доказывании по уголовным делам, материалы ОРД должны позволять формировать доказательства, также содержать фактические данные, имеющие значение для установления входящих в предмет доказывания обстоятельств и указывать на источник их получения с целью проверки доказательств, сформированных на их основе[422].

Поэтому, чтобы материалам ОРД стать доказательствами, им необходимо получить статус одного или нескольких указанных в ч. 2 ст. 88 УПК источников доказательств, которые должны быть введены в уголовный процесс в соответствии с нормами УПК, регламентирующими собирание, проверку и оценку доказательств. Таким образом, материалы ОРД проходят путь легализации в уголовном процессе.

На наш взгляд легализация материалов ОРД в уголовном процессе должна проходить при непосредственном участии прокурора. Именно он имеет реальную возможность контролировать процесс перехода оперативно-розыскной информации в процессуальные источники доказательств. В этом случае прокурор является связующим звеном между органом, осуществившим ОРД и следователем (органом дознания), а также выступает гарантом законности легализации материалов ОРД в уголовном процессе[423]. Объясняется

---

[421] Зажицкий, В.И. Новый закон об оперативно-розыскной деятельности более совершенен // Государство и право. – 1995. – № 12. – С. 62.

[422] Инструкция о порядке оформления и предоставления оперативными подразделениями органов внутренних дел материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, для их использования в уголовном процессе, утв. постановлением Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 29 сентября 2005 г. – № 307 – п. 11.

[423] Рубис, А.С. Криминалистическое обеспечение деятельности прокурора в сфере борьбы с преступностью – Минск: БГУ, 2005. – С. 180-200.

это не только спецификой деятельности по легализации материалов ОРД в уголовном процессе, отдельные аспекты которой будут показаны далее, но и одновременной необходимостью осуществления прокурорского надзора. Тем более, что одним из его направлений является надзор за исполнением законодательства при осуществлении оперативно-розыскной деятельности[424].

В литературе ранее была высказана точка зрения о порядке легализации материалов ОРД в уголовном процессе, который условно можно разделить на следующие этапы:

представление (передачу) материалов ОРД органу дознания, следователю;

проверка законности ОРМ, в результате проведения которых получены представленные материалы;

введение представленных материалов ОРД в уголовный процесс в качестве источника доказательств[425].

Уточняя данную позицию, рассмотрим содержание выделенных этапов.

На этапе представления инициатива в получении материалов ОРД может исходить от органов уголовного преследования, что согласуется с предписаниями ч. 2 ст. 103 УПК. Также инициатива в представлении материалов ОРД органу уголовного преследования может исходить и от органа, осуществляющего эту деятельность[426]. Согласно ст. 16 Закона об ОРД материалы ОРД «могут представляться в орган уголовного преследования или суд, в производстве которых находится уголовное дело». Материалы ОРД могут быть использованы в различных целях: для подготовки и осуществления следственных и судебных действий, проведения ОРМ по предупреждению, выявлению, пресечению преступлений, выявлению и установлению лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, а также для розыска лиц, скрывающихся от органов уголовного преследования и суда, уклоняющихся от исполнения наказания, ответчиков, должников по гражданским делам и без вести пропавших. Что же касается материалов ОРД, которые предстоит ввести в уголовный процесс в качестве доказательств, то они, по нашему мнению, должны быть представлены непосредственно прокурору.

Внешняя форма, процедура представления материалов ОРД и порядок их принятия прокурором не имеет регламентации в УПК и Законе об ОРД.

В ст. 16 Закона об ОРД исключена норма, предусматривающая представление данных о материалах ОРД органу дознания, следователю, прокурору или в суд на основании постановления органа, осуществляющего ОРД. Исключение этой нормы не привело к решению проблемы, касающейся представления материалов ОРД в орган уголовного преследования. Это, в свою очередь, послужило поводом для принятия подзаконного нормативного

---

[424] Закон Республики Беларусь от 8 мая 2007 г. № 220-З «О прокуратуре Республики Беларусь».

[425] Хлус, А.М. Этапы легализации материалов оперативно-розыскной деятельности в процессе расследования уголовных дел // Вести Института современных знаний. – 2002. – № 3-4. – С. 30.

[426] Инструкция о порядке оформления и предоставления оперативными подразделениями органов внутренних дел материалов, полученных в ходе оперативно-розыскной деятельности, для их использования в уголовном процессе, утв. постановлением Министерства внутренних дел Республики Беларусь от 29 сентября 2005 г. – № 307. – п.17.

правового акта, регламентирующего порядок оформления и предоставления материалов, полученных в ходе ОРД[427].

Также ничего не сказано в Законе об ОРД и об оперативно-служебных документах, отражающих материалы ОРД. Предполагается, что в ОРД используются все формы фиксации собранных данных (вербальная (словесная), графическая, предметная и наглядно-образная), а также их различные комбинации.

Таким образом, данные, полученные в ходе проведения ОРМ, могут быть закреплены либо содержаться в следующих материальных результатах ОРД:

в оперативно-служебных документах (рапорт, справка, сводка, акт, отчет и т.п.), составленных лицами, осуществляющими данные мероприятия, а также объектах, приобщенных к данным письменным источникам;

на технических средствах фиксации (в материалах фото-, кино-, видеосъемки, звукозаписи, на магнитных лентах и т.п.);

в объяснениях лиц, участвовавших в ОРМ;

в сообщениях конфиденциальных источников[428].

Следует обратить внимание, что от качества составления оперативно-служебного документа во многом зависит его дальнейшая легализация в уголовном процессе.

Ознакомление с оперативно-служебными документами позволяет прокурору установить соответствие материалов ОРД условиям, необходимым для решения вопроса об их легализации в уголовном процессе. Для работы с такими документами прокурор должен иметь специально оформленный допуск[429].

Анализ практической деятельности и ведомственных нормативных правовых актов позволяет сделать вывод, что предоставление материалов ОРД, как стадия легализации, должна включать в себя постановление руководителя органа, осуществляющего ОРД (в необходимых случаях постановление о рассекречивании отдельных документов), сопроводительные документы и фактическую передачу материалов. Копия постановления приобщается к материалам дела оперативного учета.

Заслуживает внимания, в данном аспекте, точка зрения, согласно которой передача материалов, полученных в ходе ОРД, может быть осуществлена на основании постановления органа уголовного преследования[430]. Представляется, что в этом случае прокурор, в целях реализации и последующего незамедлительного представления материалов ОРД, предварительно проводит проверку и оценку документов, находящихся в деле оперативного учета. Тем

---

[427] Там же.

[428] Оперативно-розыскная деятельность и уголовный процесс. Учебно-практическое пособие. – М., 2002. – С. 11.

[429] Бачила, В.В. Особенности осуществления прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью органов внутренних дел // Проблемы криминалистики: Сб. науч. тр. / Отв. ред. д-р юрид. наук, проф. Г.Н. Мухин. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2005. – Вып. 2. – С. 167.

[430] Рубис, А.С. Криминалистическое обеспечение деятельности прокурора в сфере борьбы с преступностью. – Минск: БГУ, 2005. – С. 184; Швед, А.И. Использование результатов оперативно-розыскной деятельности на стадии возбуждения уголовного дела // Законность и правопорядок. – 2007. – № 1. – С. 39.

более что согласно ч. 2 ст. 14 Закона об ОРД «прокурор или его заместитель вправе потребовать представить ему также иные материалы, касающиеся основания для проведения ОРМ…».

В постановлении о передаче материалов ОРД должно быть отражено следующее: наименование ОРМ, в результате которого получены представляемые материалы; какие именно данные получены в ходе ОРМ; кем получены данные, т.е. кто проводил ОРМ и кто в нем участвовал (сотрудник оперативного подразделения, а также лица, оказывающие ему содействие); при каких обстоятельствах проведено ОРМ; сам факт представления предмета или документа (его содержание, определяющее относимость к делу); точное указание характеристик технических средств, если последние применялись в ходе проведения ОРМ (это нужно, прежде всего, в тех случаях, когда предстоит прослушивание либо просмотр аудио- или видеокассет, осуществляемые в процессе следственного осмотра и необходимо использовать аппаратуру с аналогичными техническими данными); предложение о том, каким образом использовать представленные материалы в уголовном процессе (использования в качестве поводов и оснований для возбуждения уголовного дела, подготовки и осуществления следственных и иных процессуальных действий, использования в доказывании по уголовным делам); информация о возможности использования конкретных лиц, принимавших участие в ОРМ, в проведении следственных действий (указать каких именно), а также информация о предусмотренных мерах защиты (конспирации) этих лиц; предложение о приобщении представляемых материалов к уголовному делу.

К постановлению приобщаются оперативно-служебные документы, отражающие результаты оперативно-розыскной деятельности, а также иные предметы и документы.

Сам факт представления материалов ОРД не предопределяет введение их в систему доказательств. Принять решение об этом должен прокурор, осуществляющий проверку и оценку представленных материалов.

На втором этапе легализации материалов ОРД в уголовный процесс прокурор осуществляет деятельность по проверке представленных материалов. При этом речь идет не об осуществлении конкретных процессуальных действий, а о проверке их соответствия Закону об ОРД. При проверке законности осуществления ОРМ прокурору необходимо убедиться в том, что они осуществлены в соответствии с законодательством, регулирующим ОРД.

В процессе осуществления такой проверки прокурору необходимо обратить внимание на следующие обстоятельства:

а) предусмотрены ли Законом об ОРД мероприятия, в результате проведения которых получены представленные материалы (ст. 11 Закона об ОРД). В рамках ОРД могут осуществляться только те оперативно-розыскные мероприятия, перечень которых предусмотрен ст. 11 Закона об ОРД;

б) проведено ли ОРМ уполномоченным на осуществление ОРД подразделением государственного органа. В ст. 7 Закона об ОРД содержится

исчерпывающий перечень органов, имеющих право на осуществление оперативно-розыскной деятельности;

в) проведено ли ОРМ в тех целях и для решения тех задач, которые изложены ст.ст. 1 и 3 Закона об ОРД. Не допускается ОРД для решения задач, не предусмотренных Законом об ОРД (ч. 1 ст. 6);

г) имелись ли основания для производства ОРМ, предусмотренные ст. 12 Закона об ОРД;

д) соблюдены ли дополнительные условия, предусмотренные Законом об ОРД для проведения некоторых ОРМ. Эти условия перечислены ст. 13 Закона об ОРД. Например, проведение оперативного эксперимента допускается только в целях предупреждения, выявления, пресечения и раскрытия менее тяжкого преступления против собственности, порядка осуществления экономической деятельности, общественной безопасности и здоровья населения, тяжкого, особо тяжкого преступления или преступления, могущего принести вред национальной безопасности, а также в целях выявления и установления лиц, их подготавливающих, совершающих или совершивших, и только с санкции прокурора или его заместителя (ч. 6 ст. 13 Закона об ОРД);

е) имеется ли в предусмотренных Законом об ОРД случаях санкция прокурора на проведение ОРМ, ограничивающих конституционные права граждан. Оценивая законность проведения ОРМ, ограничивающих права граждан на тайну переписки, телефонных переговоров, телеграфных и иных сообщений, передаваемых по сетям электрической и почтовой связи (контроль почтово-телеграфной корреспонденции, прослушивание телефонных переговоров, снятие информации с технических каналов связи, неприкосновенность жилища), слуховой контроль, прокурор выясняет, было ли утверждено мотивированное постановление одним из руководителей органов, осуществляющих ОРД, имелись ли основания к его проведению[431];

ж) соблюдены ли условия проведения ОРМ в отношении лиц, занимающих некоторые государственные должности. К числу таких лиц относятся депутаты Национального собрания Республики Беларусь, судьи и др.

Нарушение вышеперечисленных требований делает материалы ОРД ничтожными, а также препятствует использованию их в доказывании.

По итогам проверки законности получения материалов ОРД прокурор выносит постановление об отказе в приобщении материалов ОРД к уголовному делу, если не найдет их относящимися к делу или не удовлетворяющими требованиям допустимости (например, при неизвестности происхождения тех или иных данных).

Положительный результат указанной выше проверки (не процессуальной по своему содержанию) позволяет прокурору принять решение о возможности использования материалов ОРД в уголовном процессе в качестве источника доказательств. В этом случае прокурор выносит постановление о приобщении

---

[431] Бачила, В.В. Особенности осуществления прокурорского надзора за оперативно-розыскной деятельностью органов внутренних дел // Проблемы криминалистики: Сб. науч. тр. / Отв. ред. д-р юрид. наук, проф. Г.Н. Мухин. – Минск: Акад. МВД Респ. Беларусь, 2005. – Вып. 2. – С. 160.

материалов ОРД к уголовному делу и дает поручение следователю (органу дознания) непосредственно перейти к этапу введения материалов ОРД в уголовный процесс.

Материалы ОРД должны быть проверены следственным путем и закреплены процессуальными средствами и только тогда они становятся процессуальными доказательствами[432]. Прокурору же необходимо убедиться в совершении определенных действий, осуществляемых в целях придания материалам ОРД процессуальной формы, и их правильности.

Данный этап, включающий процессуальные действия, состоит из следующих элементов:

процессуальное закрепление следователем полученных материалов ОРД;

проверка материалов ОРД с помощью процессуальных средств и способов;

признание доказательственного значения материалов ОРД.

Например, если следователю переданы, полученные оперативным путем, звуко- или видеозаписи, то необходимо осуществить следующие действия:

1) произвести осмотр звуко- или видеокассеты с их прослушиванием (просмотром) в соответствии с нормами УПК;

2) допросить лиц, производивших аудио-, видеозапись в качестве свидетелей по поводу обстоятельств записи;

3) составить протокол о приобщении аудио- или видеокассеты в качестве вещественного доказательства по уголовному делу.

Во всех вышеуказанных документах, составленных оперативными работниками и следователем, в обязательном порядке указываются все реквизиты использованных технических средств и упаковочные данные[433].

Заключение. Все указанное выше позволяет прийти к следующим выводам:

1. Условием использования материалов ОРД в уголовном процессе в качестве источника доказательств является приобретение (обнаружение) ими таких свойств доказательства как относимость, допустимость и достоверность.

2. Сведения, содержащиеся в материалах ОРД, для того чтобы стать доказательствами, должны быть получены из источников, предусмотренных законом (ч. 2 ст. 88 УПК), и в порядке производства процессуальных действий (ч.ч. 1 и 2 ст. 103 УПК).

3. Материалы ОРД, используемые в доказывании по уголовным делам, проходят путь легализации при непосредственном участии прокурора.

4. Процедура легализации материалов ОРД в уголовном процессе включает следующие этапы:

представление материалов ОРД прокурору;

---

[432] Танкевич, О.В. Отдельные вопросы деятельности оперативно-розыскных подразделений по взаимодействию со следствием при раскрытии и расследовании преступлений // Проблемы правоприменительной деятельности в Республике Беларусь: Материалы респ. науч. конф., Гродно, 28-29 марта 2003 г. В 2-х ч. Ч. 2. / Отв. ред. Р.Н. Ключко. – Гродно: ГрГУ, 2003. – С. 119.

[433] Дворкин, А.И., Самойлов, Ю.М., Исаенко, В.Н., Ризаев, А.Ш. Расследование похищения человека: Методическое пособие. – М., 2000. – С. 94.

проверка прокурором законности ОРМ, в результате проведения которых получены представленные материалы;

введение представленных материалов ОРД в уголовный процесс в качестве источника доказательств, посредством производства следователем (органом дознания) процессуальных (следственных) действий.

Осуществленная по выше предложенной схеме проверка и оценка материалов ОРД, признание их относимости, допустимости и достоверности, обеспечивает возможность их использования в доказывании по уголовному делу.

Раздел 4. *Гражданское, жилищное и трудовое законодательство, практика его применения*

О НЕКОТОРЫХ АСПЕКТАХ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ ПРЕДПРИЯТИЯ КАК ИМУЩЕСТВЕННОГО КОМПЛЕКСА (НА ОСНОВЕ БЕЛОРУССКОГО ПРАВА)

Функ Я.И.
Председатель Международного арбитражного (третейского) суда при Белорусской Торгово-промышленной палате, доктор юридических наук, доцент

Краткая история термина «предприятие» в праве, регулирующем отношения на территории Республики Беларусь

1. Белорусский законодатель в качестве особого объекта права в ст. 132 ГК Республики Беларусь[434] указывает на предприятие, как имущественный комплекс.

2. Однако наряду с подобным подходом к термину «предприятие» в белорусском праве указанный термин, но уже в соединении с понятием «унитарное» используется для описания субъекта права (в частности ст. 113 ГК Республики Беларусь).

(Причем указанный подход свойственен не только белорусскому праву, но и иным правовым системам, чье гражданское законодательство основывается на Модельном Гражданском кодексе государств-участников СНГ[435]. В частности и прежде всего речь идет о российском праве (ст.ст. 132 и 113 ГК Российской Федерации[436]. Что же касается иных государств, то, например, Хозяйственный кодекс Украины в разделе, регламентирующем предприятия (ст. 62 и далее)[437], использует термин «предприятие» в качестве понятия, тождественного понятию субъекта права, созданного для осуществления, прежде всего, предпринимательской деятельности, но наряду с этим и для реализации некоммерческой хозяйственной деятельности. Таким образом, в силу украинского права понятие «предприятие» охватываются не только государственные и коммунальные унитарные предприятия, но и например, производственные кооперативы, фермерские хозяйства, арендные предприятия и др. При этом в силу п. 3 ст. 66 Хозяйственного кодекса Украины

---

[434] Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь, 1999г., №7-9. – Ст. 101.

[435] Модельный Гражданский кодекс СНГ // Информационный бюллетень комиссии Межпарламентской Ассамблеи СНГ. –1995. – № 6 (прилож.); 1995. – № 8 (прилож.); 1996. – № 10 (прилож.).

[436] Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая. Принята 30 ноября 1994 года // Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 32. – Ст. 3301.

[437] Хозяйственный кодекс Украины / Ведомости Верховной Рады Украины, 2003. – № 18-22. – Ст. 144.

предприятия обладают «целостными имущественными комплексами», которые признаются недвижимостью и могут быть единым объектом купли-продажи и иных сделок.)

3. Однако, несмотря на двоякий подход белорусского и иных законодателей к термину «предприятие» (данный подход вызвал определенную дискуссию, например, в российской правовой доктрине, и о его наличии упоминают практически все авторы, затрагивающие рассматриваемую тему, а кроме того на него указывают и учебники, и курсы лекций, изданные в России[438]), нельзя не отметить, что термин «предприятие» изначально использовался именно в том понимании, которое является предметом настоящего исследования.

А именно, речь идет о том, что до советского периода в праве Российской империи термин «предприятие» использовался в его изначальном этимологическом и экономическом смыслах, то есть как «дело, предпринятое определенными лицами», иными словами, термин «предприятие» в русском языке идет от глагола «предпринимать (что-либо)».

При этом впоследствии, как в экономике, так и в правовой доктрине имущество, которое использовалось для осуществления определенного дела, определенным образом обособлялось и связывалось лишь исключительно с указанным делом.

Так на данный подход к термину «предприятие» указывал профессор Г.Ф. Шершеневич, который отмечал, что как правовым, так и юридическим запросам могла удовлетворить лишь такая правовая конструкция, по которой торговое предприятие рассматривалось как обособленное имущество[439].

При этом тот же профессор Г.Ф. Шершеневич подчеркивал, что предприятие, как таковое, является в жизни объектом сделок – оно не может быть одновременно субъектом права; частноправовой строй, лежащий в основе современной (имеется в виду «современной» для Г.Ф. Шершеневича) народнохозяйственной организации не согласуется с коллективистическим воззрением на предприятие[440].

Таким образом, профессор Г.Ф. Шершеневич исключал возможность двоякого взгляда на термин «предприятие», то есть как понятие одновременно описывающее и объект права, и субъект права.

Профессору Г.Ф. Шершеневичу вторил и иной известный российский коммерциалист конца XIX – начала XX, профессор А.И. Каминка, который указывал на то, что признание торгового предприятия, как такового, юридическим лицом сводило бы на нет само понятие юридического лица. Совершенно очевидно (имеется в виду по мнению профессора А.И. Каминки), что предприятие не субъект, но объект прав[441].

Причем указанный подход распространялся, в том числе и на

---

[438] См., напр., Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций / отв. ред. О.Н.Садиков – М.: Юристъ, 2001. – С. 219.

[439] Шершеневич, Г.Ф. Курс торгового права. Т.1., 1912. – С. 169 – 172.

[440] Там же, с. 170.

[441] Каминка, А.И. Очерки торгового права. – М., 2002. – С. 149.

существовавшие в Российской империи (а до этого в Московском царстве) примерно с XVII века казенные предприятия.

Что же касается советского периода, то изначально создаваемые предприятия представляли собой неотъемлемые части государства, то есть начавшаяся в 1918 году экспроприация частной собственности приводила к тому, что частные акционерные общества, паевые товарищества и предприятия купцов переходили к государству и рассматривались как органы государства, но только в хозяйственной сфере.

Причем указанный процесс был начат уже 7 декабря 1917 года путем принятия Декрета СНК РСФСР «О конфискации и объявлению собственностью Российской республики всего имущества акционерного общества Богословского горного округа»[442]. В последствии в том же декабре 1917 года были национализированы и ряд иных промышленных акционерных обществ, но самое главное в декабре 1917 года был издан Декрет о национализации всех российских банков (которые, как правило, существовали в форме акционерных обществ) и их объединении с государственным банком России.

С начала 1918 года указанный процесс продолжается, а уже к весне того же года, советское государство переходит к национализации целых отраслей народного хозяйства, и наконец 28 июня 1918 года принимается Декрет СНК РСФСР о национализации крупнейших предприятий во всех отраслях народного хозяйства и железнодорожного транспорта.

Именно с момента вступления в силу данного Декрета можно было признать факт того, что именно государственные предприятия стали основной формой экономики в советском государстве.

При этом государство, став собственником, практически всех более или менее крупных предприятий на начальном этапе их функционирования, то есть в 1918-1920 годах «абсолютно не озаботилось» проблемой определения правовой природы указанных предприятий (впрочем, для этого были вполне объективные обстоятельства, связанные с гражданской войной, в рамках которой, конечно же, было не до точных юридических построений и формулировок ясных правовых институтов).

Однако в указанный период времени термин «предприятие» использовался в основном для определения именно субъекта права, хотя до принятия Основ гражданского законодательства СССР и союзных республик 1961 года[443] на протяжении более 30 лет существования советских государственных предприятий, в законодательстве не было указания на то, что они являются юридическими лицами, а коль так, то речь скорее надо было вести об определенной квазисубъектности государственных предприятий того периода времени.

Начиная же с так называемой второй кодификации советского гражданского права и вплоть до принятия нового Гражданского кодекса

---

[442] СУ, 1917. – № 6. – Ст. 95.

[443] Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 8 декабря 1961 года // Ведомости Верховного Совета СССР. – 1961. – № 50. – Ст. 525.

Республики Беларусь 1998 года, термин «предприятие» описывал именно субъект права (в этой связи см. например, ГК БССР 1964 года[444], Закон СССР «О предприятиях в СССР»[445], Закон Республики Беларусь «О предприятиях»[446].

Начиная же с действующего ГК Республики Беларусь в законодательстве, регламентирующем отношения на территории Беларуси, закрепился двойной подход к термину «предприятие».

Правовая природа предприятия как имущественного комплекса в соответствии с белорусским правом

1. В соответствии с действующим законодательством Республики Беларусь предприятие описывается как особый объект гражданского права, в том числе отличный от составляющих его объектов.

2. Рассматривая предприятие как особый объект права, нельзя не отметить, что указанный объект хотя и приравнен п. 1 ст. 130 ГК Республики Беларусь к недвижимым вещам (имуществу) напрямую, иными словами полностью, не представляет собой ни вещь, ни имущество.

Последнее объясняется тем, что состав предприятия как объекта права наряду с вещами и имущественными правами (которые в совокупности и составляют понятие имущества в соответствии со ст. 128 ГК Республики Беларусь) входят также исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальная собственность), а кроме того долги, которые вообще никакого отношения к объекту права не имеют («долгами обладать» нельзя, хотя безусловно унитарное предприятие как и иной субъект может иметь долги, но эти долги не право унитарного предприятия, а его обязанность).

При этом нельзя не отметить, что, безусловно, предприятие по своему существу не является и недвижимым имуществом, так как в его состав входит значительное количество объектов, не имеющих никакой прочной связи с землей, и перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно.

3. В действительности белорусский законодатель и не называет предприятие в качестве недвижимой вещи, он лишь его приравнивает к недвижимым вещам, указывая, таким образом, на «возможную значительную ценность предприятия, как имущественного комплекса», хотя в действительности, безусловно, возможно существование предприятий, чья ценность очень невелика.

Но приравнивание предприятия к недвижимым вещам позволяет законодателю с помощью определенной юридической фикции предусматривать особый усложненный порядок отчуждения и иных форм распоряжения предприятием, который свойственен недвижимому имуществу и связан с

---

[444] Гражданский кодекс БССР 1964 года // Собрание Законов БССР. – 1964. – № 7. – Ст. 183

[445] Закон СССР от 4 июня 1990 года «О предприятиях в СССР» // Известия, 1990. – 13 июня.

[446] Закон Республики Беларусь от 14 декабря 1990 г. / № 462-IIX «О предприятиях» // Ведомости Верховного Совета БССР 1991. – № 3, – Ст. 13.

обязательной государственной регистрацией сделок по распоряжению таким имуществом.

4. Определяя предприятие как объект права вообще сложно дать ему однозначную правовую характеристику. Последнее объясняется тем, что в состав предприятия входят абсолютно разные объекты права, а раз так, то единого подхода к данному явлению нет.

В связи с этим нельзя не указать на то, что предприятие как объект не может рассматриваться в качестве сложной вещи, так как законодатель, во-первых, особо регулирует понятие сложной вещи в ст. 134 ГК Республики Беларусь, и не отсылает при этом одновременно в указанной статье к ст. 132 ГК Республики Беларусь; во-вторых же, и это главное, как отмечено выше, предприятие не может рассматриваться в качестве вещи, а следовательно не может представлять собой и сложную вещь.

Однако предприятие все-таки может толковаться как сложный объект права, так как с одной стороны перед нами единый объект (который как отмечено выше включает в себя и не объекты права), а с другой стороны он состоит (точнее может состоять) из множества обособленных разнородных объектов. Но в белорусском праве нет понятия сложного объекта, а следовательно до конца не ясна его природа, хотя безусловно, в том числе и базируясь на положениях законодательства, мы можем в качестве аналогии распространить на предприятие ч. 2 ст. 134 ГК Республики Беларусь, а именно положение о том, что действие сделки, заключенной по поводу сложной вещи распространяется на все ее составные части, если договором не предусмотрено иное (в данном случае мы констатируем, что сделки, связанные с предприятием распространяются на все его имущество, если в договоре не указано иное).

Таким образом, мы констатируем сложную правовую природу предприятия, как имущественного комплекса, которая с одной стороны включает в себя вещи, с другой стороны – денежные средства, с третьей стороны – имущественные права, с четвертой стороны – объекты интеллектуальной собственности, с пятой стороны – долги, и все это вместе связано лишь постольку, поскольку находит отражение на балансе одного юридического лица.

5. Следовательно, базовая связь, которая характеризует предприятие, как имущественный комплекс, основана на том, что указанный объект представляет из себя определенное количество разнородных объектов, но при этом все они одновременно связаны с одним и тем же субъектом.

При этом с точки зрения законодателя, мало указанной связи определенной группы объектов с определенным субъектом необходимо еще, чтобы данная группа объектов использовалась для осуществления предпринимательской деятельности.

При этом белорусский законодатель не указывает на то, необходимо ли для признания наличия единого предприятия, чтобы все принадлежащие к определенной группе объектов объекты были связаны с осуществлением лишь какого-то одного вида предпринимательской деятельности, либо одно

предприятие могут составлять и объекты, которые предназначены для осуществления абсолютно разных видов предпринимательской деятельности определенным субъектом.

К сожалению, в белорусском законодательстве нет определенности по данному вопросу, то есть законодатель точно не поименовал, что он подразумевает под имущественным комплексом, который определяется как предприятие.

6. Однако на наш взгляд можно достаточно определенно утверждать, что предприятие не есть простое соединение соответствующих объектов права. Можно присоединиться к позиции ряда российских авторов, которые указывают на то, что предприятие как объект гражданского права – это количество, перешедшее в новое качество[447].

Мало этого, некоторые российские авторы указывают на то, что предприятию, как объекту гражданского права, присуще свойство «правовой иммобилизации», иными словами, предприятие подразумевает такой способ юридического скрепления разных видов имуществ, которые в совокупности приобретают сверхсуммарный эффект. Причем суть указанного сверхсуммарного эффекта заключается в том, что в дополнении к праву собственности на все имущество собственник также получает дополнительные права по отношению к унитарному предприятию, как к субъекту права[448].

Но приведенное выше (если действительно говорить о каких-то дополнительных свойствах предприятия) проявляется лишь в отношении предприятия унитарного предприятия (и то, если у унитарного предприятия несколько предприятий – см. об этом ниже – то тогда указанного эффекта нет напрямую и в унитарном предприятии), что же касается например иных видов коммерческих организаций, то излагаемый российскими авторами сверсуммарный эффект в данном случае отсутствует в силу того, что собственником имущества предприятия является непосредственно само юридическое лицо, в частности хозяйственное общество, а никаких дополнительных «прав учредителя или участника» у хозяйственного общества конечно же нет, такие права присутствуют лишь у его участников, а данные лица никакого прямого отношения к предприятию не имеют.

7. Возвращаясь к существу законодательного определения предприятия в белорусском праве, хотелось бы еще раз подчеркнуть, что, по нашему мнению, в белорусском законодательстве очень неточно (более верно – не однозначно) определена природа предприятия, как объекта права.

И это несмотря на то, что белорусский законодатель посвятил указанному явлению достаточное количество правовых норм, а именно, наряду со ст. 132 ГК Республики Беларусь порядку отчуждения предприятия, как имущественного комплекса, посвящен § 8 Гл. 30 ГК Республики Беларусь, аренде предприятия – § 5 Гл. 34 ГК Республики Беларусь, ипотеке предприятия

---

[447] См., напр.: Петров, Д.В. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления / Д.В. Петров. – СПб.: 2002. – С. 160.

[448] Зинченко, С.А., Лапач, В.А., Шапсугов, Д.Ю. Проблемы объектов гражданских прав / Зинченко С.А., Лапач В.А., Шапсугов Д.Ю. – Ростов-на-Дону, 2001. – С. 134.

– отдельные нормы Закона Республики Беларусь «Об ипотеке»[449]. Однако указанное нормативное содержание не позволяет однозначно определить существо рассматриваемого явления.

Так ч. 2 п. 1 ст. 132 ГК Республики Беларусь указывает на то, что в состав предприятия как имущественного комплекса входят все виды имущества, предназначенные для его деятельности, включая земельные участки, здания, сооружения, оборудование, инвентарь, сырье, продукцию, права требования, долги, а также права на обозначения, индивидуализирующие предприятие, его продукцию, работы и услуги (фирменное наименование, товарные знаки, знаки обслуживания), и другие исключительные права, если иное не предусмотрено законодательством или договором.

Таким образом, если следовать буквальному толкованию законодательной нормы, то получается, что предприятие, как имущественный комплекс включает в себя все виды активов и пассивов, отражающихся на балансе унитарного предприятия, а следовательно, предприятие – это не только имущество и иные объекты гражданского права, которые могут принадлежать определенному лицу, но и долги (иначе обязательства) указанного лица перед другими лицами.

8. При этом предприятие все-таки законодателем рассматривается в указанной совокупности в качестве единого объекта права. Причем нельзя не отметить, что стоимость предприятия как объекта права определяется путем вычитания из стоимости активов, которые принадлежат предприятию, суммы его пассивов (долгов, обязательств).

При этом стоимость предприятия определяется на конкретную дату, так как уже в следующую дату указанная стоимость может измениться, так как если предприятие представляет собой объект надлежаще функционирующего субъекта, например, унитарного предприятия, то неизбежно чуть ли не ежедневно определенное имущество списывается с баланса, например, в силу его отчуждения другому лицу, а какое-то имущество возникает у предприятия, например, в силу его приобретения у иного лица. То же, но в обратной последовательности может происходить и с долгами (обязательствами).

Таким образом, мы констатируем нестабильность предприятия, как объекта права, как в смысле конкретных объектов, которые его составляют, так и в смысле его стоимости.

О возможности наличия у одного юридического лица (индивидуального предпринимателя) двух и более предприятий

1. Если базироваться исключительно на нормах права, то нельзя дать однозначный ответ на вопрос, может ли быть у одного юридического лица одновременно несколько предприятий, либо все его имущество, используемое для осуществления предпринимательской деятельности представляет собой

[449] Закон Республики Беларусь от 20 июня 2008 года № 345-З «Об ипотеке» // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 01.07.2008. – № 157 2/1442.

единое предприятие; а кроме того, предприятие может быть объектом, принадлежащим лишь коммерческой организации, либо такой объект может принадлежать и некоммерческой организации, а также индивидуальному предпринимателю.

2. Рассматривая поставленный в предыдущем абзаце вопрос, а точнее вопросы, следует отметить, что на наш взгляд коль белорусский законодатель не указывает на то, что у юридического лица, например, у унитарного предприятия может быть лишь одно предприятие, то следовательно при определенных условиях можно признать факт наличия у одного юридического лица нескольких предприятий. Однако для указанного признания на наш взгляд соответствующие предприятия должны иметь определенное внешнее выражение, а именно, если у одного юридического лица, в частности у унитарного предприятия одновременно присутствует несколько предприятий, то это должно выражаться не только в форме обособления определенных объектов (а точнее не столько в указанной форме, так как сложно себе представить ситуацию, что определенное юридическое лицо просто отразит у себя на балансе несколько предприятий в силу внутренних документов, например, приказов и правил ведения бухгалтерского учета – хотя допустить такую ситуацию гипотетически конечно же возможно, тем более, когда белорусский законодатель предусматривает необходимость государственной регистрации предприятия для целей возможности его последующего отчуждения), но и в форме внутреннего деления юридического лица как такового, а точнее, речь в данном случае идет о делении уже субъекта на составные части (не обладающие собственной правосубъектностью) – его структурные подразделения.

3. При этом мы конечно же не рассматриваем выделение в юридическом лице, и прежде всего, в коммерческой организации ряда структурных подразделений, например, цехов, участков и так далее, и признание того, что за каждым из таких структурных подразделений закрепляется самостоятельное предприятие (хотя и такого подхода мы исключить не можем, так как, как уже отмечено выше, белорусский законодатель не указывает однозначно, что он понимает под предприятием и каким образом некая группа объектов становится единым объектом в виде предприятия, а следовательно именно сточки зрения объективного права вполне допустимой представляется ситуация, в рамках которой, например, определенное унитарное предприятие имеющее десять структурных подразделений, каждое из которых занимается осуществлением определенного вида предпринимательской деятельностью, отразит у себя на балансе десять предприятий, как обособленных имущественных комплексов).

Мы все-таки исходим из того, что скорее всего, если признавать возможность наличия например у унитарного предприятия нескольких предприятий, то речь необходимо вести о том, что каждое из таких обособленных предприятий является имуществом, закрепленным не просто за структурным подразделением унитарного предприятия, а за обособленным

структурным подразделением унитарного предприятия, то есть тем структурным подразделением, которое обладает обособленным балансом в рамках самостоятельного баланса юридического лица (унитарного предприятия). Так, например, у конкретного унитарного предприятия может быть цех по производству мебели, магазин, кафе и автомобильная стоянка, и каждое из указанных структурных подразделений связано с определенной группой объектов, предназначенных для осуществления определенного вида предпринимательской деятельности, а также с определенной группой договорных и иных обязательств юридического лица, и если применительно к каждому из указанных структурных подразделений ведется обособленный баланс, а кроме того, они располагаются отдельно (в ином месте) от головного субъекта, а еще возможно в связи с деятельностью таких структурных подразделений унитарным предприятием открыты самостоятельные банковские счета для целей каждого из структурных подразделений, и наконец, возможно через каждое из таких структурных подразделений унитарным предприятием уплачиваются налоги, сборы и иные обязательные платежи самостоятельно, то скорее всего действительно можно говорить, что каждое из таких структурных подразделений «наполняет» самостоятельное предприятие.

Однако несмотря на казалось бы достаточную объективность изложенного в предыдущем абзаце подхода, он может быть скорректирован с учетом того, что белорусский законодатель не дал однозначного указания на подобное понимание рассматриваемого явления. Единственное, что по нашему мнению позволяет все-таки с большей или меньшей вероятностью предполагать верность изложенного подхода, так это (еще раз подчеркнем данное обстоятельство) то, что законодатель не связывает одного субъекта фактом обязательного наличия у него лишь одного предприятия. Но окончательно определиться с рассмотренной позицией можно будет лишь либо путем возникновения устойчивой судебной практики по данному вопросу (что в ближайшее время не ожидается), либо в связи с изменением законодательства, то есть его уточнения применительно к рассматриваемым отношениям.

4. При этом описанные законодательные проблемы усугубляются тем обстоятельством, что в белорусском праве нет точного понимания и обособленного структурного подразделения. Единственная законодательная регламентация рассматриваемого явления содержится в ст. 51 ГК Республики Беларусь, в которой урегулированы представительства и филиалы, и в силу которой представительства и филиалы – это обособленные структурные подразделения; при этом белорусский законодатель не дает общего понятия обособленного структурного подразделения и не указывает на то, могут ли быть иные виды обособленных структурных подразделений за рамками представительств и филиалов (правда, мы например, стоим на позиции, что филиал и представительство – это разновидности обособленных структурных подразделений, но обособленные структурные подразделения это не только филиалы и представительства).

5. Наряду с рассматриваемой проблемой о возможности наличия у одного юридического лица нескольких предприятий в российской правовой доктрине в связи с тем, что в Российской Федерации понятие «предприятия» как субъекта используется исключительно для описания государственных и муниципальных унитарных предприятий, возникло направление, в рамках которого применительно к унитарным предприятиям речь необходимо вести о том, что у одного унитарного предприятия может быть не весь имущественный комплекс данного унитарного предприятия. Указанный полный имущественный комплекс принадлежит исключительно казне соответствующего публичного образования (в частности подобной точки зрения придерживается Петров Д.В. в рамках своего исследования, посвященного праву хозяйственного ведения и праву оперативного управления[450].

Изложенный вывод сторонники данного направления обосновывают тем, что если признать за унитарным предприятием право на весь имущественный комплекс такого унитарного предприятия, то тогда без согласия соответствующего унитарного предприятия собственник его имущества не сможет распорядиться своими правами учредителя унитарного предприятия. И вообще, по мнению указанных исследователей, если признать весь имущественный комплекс за унитарным предприятием, то в таком случае именно унитарное предприятие должно совершать сделки и с имущественным комплексом в целом (то есть со своим предприятием). Однако в действительности это не так. В результате сторонники рассматриваемого взгляда приходят к выводу о том, что у унитарного предприятия в хозяйственном ведении находятся по отдельности все объекты, в частности отраженные на его балансе, но при этом имущественный комплекс указанных объектов (который и состоит из совокупности соответствующих объектов) – предприятия, не находится на вещном праве у унитарного предприятия[451].

И в качестве сравнения тот же Петров Д.В. ссылается на то, что акционерному обществу не может принадлежать на праве собственности 100 % собственных акций и при этом владелец 100 % акций акционерного общества осуществляет свои права собственника по своему усмотрению, не испрашивая при этом мнения соответствующего хозяйственного общества. Так же будет поступать и собственник имущества унитарного предприятия, если весь имущественный комплекс будет принадлежать ему, и тем самым будут разделены сферы имущественного господства собственника и созданного им юридического лица[452].

Однако по данному поводу нельзя не отметить, что правовые механизмы унитарного предприятия и акционерного общества не только не сходны друг с другом (мы уже не говорим о тождественности), но и в определенной степени диаметрально противоположны друг другу. А именно, учредителю унитарного предприятия, как правило, принадлежит право собственности (иное вещное

---

[450] Петров, Д.В. Право хозяйственного ведения и право оперативного управления / Д.В. Петров. – СПб.: 2002. – С. 160.
[451] Там же, с. 164.
[452] Там же, с. 165 - 169.

право) на имущество унитарного предприятия, то есть собственником предприятия унитарного предприятия по общему правилу является именно учредитель унитарного предприятия. Что же касается акционера, то у него нет вообще никаких прав на предприятие (или предприятия) акционерного общества. У указанного лица есть лишь права по отношению к самому акционерному обществу.

Таким образом, механизмы, свойственные одному институту, не могут действовать в рамках другого института.

Хотя, безусловно анализируемая нами позиция российских исследователей имеет определенное рациональное зерно, связанное с тем, что действительно унитарное предприятие не должно обладать правами по отчуждению своего единственного предприятия, так как последнее действительно влечет за собой и переход прав учредителя унитарного предприятия. Иными словами, унитарное предприятие не может само решать свою судьбу, это совершается исключительно по воле собственника его имущества.

В этой связи интересно продолжение указанной линии российских исследователей (если хотите – доведенная до крайности излагаемая позиция), которое предусматривает, что предприятие как имущественный комплекс в вещном выражении всегда есть только часть общего вещного имущества лица, обладающего предприятием, и что полного совпадения имущества лица - собственника предприятия и имущественного комплекса самого предприятия невозможно представить даже теоретически[453].

Соглашаясь, как отмечено выше, с необходимостью разграничения прав унитарного предприятия и собственника его имущества по отношению к имуществу унитарного предприятия, мы хотим подчеркнуть, что к сожалению ни законодательно, ни фактически «обнаружить» то, что по-объектно разграничивает имущество, принадлежащее собственнику имущества унитарного предприятия и самому унитарному предприятию – невозможно.

В этой связи для решения рассматриваемой проблемы возможно «проще» все-таки не определять, как отличается предприятие унитарного предприятия по отношению к самому унитарному предприятию и то же предприятие унитарного предприятия по отношению к собственнику имущества унитарного предприятия, а разграничить правомочия унитарного предприятия и собственника его имущества в отношении предприятия унитарного предприятия, даже если подобное разграничение в определенной мере и степени будет противоречить природе вещных прав, например, того же унитарного предприятия.

6. Таким образом, описывая правовую природу предприятия, как имущественного комплекса, практически очень сложно что-то утверждать однозначно, так как в большинстве случаев нет законодательного подкрепления той или иной позиции.

---

[453] Степанов, С.А. Предприятие как имущественный комплекс по ГК РФ // Актуальные проблемы гражданского права. Сб. науч. ст. / Под ред. С.С. Алексеева. – М., 2000. – С. 51.

Правда, и изложенная в предыдущем абзаце позиция может быть скорректирована, так как в праве обязательно там, где есть общее правило присутствует и изъятие из общего правила.

Так, например, в отношении предприятия, как имущественного комплекса, можно однозначно утверждать, что в его состав не входят работники соответствующего юридического лица, в частности унитарного предприятия. Иными словами, работники унитарного предприятия не представляют собой часть предприятия, как имущественного комплекса. Последнее объясняется тем, что работники связаны, с точки зрения права, не с предприятием, как объектом, а с унитарным предприятием, как с субъектом, так как их трудовые отношения это исключительно факт взаимоотношения между унитарным предприятием и его работником.

Правда, в связи с изложенным, конечно же, нельзя не подчеркнуть, что с точки зрения экономики (не права), применительно к предприятию, как объекту интерес представляют не только машины, оборудование и иное имущество, но и люди, которые их эксплуатируют, а следовательно с экономических позиций например, при покупке или аренде предприятия, как имущественного комплекса, для покупателя или арендатора важно, чтобы наряду с имуществом он получил также и людей, которые обслуживают это имущество.

Однако, с точки зрения права, предположить, что при продаже, или аренде предприятия как имущественного комплекса происходит одновременная продажа или аренда работников, конечно же, недопустимо.

Хотя с позиции факта нельзя не отметить, что в случае если приобретается или арендуется предприятие, то как правило работники такого предприятия продолжают выполнять свои трудовые функции в связи с указанным имуществом, иными словами, работники переходят к новому собственнику или арендатору и вступают уже с ним в трудовые отношения (но подобный переход основан исключительно на добровольных действиях работников, а следовательно его никак нельзя связывать с «принудительным переходом», который происходил бы, если бы в состав предприятия, входили бы и работники унитарного предприятия (к счастью канули в лету те времена, когда например на территории Российской империи государство продавало предприятие казенного предприятия и одновременно продавало или передавало работников, приписанных к такому казенному предприятию).

О части предприятия

1. Рассматривая вопрос о правовой природе предприятия, нельзя не обратить внимания на то, что белорусский законодатель рассматривает в качестве самостоятельного объекта права не только предприятие в целом, но и его часть, а именно, в п. 2 ст. 132 ГК Республики Беларусь законодатель указывает , что не только предприятие в целом но и его часть могут быть объектом купли-продажи, аренды и других сделок.

Таким образом, по мнению законодателя, часть унитарного предприятия

– это тоже самостоятельный объект гражданского права.

2. Однако, если применительно к предприятию белорусский законодатель хотя бы дает его понятие и общие характеристики, то что такое часть предприятия, исходя из законодательных норм, ответить нельзя.

В связи с этим не ясно, должна ли часть предприятия быть каким-то образом обособлена для того, чтобы ее можно было бы признать в качестве самостоятельного объекта гражданского права, либо для того, чтобы некая группа имущества именовалась в качестве части предприятия вполне достаточно, чтобы например вещи ее составляющие просто находились на балансе например одного унитарного предприятия.

И если применительно к имущественной составляющей предприятия еще можно строить какие-либо предположения и говорить о том, что вещи, отраженные на балансе унитарного предприятия, могут быть разделены на несколько частей, базируясь на каком-либо произвольно выбранном собственником имущества унитарного предприятия принципе, то применительно к обязательствам и долгам сложно определить, а что же будет положено в основу соответствующего деления.

Но самое главное, если речь идет об отчуждении или ином виде распоряжения предприятия, и прежде всего предприятии унитарного предприятия, то участники имущественного оборота понимают, что например при продаже предприятия, как имущественного комплекса, отчуждается не только имущество, принадлежащее определенному субъекту, но и права и обязанности указанного субъекта, связанные с таким имуществом. При этом связь приведенных прав и обязанностей подтверждается тем, что они наряду с имуществом находят отражение на едином балансе соответствующего субъекта. И даже применительно к предприятию унитарного предприятия в случае его продажи «субъект последует за объектом», иными словами, как соответствующее имущество, права и обязанности были отражены на балансе определенного унитарного предприятия, так они и останутся отраженными на указанном балансе. Если же речь вести об отчуждении части предприятия, то в этой связи не понятно, почему наряду с имуществом юридического лица, например, унитарного предприятия, отчуждаются его права и обязанности. По нашему мнению, в отношении последних речь об отчуждении можно вести (в рассматриваемой ситуации) лишь в рамках институтов уступки требования и перевода долга.

3. При этом нельзя не обратить внимание на «несогласованность» белорусского законодателя «внутри себя». А именно если в п. 2 ст. 132 ГК Республики Беларусь действительно указывается на возможность совершения сделок с частью предприятия, то уже в § 8 Гл. 30 ГК Республики Беларусь и § 5 Гл. 34 ГК Республики Беларусь применительно к регламентации соответственно продажи предприятия и аренды предприятия, белорусский законодатель ничего не указывает на распространение изложенного режима, то есть режима, который особо регулирует продажу, или аренду предприятия на часть предприятия.

Причем, изложенное выше безусловно никак не соотносится с действительной возможностью продажи (аренды) группы имущества, входящего в состав предприятия. То есть никто не отрицает (естественно этого и нельзя отрицать), что имущество, входящее в состав предприятия, может продаваться и группой (сдаваться в аренду группой), но при этом указанные сделки осуществляются «в обычном режиме», то есть их регулирование не требует особого подхода, как происходит в случае продажи или аренды предприятия в целом.

4. И действительно институт предприятия «интересен» лишь в той ситуации, когда наряду с вещами «продаже или аренде» подлежат также связанные с ними имущественные права и долги. Если последние никак не соотносятся с объектом конкретной сделки, то никакого смысла в указании на предприятие, как на самостоятельный объект права нет.

Исходя из указанного, нами делается вывод, что положения п. 2 ст. 132 ГК Республики Беларусь в части, относящейся к возможности совершения сделок с частью предприятия, не нашли своего дальнейшего продолжения и развития при регламентации отдельных видов сделок, а следовательно, часть предприятия не имеет особого правового регулирования, а коль так, то скорее всего если такое понятие и можно использовать, то лишь в «обыденной (или экономической) лексике», а не применительно к правовому описанию соответствующих явлений.

Таким образом, продажа предприятия – это не более чем одновременная продажа группы вещей, например, находящихся на балансе одного унитарного предприятия. И при этом с указанными вещами нельзя одновременно «продать» права и долги.

Таким образом, на наш взгляд, если в отношении предприятия в целом, как объекта права, еще можно хотя бы приблизительно сказать, зачем законодатель вводит указанный объект права и при этом дать характеристику такого объекта, то применительно к части предприятия не ясны ни цели законодателя, но, что самое главное, непонятно, как этот объект права отграничивается в имущественном обороте (прежде всего, речь идет об «возможности отчуждения прав и обязанностей», хотя если предположить, что под частью предприятия понимается лишь группа определенных вещей, находящихся на балансе, например, унитарного предприятия, то тогда все становится на свои места, но в этом случае исчезает особенность части предприятия, как объекта права, так как на наш взгляд нет никакого смысла в таком объекте, в силу того, что он полностью дублирует такой объект, как вещь или группа вещей).

5. Итак, по нашему мнению, если в выделении предприятия как самостоятельного объекта гражданского права еще и есть какой-то смысл, то в выделении в качестве такого же объекта части предприятия – целесообразности нет, тем более в той ситуации, когда абсолютно непонятно, что понимается под частью предприятия.

О лицах, которые могут обладать предприятием: о наличии предприятия не только у коммерческих организаций, но и у некоммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей

1. Рассматривая институт предприятия, нельзя не обратить внимания и на то обстоятельство, что белорусский законодатель четко не связывает между собой предприятие, как объект, и определенный субъект, который указанным объектом владеет.

Законодатель лишь как отмечено выше предусматривает, что предприятие как объект права в обязательном порядке должно использоваться для осуществления предпринимательской деятельности.

2. Следовательно, мы можем констатировать, что абсолютно все коммерческие организации, как организации, целью деятельности которых является извлечение прибыли, а для этого они в обязательном порядке должны осуществлять предпринимательскую деятельность, безусловно имеют в качестве принадлежащего им объекта права предприятие, как имущественный комплекс (либо, как отмечено нами выше предприятия как имущественные комплексы).

3. Что же касается некоммерческих организаций, то они отличаются от коммерческих организаций тем, что не имеют извлечение прибыли в качестве основной цели деятельности и создания. Однако в соответствии с белорусской правовой системой лишь три вида некоммерческих организаций вообще не вправе осуществлять предпринимательскую деятельность. К указанным видам некоммерческих организаций относятся: общественное объединение, политическая партия, ассоциация (союз). Что же касается иных видов некоммерческих организаций, то они в той или иной мере и степени, а именно в соответствии с целями их создания могут осуществлять предпринимательскую деятельность и извлекать прибыль.

Исходя из указанного, нами делается вывод о том, что предприятие, как объект, характеризует не только унитарное предприятие и даже не только все виды коммерческих организаций, но и следующие организационно-правовые формы некоммерческих организаций: профессиональные союзы, религиозные организации, учреждения, республиканские государственно-общественные объединения, потребительские кооперативы: потребительские общества, организации застройщиков (жилищные кооперативы, жилищно-строительные кооперативы), гаражные кооперативы, кооперативы по организации автомобильных стоянок, садовые товарищества; благотворительные и иные фонды, товарищества собственников, торгово-промышленные палаты, международные арбитражные (третейские) суды. При условии если указанные организации будут осуществлять предпринимательскую деятельность. При этом для наличия предприятия у некоммерческой организации вполне достаточно, чтобы данная организация совершила хотя бы одну предпринимательскую сделку, а точнее сделку, направленную на осуществление предпринимательской деятельности, и совершила действия,

связанные с ее исполнением.

Таким образом, даже незначительное участие некоммерческой организации в предпринимательском обороте будет образовывать у такой организации предприятие, как имущественный комплекс. Однако в связи с указанным возникает вопрос, а как разграничивать между собой то имущество некоммерческой организации, которое составляет предприятие и то имущество некоммерческой организации, которое предприятие не составляет (как раз применительно к данному случаю, а именно к проблеме разграничения с долгами и обязательствами вопросов практически не возникает, так как права и обязанности, которые будут возникать по сделке, направленной на осуществление предпринимательской деятельности, будут относиться к предприятию, а права и обязанности, которые основаны на сделках, направленных на реализацию некоммерческих целей некоммерческих организаций, не будут относится к предприятию).

Так, например, если некоммерческая организация сдала на месяц помещение в аренду, а потом до конца года использовала его для некоммерческих целей – это предприятие или нет?

Применительно к коммерческим организациям указанный вопрос решается просто, так как даже если определенное имущество коммерческой организации используется и для осуществления предпринимательской деятельности и для совершения действий некоммерческого характера, то такое имущество все равно будет наполнять предприятие или предприятия коммерческой организации. Правда, и в отношении коммерческих организаций могут возникнуть вопросы, связанные например, с так называемыми объектами социально-бытового или социально-культурного назначения, например, детскими садами (яслями), спортивными сооружениями, и так далее. По данному поводу мы считаем возможной следующую позицию: если соответствующий объект социально-бытового, или социально-культурного назначения вообще не приносит какой-либо выручки, то есть он используется исключительно безвозмездно, иными словами, пользователи данного объекта ничего не платят за его использование, то тогда такой объект вряд ли может наполнять предприятие или предприятия коммерческой организации, так как одна из важнейших характеристик предприятия, как объекта в данном случае соблюдаться не будет (не будет использования имущества для осуществления предпринимательской деятельности). Если же объект социально-бытового или социально-культурного назначения приносит выручку и тем более доход, то такой объект безусловно должен быть включен в предприятие или предприятия коммерческой организации. Так, например, если детский сад (ясли) оплачивается родителями детей, которые воспитываются на данном объекте и при этом детский сад (ясли) не выделен в самостоятельное юридическое лицо, а находится на балансе коммерческой организации, то такой детский сад (ясли) либо является частью предприятия коммерческой организации, либо даже образует самостоятельное предприятие коммерческой организации, если он выделен в обособленное структурное подразделение, то есть находится на

обособленном балансе в рамках самостоятельного баланса коммерческой организации. При этом выдвигая указанный тезис, мы конечно же понимаем, что он может быть подвергнут критике, иными словами, по данному вопросу может быть другая позиция. Действительно, если коммерческая организация, например, унитарное предприятие содержит детский сад (ясли) или спортивное сооружение (например, стадион) «не корысти ради», а для удовлетворения прежде всего социальных потребностей своих работников, то даже если с работников или иных лиц берется определенная оплата за пользование соответствующими объектами, то эта плата может полностью не покрывать всех издержек, связанных с содержанием такого объекта, либо только покрывать такие издержки и не приносить прибыль, а следовательно указанный объект фактически, да и юридически не используется для осуществления предпринимательской деятельности, так как такая деятельность хотя бы в рамках цели ее осуществления должна приносить прибыль, а в рассматриваемой ситуации прибыль не то, что не ставится в край угла, но и вообще е предполагается; а коль так, то указанные объекты не должны включаться в предприятие коммерческой организации.

Соглашаясь с возможностью наличия и указанного последним подхода, мы все-таки остаемся приверженцами первого взгляда, понимая, что он не полностью вписывается в конструкцию предпринимательской деятельности, определенной ч. 2 п. 1 ст. 1 ГК Республики Беларусь не как деятельность, которая приносит прибыль, но как деятельность, которая все-таки направлена на систематическое получение прибыли.

В основу же отстаиваемой нами позиции мы кладем также положения ч. 2 п. 1 ст. 1 ГК Республики Беларусь, но в которых указывается на то, что к предпринимательской деятельности относятся работы или услуги, предназначенные для реализации другим лицам и неиспользуемые для собственного потребления. В рассматриваемом же нами случае безусловно с помощью объектов социально-бытового или социально-культурного назначения выполняются платные работы или услуги не для собственного потребления коммерческой организацией, а для потребления иными лицами. При этом мы правда понимаем, что и такую деятельность применительно к толкованию предпринимательской деятельности ч. 2 п. 1 ст. 1 ГК Республики Беларусь можно связать с целью извлечения прибыли, и без цели извлечения прибыли ее не рассматривать в качестве предпринимательства.

Исходя из указанного, мы готовы согласиться, что рассматриваемая нами проблема является дискуссионной, причем исходя не только из нечеткого описания дефиниции предприятия в белорусском праве, но и в силу отсутствия точности при определении предпринимательской деятельности в белорусском праве. А следовательно в решении указанного вопроса большую роль может сыграть судебная практика, или если устойчивой судебной практики не будет, то по данному поводу необходимо уточнение положений законодательства Республики Беларусь.

(Однако если коммерческая организация извлекает из объектов

социально-бытового или социально-культурного назначения хотя бы какую-то прибыль, хоть в минимальном размере, то безусловно такие объекты входят в состав предприятия или предприятий коммерческой организации.)

Самый сложный вопрос в рассматриваемой связи базируется на том, как относится к имуществу, которое например в рамках одной сделки было использовано для осуществления предпринимательской деятельности, а впоследствии представляет собой объект, связанный исключительно с некоммерческими целями организации.

Так, например, у какой-то из некоммерческих организаций есть помещение, которое такая организация сдала в аренду на один месяц, а затем указанное помещение использовалось исключительно для реализации основных целей организации, например, культурно-просветительских. В такой ситуации можно ли указанное помещение рассматривать в качестве составной части предприятия некоммерческой организации или нет? Прямого ответа на указанный вопрос белорусское законодательство не содержит. Однако по нашему мнению скорее всего указанное помещение нельзя включать в состав предприятия некоммерческой организации, так как п. 1 ст. 132 ГК Республики Беларусь при определении понятия предприятия все-таки указывает на то, что как объект оно используется для осуществления предпринимательской деятельности. В изложенном же мной примере указанное помещение уже больше не используется для осуществления предпринимательской деятельности. Правда, если бы рассматриваемый вопрос был задан в тот момент времени, когда договор аренды помещения исполнялся, то тогда сложно было бы найти прямую законодательную основу для не признания такого помещения частью предприятия некоммерческой организации. Однако, скорее всего, и применительно к последнему обстоятельству мы бы также не включили помещение в состав предприятия некоммерческой организации, если бы точно было известно, что договор аренды заключен сроком на один месяц и никаких прямых указаний на то, что такой договор будет продлен не было бы. В этой связи по нашему мнению для отнесения того или иного имущества некоммерческой организации к ее предприятию необходимо применительно к аренда смотреть на срок передачи указанного имущества в аренду, иными словами на постоянство в использовании соответствующего имущества для извлечения прибыли, а следовательно для осуществления предпринимательской деятельности. То есть если имущество используется для сдачи его в аренду на длительный срок, либо оно постоянно сдается в аренду на небольшие сроки, то по нашему мнению можно утверждать, что такое имущество входит в состав предприятия некоммерческой организации. Правда в этом случае безусловно будет возникать вопрос, что такое длительный срок передачи имущества в аренду, либо постоянство в передаче имущества в аренду, не предвосхищая твердый ответ на данный вопрос, мы говорим о том, что в каждой конкретной ситуации он должен разрешаться исходя из конкретных обстоятельств, и уж как минимум его можно рассматривать как оценочный вопрос, то есть вопрос, на который нет однозначного ответа, но все-

таки в качестве некого образца, а точнее примера мы можем указать на например сдачу имущества в аренду на срок шесть месяцев и более для включения такого имущества в состав предприятия некоммерческой организации.

Либо иной пример, учебное учреждение наряду с бесплатными образовательными услугами одновременно оказывает платные образовательные услуги, причем количество лиц, пользующихся бесплатными и платными образовательными услугами примерно равное, и при этом, что безусловно мы наблюдаем в рамках правоприменительной деятельности, одно и тоже имущество, причем зачастую в одно и тоже время используется для оказания указанных платных и бесплатных услуг (иными словами, например, в одной и той же учебной группе половина учащихся получает «бюджетное образование», а половина – «платное образование»). По нашему мнению, и в рамках указанного примера сложно найти прямой ответ в законодательстве Республики Беларусь. Однако применительно к данному примеру, в отличии от первого примера мы скорее склонны, чем нет, признать указанное имущество в качестве части предприятия некоммерческой организации. Наш подобный подход базируется на том обстоятельстве, что фактически все имущество учебного учреждения в рассматриваемом нами случае используется для осуществления таким учреждением предпринимательской деятельности, причем это происходит не от случая к случаю, а практически постоянно. Иными словами на протяжении учебного года все имущество учебного учреждения в том числе направлено на то, чтобы извлекать прибыль от возмездного оказания образовательных услуг. А следовательно все требования п. 1 ст. 132 ГК Республики Беларусь к предприятию, как к имущественному комплексу в данном случае соблюдаются. Однако при подобном подходе «происходит смешение» различных правовых явлений, то есть несмотря на то, что основной целью создания учебного учреждения было оказание образовательных услуг на безвозмездной основе для учащихся, то есть за счет бюджетных средств, но получается, что все имущество такого учебного учреждения, созданное прежде всего за счет бюджетных средств оказывается предприятием, то есть имуществом, используемым для осуществления предпринимательской деятельности.

В связи с указанным для разрешения изложенной ситуации все-таки требуется большая детализация в белорусском законодательстве в связи с отношениями, связанными с предприятием, как имущественным комплексом. При этом не отказываясь от изложенного в настоящем абзаце тезиса, мы можем предположить, что в рамах описываемой ситуации одно и тоже имущество одновременно и входит в состав предприятия некоммерческой организации (когда речь идет об оказании платных образовательных услуг), и не входит в состав указанного предприятия (когда речь идет о бюджетном обучении), в зависимости от целей, связанных с определением указанного имущества. однако последний подход нам также не представляется абсолютно верным, так как относительно правоприменительной практики, зачастую сложно сказать,

где заканчиваются одни отношения и начинаются другие отношения.

В связи с изложенным все-таки требуется определенный взгляд законодателя на рассматриваемые отношения. при этом нам хотелось бы в связи с излагаемыми обстоятельствами подчеркнуть, что указанные выше проблемы и предложенные выше решения будут относится не только к ситуации, когда например, учебное учреждение имеет половину и более учащихся, получающих образование на платной основе, но и когда в учебном заведении не просто менее половины учащихся платят за свое образование, но когда даже один или несколько учащихся оплачивают образовательные услуги и процесс обучения таких лиц происходит в рамках всего учебного года.

Последнее объясняется тем, что в изложенном последним примере использование имущества учебного учреждения для целей извлечения прибыли, иными словами, осуществление предпринимательской деятельности происходит постоянно, причем для осуществления указанной деятельности используется все имущество учебного учреждения. Правда, уже изложенный последним тезис также может быть скорректирован в ситуации, когда применительно к обучению одного или нескольких учащихся на платной основе можно заведомо и точно определить, какие помещения соответствующего учебного учреждения используются для целей такого обучения, а какие нет. В связи с этим те помещения, в которых не происходит процесс обучения учащихся, получающих образование на платной основе, безусловно, могут быть исключены из состава предприятия подобного учебного учреждения. То же относится к оборудованию, машинам и иному имуществу соответствующего учебного учреждения.

Абсолютно аналогичная с излагаемой ситуация присутствует и в случае, если речь идет не об образовательном учреждении, а например, о медицинском учреждении. Правда, применительно к последнему, если речь идет об оказании постоянной медицинской помощи в стационарных условиях, то зачастую на практике для оказания платных медицинских услуг выделяются отдельные палаты, которые и будут входить в этом случае в состав предприятия медицинского учреждения; что же касается тех палат, в которых находятся на излечении больные и такие больные не платят за оказываемые медицинские услуги, то естественно такие палаты не должны включаться в состав предприятия медицинского учреждения.

4. Возвращаясь в целом к анализу такого явления как наличие или отсутствие у некоммерческой организации предприятия, необходимо отметить, что по нашему мнению без дополнительной законодательной регламентации однозначно ответить есть оно или нет – нельзя. Однако несмотря на наши пожелания законодателю урегулировать указанные отношения более детально для прояснения поставленного вопроса, возможно в этом нет и никакой необходимости, так как с точки зрения правоприменительной практики (не доктринальной разработки соответствующего правового явления) нет фактически никакой разницы в признании наличия у некоммерческой организации предприятия либо отсутствия у нее предприятия, и уж во всяком

случае во включении того или иного имущества некоммерческой организации в состав ее предприятия, либо нет.

Правда, изложенный в предыдущем абзаце последний тезис страдает по нашему мнению излишней категоричностью, так как в праве при анализе того или иного явления нельзя однозначно сказать, когда и каким образом оно может быть использовано в рамках правоприменительной практики и каким образом это скажется на ней.

Так и в рассматриваемой нами ситуации факт наличия у некоммерческой организации предприятия может иметь важное значение в правоприменительной практике такой организации в свете того, что если у некоммерческой организации все-таки присутствует предприятие, то тогда например можно продать, либо передать в аренда, залог и т.д. не просто определенную часть имущества некоммерческой организации, а совершить указанные сделки будет возможно с определенным имущественным комплексом (иными словами, речь будет идти, например не о продаже определенной группы вещей, а о продаже соответствующих вещей вместе с правами и обязанностями (долгами) в связи с такими вещами). И если у некоммерческой организации благодаря осуществляемой предпринимательской деятельности присутствует определенный бизнес, то безусловно исходя из всех экономических канонов продать такой бизнес в целом будет гораздо дороже, чем продавать группу имущества на основе которого осуществляется соответствующая предпринимательская деятельность. Если же к продаже указанной группы вещей некоммерческая организация пожелает передать еще и права и обязанности по сделкам со своими контрагентами (а и таким образом можно также передать бизнес в целом), то с одной стороны это может занять у некоммерческой организации достаточно продолжительный период времени, так как потребуется согласовать с каждым контрагентом как с кредитором перевод долга на иное лицо (указанный же срок может не согласится ждать покупатель бизнеса), с другой стороны желаемой цели можно и не достигнуть в связи с тем, что ряд контрагентов некоммерческой организации может не согласиться с переводом долга с некоммерческой организации на покупателя ее бизнеса, и таким образом бизнес в целом не перейдет к иному лицу, а это может его подвигнуть на то, чтобы не приобретать изначально группу вещей у некоммерческой организации, либо поставить перед некоммерческой организацией условие о том, что лицо купит группу имущества лишь при условии, если все права и обязанности некоммерческой организации по ее сделкам с третьими лицами перейдут к покупателю.

Таким образом, мы считаем, что и для некоммерческой организации выделение среди ее имущества предприятия представляется достаточно важным, а следовательно законодатель все-таки должен точно определиться с рассматриваемым вопросом.

5. Описывая понятие предприятия, как имущественного комплекса в правовой системе Республики Беларусь, нельзя не обратить внимание и на то обстоятельство, что белорусский законодатель в ст. 132 ГК Республики

Беларусь никак не связывает указанное понятие исключительно с юридическим лицом. Иными словами, в белорусском праве предприятие как объект права не обязательно должно принадлежать юридическому лицу, как субъекту права.

Если следовать белорусскому законодателю, то предприятием может являться любой имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности. А следовательно, любое лицо, которое имеет право осуществлять предпринимательскую деятельность, и действительно ее осуществляет, может иметь предприятие (и даже иначе, является обладателем предприятия, так как формально получается, что любая группа имущества, с помощью которой осуществляется предпринимательская деятельность, может рассматриваться в качестве предприятия).

Таким образом, мы считаем, что предприятие как объект присутствует в обязательном порядке не только у любой коммерческой организации, но и у любого индивидуального предпринимателя.

Тем самым мы констатируем, что индивидуальные предприниматели являются собственниками предприятий. Причем у одного индивидуального предпринимателя может быть как одно предприятие, так и два и более предприятий. Последнее возможно в ситуации, когда индивидуальный предприниматель, аналогично, как и коммерческая организация осуществляет не один вид предпринимательской деятельности, а два и более вида предпринимательской деятельности, и при этом с каждым из указанных видов связана определенная группа имущества. Правда, в современных законодательных условиях, учитывая то обстоятельство, что на индивидуального предпринимателя могут работать лишь его близкие родственники, представляется маловероятным, что у индивидуального предпринимателя действительно может быть два и более полноценных вида предпринимательской деятельности, если только он сам не выходец из многодетной семьи, либо у него многодетная семья.

Но на наш взгляд самой большой проблемой, связанной с правами индивидуального предпринимателя на предприятие является невозможность наличия у него более одного предприятия, а раздел (точнее разграничение) между имуществом, которое входит в состав предприятия индивидуального предпринимателя, и имуществом, которое не входит в состав предприятия.

Иными словами, и применительно к индивидуальному предпринимателю, мы наблюдаем ту же проблему, о которой говорилось выше, применительно к некоммерческим организациям в отношении того имущества, которое одновременно используется и для осуществления индивидуальным предпринимателем предпринимательской деятельности, и для личного (домашнего, семейного) потребления индивидуального предпринимателя и членов его семьи (например, речь идет о личном автомобиле, который в период рабочей недели используется для выполнения работ (оказания услуг), а в выходные дни – для семейных нужд).

Указанная выше дилемма не имеет точного решения, так как действительно очень сложно либо признать, либо не признать имущество,

используемое для разных целей в качестве имущества, относящегося лишь к одной из них. Иными словами, сложно признать в приведенном выше примере автомобиль лишь частью предприятия индивидуального предпринимателя и не признавать за ним свойств «домашнего имущества». И соответственно наоборот, сказать, что указанный автомобиль не при каких условиях не может наполнить собой предприятие индивидуального предпринимателя, также невозможно.

Однако изложенная в предыдущем абзаце проблема действительно являлась бы таковой в ситуации, когда например, белорусский законодатель признавая возможность банкротства индивидуального предпринимателя указывал бы на то, что описанная процедура связана не со всем имуществом индивидуального предпринимателя, а лишь с тем, которое наполняет собой его предприятие. В этой ситуации, действительно, прежде всего, для кредиторов индивидуального предпринимателя было бы важным отнесение того или иного его имущества к предприятию.

В рамках же сегодняшней ситуации, белорусский законодатель не применительно к ответственности индивидуального предпринимателя по своим обязательствам в рамках обычного имущественного оборота, не применительно к ответственности индивидуального предпринимателя в рамках процедуры экономической несостоятельности (банкротства) не указывает на то, что ответственность по долгам индивидуального предпринимателя обращается лишь на то имущество, которое реально было использовано последним для осуществления своей предпринимательской деятельности.

Исходя из белорусского законодательства индивидуальный предприниматель отвечает по своим долгам в рамках любой правовой процедуры всем принадлежащим ему имуществом (за исключением того имущества, на которое не может быть обращено взыскание по долгам физических лиц и которое отражено в Приложении № 1 к ГПК Республики Беларусь).

Таким образом, если доктринально вопрос о том, что включает в себя предприятие индивидуального предпринимателя и представляет интерес, то относительно правоприменительной практики ответ на поставленный вопрос не играет никакого значения. А следовательно, до момента внесения изменений в законодательство Республики Беларусь в части «законодательной связи» индивидуального предпринимателя и его предприятия при ответственности первого по своим долгам никакого смысла в законодательном уточнении состава предприятия индивидуального предпринимателя нет. (Однако и для индивидуального предпринимателя может быть важным возможность совершения сделок с предприятием как с имущественным комплексом, и прежде всего, договоров купли-продажи, аренды, залога, а следовательно возможность наличия в составе предприятия определенного имущества также будет достаточно важной для совершения указанных сделок).

О необходимости регистрации предприятия

1. Описывая предприятие как имущественный комплекс унитарного предприятия, нельзя не обратить внимание на то обстоятельство, что законодательство Республики Беларусь, а именно Закон Республики Беларусь «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним»[454] (например, п.п. 1.4 п. 1 ст. 3, ст. 41) предусматривает государственную регистрацию предприятия.

При этом ст. 41 Закона Республики Беларусь «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» даже связывает с регистрацией предприятия, как имущественного комплекса государственную регистрацию прав на земельные участки, капитальные строения (здания, сооружения), незавершенные законсервированные капитальные строения, изолированные помещения, если соответствующие объекты, или имущественные права на них входят в состав предприятия как имущественного комплекса.

Исходя из указанного может последовать вывод о том, что если не зарегистрировать предприятие как имущественный комплекс, то применительно как минимум к унитарному предприятию и иным коммерческим организациям права указанных лиц на объекты недвижимости регистрации также не подлежат.

2. Однако указанное законодательное положение игнорируется в белорусской правоприменительной практике, а именно, белорусские коммерческие организации регистрируют предприятия лишь перед тем, как собираются совершить сделку с указанным объектом. При этом до настоящего времени сделки с таким объектами как предприятия совершали в основном лишь унитарные предприятия. Последнее объясняется тем, что продажа бизнеса унитарного предприятия иначе чем через продажу принадлежащего ему предприятия невозможна. Что же касается продажи бизнеса в рамках иных организационно-правовых форм коммерческих организаций, то она как правило осуществлялась (и осуществляется) через продажу доли участия (например, доли в уставном фонде общества с ограниченной ответственностью, общества с дополнительной ответственностью, акций), а следовательно потребности в регистрации предприятий как имущественных комплексов, принадлежащих указанным видам юридических лиц практически нет.

3. В связи с изложенным, в Республике Беларусь лишь незначительная часть предприятий как имущественных комплексов зарегистрированы.

И для этого есть определенная законодательная основа в виде постановления Совета Министров Республики Беларусь, которое можно толковать и таким образом, что регистрация предприятия как имущественного комплекса необходима лишь в отдельных случаях; однако из постановления Правительства Республики Беларусь можно сделать и другой вывод, а кроме

---

[454] Закон Республики Беларусь от 22.07.2002 года № 113-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним» // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 07.08.2002, № 87, 2/882.

того при первом толковании оно будет противоречить Закону Республики Беларусь «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним».

Речь в предыдущем абзаце идет о том, что в развитие положений п. 1 ст. 41 Закона Республики Беларусь «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним», в котором предусмотрено, что регистрационные действия в отношении предприятия как имущественного комплекса совершаются регистратором республиканской организации по государственной регистрации в порядке установленном Правительством Республики Беларусь, Советом Министров Республики Беларусь 1 июня 2004 года было принято постановление № 650 «Об утверждении Положения о порядке совершения регистрационных действий в отношении предприятия как имущественного комплекса»[455].

4. В указанном же акте законодательства (п. 5 Положения о порядке совершения регистрационных действий в отношении предприятия как имущественного комплекса) предусматривается, что государственная регистрация создания предприятия является обязательной в предусмотренных законодательными актами случаях до совершения сделок с предприятием.

При этом изложенное в предыдущем абзаце положение можно истолковать и таким образом, что в случае если с предприятием как имущественным комплексом не совершается никаких сделок, такое предприятие может не регистрироваться.

Исходя из приведенного толкования в рамках белорусской правоприменительной практики и наблюдается ситуация, в рамках которой отсутствие государственной регистрации предприятия не влияет на наличие как минимум у коммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей предприятий как имущественных комплексов.

Последнее объясняется тем, что предприятие, как имущественный комплекс, и соответственно как объект права, возникает у коммерческой организации, например у унитарного предприятия, уже в момент его государственной регистрации, как юридического лица, так как уже в этот момент на балансе унитарного предприятия уже отражается определенное имущество, так как белорусский законодатель требует сформировать уставный фонд унитарного предприятия до момента его государственной регистрации. Правда, исходя из действующего законодательства Республики Беларусь гипотетически допустимо сформировать уставный фонд унитарного предприятия в размере одно рубля, и вряд ли с точки зрения факта этот один рубль фактически может определяться как предприятие, но юридически (с точки зрения правовых норм) если на балансе унитарного предприятия в момент его возникновения не будет ничего кроме указанного рубля, то именно данный рубль и будет представлять собой имущественный комплекс

---

[455] Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 1 июня 2004 года № 650 «Об утверждении Положения о порядке совершения регистрационных действий в отношении предприятия как имущественного комплекса» // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 09.06.2004, № 89, 5/14333.

унитарного предприятия, то есть предприятие.

При этом мы не считаем подход Закона Республики Беларусь «О государственной регистрации недвижимости, прав на нее и сделок с ней» об обязательной регистрации предприятия как имущественного комплекса единственно верным подходом.

Последнее объясняется тем, что при буквальном прочтении ГК Республики Беларусь видно, что гражданский законодатель Республики Беларусь напрямую не связывает отнесение определенного объекта к недвижимым вещам лишь при условии его государственной регистрации (исключение, пожалуй, относится лишь к воздушным и морским судам, судам внутреннего плавания, судам плавания река-море в отношении которых в ч. 2 п. 1 ст. 130 ГК Республики Беларусь напрямую указывается на то, что к недвижимым вещам приравниваются лишь подлежащие государственной регистрации указанные суда. Правда, и в отношении данных объектов законодатель не говорит о том, что они для того, чтобы быть приравненными к объектам недвижимости должны быть обязательно зарегистрированы, он лишь указывает на то, что они должны подлежать государственной регистрации).

Таким образом, мы приходим к выводу, что исходя из положений гражданского законодательства Республики Беларусь, предприятие для того, чтобы быть приравненным к недвижимому имуществу не должно быть обязательно зарегистрировано.

(Однако с указанным предприятием нельзя будет совершить никакую сделку в случае, если оно не будет зарегистрировано в качестве объекта недвижимости (за исключением случаев прямо предусмотренных белорусским законодательством, так, например, в силу нормативных положений Республики Беларусь отчуждение предприятий государственных унитарных предприятий возможно без государственной регистрации предприятия как объекта с одновременной государственной регистрацией предприятия как объекта, сделки в рамках которой произошло его отчуждение и прав приобретателя на предприятие). Последнее объясняется как положениями уже упоминавшегося постановления Совета Министров Республики Беларусь № 650, так и тем, что уже упоминавшийся Закон Республики Беларусь «О государственной регистрации недвижимости, прав на нее и сделок с ней» предусматривает следующую последовательность регистрационных действий для действительности сделки с недвижимым имуществом: вначале регистрируется сам объект недвижимости (если только он не зарегистрирован ранее), после этого регистрируется переход прав на указанный объект, и лишь после этого регистрируется сама сделка, имеющая в качестве предмета второго уровня объект недвижимости.)

5. Рассматривая предприятие как объект, несмотря на указанное выше, а именно, на отсутствие необходимости его обязательной государственной регистрации, опишем, все-таки, указанный процесс, так как без государственной регистрации предприятия невозможно совершать действия с соответствующим предприятием.

Итак порядок государственной регистрации предприятия как объекта права урегулирован прежде всего в постановлении Совета Министров Республики Беларусь от 1 июня 2004 года № 650 «Об утверждении положения о порядке совершения регистрационных действий в отношении предприятия как имущественного комплекса». (Детализация же указанного порядка присутствует в Перечне административных процедур, совершаемых Государственным комитетом по имуществу и подчиненными ему организациями в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, утв. постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 21 ноября 2007 года № 1578 (п. 73)[456] и в Постановлении Комитета по земельным ресурсам, геодезии и картографии при совете министров Республики Беларусь 19 июля 2004 года № 34-1 «Об утверждении Инструкции об определении перечня документов, представляемых для государственной регистрации в отношении предприятия как имущественного комплекса»[457]).

В силу указанного постановления № 650 государственной регистрации подлежит уже создание предприятия. Однако как нами отмечено выше при возникновении (создании) унитарных предприятий государственная регистрация принадлежащих им предприятий не осуществляется (в отличие от государственной регистрации самого унитарного предприятия без которой его создание действительно не возможно.

Правда, вполне возможно, что белорусский законодатель вкладывает в понятие «создание» в данном случае несколько иной смысл, по сравнению с общераспространенным подходом к рассматриваемому явлению. А именно, исходя из постановления № 650, можно предположить, что создание предприятия происходит не в момент учреждения например унитарного предприятия, а в любой момент времени в период его функционирования, если собственник, уполномоченное им лицо или само унитарное предприятие сочтут для себя по каким-то причинам необходимым создание предприятия. Исходя из указанного взгляда, предприятие – это не данность, то есть не «наименование» того имущества и долгов, которые отражены например на балансе унитарного предприятия, а лишь какое-то отдельное имущество и долги из указанного выше имущества и долгов, которые по воле соответствующих лиц в определенный период времени почему-то выделяются в предприятие. Основу подобного взгляда (а точнее возможность его наличия) составляют положения п. 5 постановления № 650, в силу которых государственная регистрация создания предприятия является обязательной в предусмотренных законодательными актами случаях до совершения сделок с предприятием.

Исходя из приведенной нормы, как раз и вытекает взгляд, в силу

---

[456] Перечень административных процедур, совершаемых Государственным комитетом по имуществу и подчиненными ему организациями в отношении юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, утв. пост. Совета Министров Республики Беларусь от 21 ноября 2007 года № 1578 // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 10.12.2007, № 291, 5/26253.

[457] Постановление Комитета по земельным ресурсам, геодезии и картографии при совете министров Республики Беларусь 19 июля 2004 года № 34-1 «Об утверждении Инструкции об определении перечня документов, представляемых для государственной регистрации в отношении предприятия как имущественного комплекса» // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 19.08.2004, № 127, 8/11357.

которого предприятие либо особо создается, либо не создается по воле определенных лиц.

Но на наш взгляд указанный выше подход не соответствует существу отношений и их правовой природе, но что самое главное, ст. 132 ГК Республики Беларусь. А именно, еще раз подчеркнем то обстоятельство, что предприятие, как имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности присутствует всегда, когда указанная деятельность осуществляется. А следовательно для возникновения предприятия нет необходимости в чьей-то особой воли, связанной именно с желанием создать предприятие. Уже сам факт, в основе которого лежит проявление воли, направленное на осуществление предпринимательской деятельности, и образует предприятие.

В связи с указанным, нельзя не подчеркнуть и то обстоятельство (о котором мы будем говорить и ниже, комментируя положения постановления № 650), что по нашему мнению «главной проблемой» регулирования рассматриваемых процессов, предложенного постановлением № 650 является то, что белорусский законодатель придает предприятию несколько несоответствующую его природе правовую конфигурацию и исходит из того, что процессы, связанные с предприятием как объектом, могут «иметь самостоятельную жизнь» по сравнению, например, с судьбой унитарного предприятия, как субъекта, который обладает предприятием.

То есть, например, если исходить из излагаемого нами подхода постановления № 650, то возможно, что у унитарного предприятия предприятие может не возникать на протяжении десятилетий функционирования унитарного предприятия. И лишь в какой-то момент времени, когда возникнет, например, необходимость в передаче прав, связанных с унитарным предприятием, иному лицу, то тогда для того, чтобы осуществить указанную передачу, потребуется совершение, например, договора купли-продажи предприятия унитарного предприятия, в силу которого к новому собственнику перейдет не только право собственности на указанное предприятие, но и права учредителя унитарного предприятия, и лишь тогда предприятие как объект права будет создано и зарегистрировано.

На наш взгляд, указанный в предыдущем абзаце подход «просто нивелирует» сам институт предприятия (как объекта). А именно, предприятие как объект возникает лишь в связи с конкретной сделкой, и без такой сделки его не существует.

По наш ему же мнению, еще раз подчеркнем это, это безусловно не так в силу того, что имущественный комплекс, используемый для осуществления предпринимательской деятельности, существует всегда в связи с занятием соответствующим лицом указанной деятельностью (правда, в качестве определенного оправдания положениям постановления № 650 нельзя не отметить, что в ст. 132 ГК Республики Беларусь при регламентации понятия предприятия напрямую не указано на его существование всегда в случае осуществления соответствующим лицом предпринимательской деятельности,

но по иному (по сравнению с нашей позицией) понимать законодателя в рамках описываемых отношений, по нашему мнению, достаточно сложно).

Наряду с государственной регистрацией предприятия как объекта права при его создании постановление № 650 указывает на необходимость государственной регистрации предприятия и при его изменении.

По данному поводу нельзя не отметить, что термин «изменение» белорусским законодателем в данном случае употреблен не корректно, так как если под «изменением» действительно рассматривать изменение состава предприятия, то учитывая то, что состав предприятия может изменяться многократно даже в небольшой промежуток времени, представить себе государственную регистрацию такого изменения невозможно. И действительно буквально ежедневно в состав предприятия (как объекта права) включается одно имущество, а исключается другое имущество. Так, например, предприятие утрачивает определенные денежные средства в связи с их перечислением за сырье и материалы. При этом оно может приобрести сырье и материалы, которые через определенный промежуток времени превратятся в товары. Последние же через какой-то период времени будут отчуждены (то есть произойдет уже их выбытие из состава предприятия).

В связи с указанным абсолютно не понятно как белорусский законодатель представлял себе возможность государственной регистрации всех указанных процессов. Если бы это действительно было реализовано в правоприменительной практике, то деятельность всех унитарных предприятий (аналогично, как и иных коммерческих организаций) была бы просто парализована; либо каждому унитарному предприятию (коммерческой организации) необходимо было иметь в штате сотрудника, трудовая функция которого заключалась бы исключительно в том, что он ежедневно занимался бы лишь государственной регистраций изменений в составе предприятия.

Исходя из указанного, мы склонны предположить, что термин «изменение» употреблен в постановлении № 650 исключительно в контексте «трансформаций с правом собственности на предприятие, как объект права». Иными словами, речь идет о переходе права собственности на предприятие от одного лица к другому. И такой переход действительно должен осуществляться с обязательной государственной регистрацией (но, к сожалению, в постановлении № 650 напрямую не указано именно на подобное понимание термина «изменение»; и мало того, в том же постановлении № 650 указывается на необходимость государственной регистрации перехода прав на предприятие; а следовательно предлагаемое в настоящем абзаце понимание термина «изменение» уже нашло свое воплощение через иные положения акта законодательства).

Правда, указанная выше позиция может быть скорректирована опять же с учетом изложенного выше особого подхода белорусского законодателя в постановлении № 650 к предприятию (иными словами, мнением о том, что предприятие может отсутствовать у унитарного предприятия на протяжении чуть ли не всего периода его существования, если не потребуется совершение

каких-либо сделок, связанных с передачей прав на унитарное предприятие или предприятие как таковое).

В связи с указанным в предыдущем абзаце подходом и в рамках его контекста постановления № 650 и указывает на то, что государственная регистрация изменения предприятия является обязательной в случаях, несоответствия сведений, содержащихся в Едином государственном регистре недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним, сведениям, содержащимся в представленных для государственной регистрации сделки с предприятием документах, либо до государственной регистрации сделки с объектом недвижимости, входящим в состав предприятия.

При этом опять мы наблюдаем, что по мнению постановления № 650 предприятие и его изменение – это не объективная данность и процесс ее трансформации, а то, что зависит исключительно от воли и желания определенных лиц. И государственная регистрация предприятия и его изменений также связаны исключительно с волей указанных лиц, правда, в рассматриваемой ситуации их желание совершить государственную регистрацию стимулируется тем обстоятельством, что ни сделку с предприятием, ни сделку с объектом недвижимости, входящим в состав предприятия нельзя будет совершить до регистрации предприятия и его изменений.

В постановлении № 650 указывается также на то, что государственной регистрации подлежит и прекращение существования предприятия (как объекта права).

Однако в правоприменительной практике на территории Республики Беларусь и данное положение комментируемого нормативного акта не нашло подтверждения. А именно, в белорусском праве речь идет о прекращении существования предприятия лишь исключительно в ситуации, когда происходит прекращение юридического лица, в частности унитарного предприятия, чьим имуществом и является предприятие.

Прекращение же юридического лица, в частности унитарного предприятия, происходит либо в форме реорганизации, либо в форме ликвидации.

Однако речь идет о государственной регистрации лишь в рамках первого процесса, иначе в рамках реорганизации. И то, государственная регистрация, безусловно, относится не к прекращению соответствующего субъекта, а к возникновению на его базе новых субъектов. Причем государственная регистрация относится опять же исключительно к субъекту и никак напрямую не связана с объектом.

Что же касается второго процесса, а именно, ликвидации, то здесь в белорусском праве речь не идет о государственной регистрации даже применительно к субъекту. Унитарное предприятие, аналогично как и иное юридическое лицо считается ликвидированным с момента исключения соответствующего субъекта из Единого государственного регистра юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Однако формально

данное исключение не определяется как государственная регистрация.

Относительно же государственной регистрации предприятия (как объекта) в рамках рассматриваемых выше процессов белорусская правоприменительная практика ничего не знает; и принятие постановления № 650, а также его действие на протяжении более 5 лет ничего не изменили в данном вопросе.

И это несмотря на то, что постановление № 650 напрямую предусматривает, что государственная регистрация прекращения существования предприятия является обязательным в случае ликвидации юридические лица, являющегося обладателем права собственности, права хозяйственного ведения, права оперативного управления на предприятие.

В действительности же указанная государственная регистрация будет действительно необходима в случае, если предприятие, например, унитарного предприятия, которое ликвидируется, зарегистрировано. Если же такой регистрации не было, то и регистрировать прекращение предприятия не надо.

Изложенный в предыдущем абзаце взгляд опять же базируется на постулате, который «проходит красной нитью» через все постановление № 650, а именно, на том обстоятельство, что предприятие – это не данность, иными словами не тот объект гражданского права, который существует всегда, если речь идет о субъекте, который осуществляет предпринимательскую деятельность; а предприятие – является тем объектом, который возникает исключительно благодаря особой государственной регистрации, и без такой регистрации его не существует.

Почти то же, что указано выше в отношении прекращения предприятия можно отметить и в отношении предусмотренной постановлением № 650 государственной регистрации возникновения прав на предприятие. Еще раз отметим то обстоятельство, что при создании унитарного предприятия (аналогично как и другого юридического лица) и возникновения прав на его предприятие никакой особой государственной регистрации возникновения указанных прав не происходит (тем более исходя из процедуры, предусмотренной постановлением № 650).

При этом, однако, нельзя не подчеркнуть то обстоятельство, что постановление № 650 предусматривает, что государственная регистрация возникновения и прекращения прав (а также перехода и ограничений (обременений) прав) на предприятие является основанием для государственной регистрации перехода прав, ограничений (обременений) прав на объекты недвижимого имущества, входящие в состав предприятия.

Таким образом, белорусский законодатель создает ситуацию, когда применительно к переходу прав на объекты недвижимости, отраженные на балансе унитарного предприятия, в обязательном порядке и до момента указанного перехода, то есть до момента совершения сделки с соответствующим объектом недвижимости необходимо в обязательном порядке зарегистрировать предприятие как объект права

Что же касается перехода прав на предприятие, аналогично как и в

отношении ограничений (обременений) прав на предприятие, мы должны констатировать обратное. А именно, то, что как отмечено выше, данные процессы не просто подлежат регистрации в силу постановления № 650, а в действительности без такой регистрации невозможны.

То же можно сказать и в отношении сделок с предприятием как с объектом права.

А вот применительно к прекращению прав на предприятие мы вынуждены еще раз констатировать, что такое прекращение в действительности не регистрируется, если только речь не идет о прекращении прав на предприятие у одного лица, и их возникновении у другого лица, но в таком случае не понятно, что белорусский законодатель вкладывает в понятие «переход прав на предприятие», которое и охватывает рассматриваемый процесс.

Рассматривая порядок регистрации предприятий, предусмотренный постановлением № 650, необходимо подчеркнуть то обстоятельство, что белорусский законодатель в данном нормативном акте, перечисляя те объекты, которые входят в состав предприятия, несколько уточняет положения п. 1 ст. 132 ГК Республики Беларусь, в частности напрямую указывая на то, что в состав предприятия входит право аренды, а также иные имущественные права, правда в последнем случае законодатель почему-то оговаривается, что это происходит лишь в случаях предусмотренных законодательством. При этом в постановлении № 650 указывается на то, что перечень имущества, включаемого в состав предприятия, определяется собственником этого имущества самостоятельно или юридическим лицом, которому данное имущество принадлежит на праве хозяйственного ведения, оперативного управления, либо уполномоченным в соответствии с законодательством.

Исходя из указанного, белорусского законодателя можно понять таким образом, что состав имущества предприятия не представляет собой определенную данность, а в каждом конкретном случае определяется по воле соответствующего лица.

На наш взгляд это не соответствует действительности, так как предприятие представляет собой определенный объект, из которого нельзя по воле какого-то лица изъять определенное имущество, находящееся на балансе унитарного предприятия, аналогично как и нельзя к имуществу предприятия добавить какое-то имущество, если в действительности оно в определенный момент времени не находится на балансе унитарного предприятия.

Иными словами, в состав предприятия унитарного предприятия (если у унитарного предприятия лишь одно предприятие) входит все имущество, а также долги, отраженные в определенный период времени (точнее на конкретную дату) на балансе унитарного предприятия. И в этом случае (то есть при предлагаемом понимании рассматриваемого явления) от воли определенного лица не зависит вопрос отнесения или не отнесения к составу предприятия того или иного имущества или долгов.

Правда, указанный выше подход законодателя все-таки можно

рассматривать в качестве действительного подхода, если под ним понимать то обстоятельство, что именно от воли определенных лиц действительно зависит отчуждение или приобретение унитарным предприятием соответствующего имущества (однако для такого понимания описываемых отношений в постановлении № 650 нет никакого смысла отражать порядок включения в состав предприятия определенного имущества).

Исходя из указанного, мы считаем, что описанное положение постановления № 650, как несоответствующие правовой природе отношений, а точнее пониманию и толкованию норм ГК Республики Беларусь применятся не должно, то есть никакое лицо не вправе исключить из состава предприятия унитарного предприятия имущество, отраженное на балансе унитарного предприятия, и наоборот включить в состав имущества предприятия унитарного предприятия то имущество, которое не отражено на соответствующую дату на балансе унитарного предприятия.

Если же рассмотреть тех лиц, которым законодатель в постановлении № 650 предоставил право определять перечень того имущества, которое включается или не включается в состав предприятия, то нельзя не указать, что наряду с собственником предприятия, белорусский законодатель к таким лицам отнес само унитарное предприятие, в том числе казенное предприятие, так как именно указанный субъект и является тем юридическим лицом, которому предприятие принадлежит на праве хозяйственного ведения или оперативного управления (к таким субъектам наряду с унитарным предприятием также относятся учреждение и государственное объединение). Наряду с указанными субъектами правом определения состава предприятия постановление № 650 наделяет еще юридическое лицо, уполномоченное это сделать в соответствии с законодательством. Однако белорусское законодательство напрямую не регулирует этот вопрос, в силу чего единственное, что мы можем предположить по данному поводу, так это то, что к указанным юридическим лицам наверное предполагалось относить государственные органы, в том числе органы местного управления и самоуправления, которым законодательством было передано право реализовывать полномочия Республики Беларусь или ее административно-территориальной единицы, как собственников имущества.

Кроме того, нельзя не обратить внимание на то обстоятельство, что законодатель так и не определился, кто из указанных лиц действительно обладает правом определения перечня имущества предприятия. А именно, если например, став на позицию постановления № 650, предположить, что перечень имущества предприятия действительно определяется неким лицом, то в отношении предприятия унитарного предприятия это может быть и собственник имущества, и уполномоченное им лицо, и само унитарное предприятие. И если каждое из указанных лиц все-таки решит воспользоваться своим правомочием, и в результате у каждого из описываемых лиц будет свой состав предприятия, то возникнет вопрос, а какой из них является действительным, и прямого законодательного ответа на этот вопрос найдено не будет.

Однако мы не считаем возможным выстраивать хотя бы какое-то предположение по разрешению указанной в предыдущем абзаце ситуации в свете того, что на наш взгляд состав имущества предприятия не определяется волюнтаристски, а является определенной данностью на соответствующий момент времени. Хотя как отмечено выше «вся идеология» постановления № 650 построена на обратном подходе.

Рассматривая государственную регистрацию предприятия в соответствии с постановлением № 650, нельзя не отметить и то обстоятельство, что белорусский законодатель в указанном нормативном акте исходит из того, что государственная регистрация создания предприятия и возникновения права собственности на него осуществляется одновременно. При включении в состав предприятия имущества, принадлежащего юридическому лицу на праве хозяйственного ведения, или оперативного управления одновременно с государственной регистрацией создания предприятия осуществляется государственная регистрация возникновения права собственности и права хозяйственного ведения или права оперативного управления на него.

Таким образом, если буквально следовать положениям постановления № 650, то можно предположить, что без государственной регистрации предприятия у соответствующего лица не возникает право собственности на имущество, отраженное, например, на балансе унитарного предприятия. Что же касается непосредственно самого унитарного предприятия, то у указанного субъекта не возникает право хозяйственного ведения или право оперативного управления на приобретенное им имущество до тех пор, пока не будут зарегистрированы изменения в составе предприятия.

По нашему мнению, указанное положение опять же противоречит существу отношений. А именно, собственник имущества унитарного предприятия является таковым вне зависимости от регистрации предприятия унитарного предприятия. И у унитарного предприятия возникают права на приобретенное им имущество вне зависимости от того, зарегистрировало унитарное предприятие изменения в составе своего предприятия или нет.

Однако приведенное положение постановления № 650 может породить проблемы при правоприменении. А именно, соответствующее лицо в определенной ситуации может быть не признано собственником имущества, или лицом, обладающим имуществом на праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления, и уже в связи с этим указанному лицу может быть отказано в виндикационном иске, то есть в истребовании соответствующего имущества из чужого незаконного владения.

По нашему мнению, рассматриваемая ситуация еще раз подчеркивает то обстоятельство, что постановление № 650 «не до конца понимает» природу описываемых в постановлении отношений.

Но белорусский законодатель (как и любой иной законодатель) не может «не понимать определенных отношений», уже в силу того, что он является законодателем. А следовательно единственным выходом в создавшейся ситуации, например, для унитарного предприятия и собственника его

имущества является государственная регистрация предприятия как объекта и «периодические» регистрации изменений в предприятии (хотя бы в отношении объектов, относящихся к основным фондам) для того, чтобы не иметь проблем с защитой своих прав на соответствующее имущество.

Правда, из создавшейся ситуации есть и иной выход, связанный с тем, что белорусскому законодателю необходимо точно определиться, что он понимает под предприятием, как объектом права, и в каких случаях возникновение предприятия как объекта права подлежит государственной регистрации. (То же относится и к регистрации изменений в составе предприятия.)

А именно, если законодатель действительно исходит из того, что государственная регистрация предприятия является обязательной, то указанный процесс необходимо «совместить», как минимум, по времени с моментом возникновения любой коммерческой организации и получения физическим лицом статуса индивидуального предпринимателя, а также, с моментом начала осуществления предпринимательской деятельности некоммерческой организацией.

Сохранять же ситуацию, в рамках которой одно и то же имущество, используемое для одних и тех же целей, в одном случае именуется предприятием (когда произошла регистрация предприятия), в другом случае – предприятием не именуется, считаем нецелесообразной (и как минимум не отвечающей существу отношений). То же относится и к обязательной регистрации предприятия лишь в связи с необходимостью совершения сделок с предприятием или с недвижимым имуществом, находящимся, например, на балансе унитарного предприятия.

В связи с указанным, считаем необходимым очень точно урегулировать рассматриваемые отношения, иначе, проблемы в рамках правоприменения будут присутствовать всегда.

(При этом нельзя не обратить внимание и на еще одну проблему, связанную с тем, что в Республике Беларусь регистрационные действия, связанные с предприятием как объектом, осуществляются исключительно в ситуации, связанной с предприятиями унитарных предприятий, и то лишь в той ситуации, когда необходимо совершить действия по отчуждению предприятия унитарного предприятия, во всех остальных случаях рассмотренные выше нормы являются мертворожденными, иными словами, в Республике Беларусь не происходит регистрации ни предприятий хозяйственных обществ, ни предприятий иных коммерческих организаций, и уж тем более нет регистрации в отношении предприятий индивидуальных предпринимателей и некоммерческих организаций.

Причем и регистрация предприятий унитарных предприятий через какой-то период времени «может сойти на нет» в свете того, что на данный момент Министерство юстиции Республики Беларусь разрешило реорганизацию унитарного предприятия в связи с внесением иным лицом (по отношению к собственнику имущества унитарного предприятия) вклада в уставный фонд

создаваемого юридического лица (одновременно в этот же уставный фонд вносится вклад собственником имущества унитарного предприятия в виде либо уставного фонда унитарного предприятия, либо предприятия унитарного предприятия). Таким образом, переход бизнеса, связанного с унитарным предприятием, к иному лицу может осуществляться не только путем продажи предприятия унитарного предприятия и перехода прав учредителя к собственнику имущества унитарного предприятия, но и изложенным выше путем, а именно путем создания на базе предприятия унитарного предприятия хозяйственного общества).

О сделках, совершаемых с предприятием как имущественным комплексом

1. Как отмечено выше, белорусский законодатель в частности в п. 2 ст. 132 ГК Республики Беларусь, а также в иных его положениях предусматривает, что предприятие, причем не только в целом но и в его части, может быть объектом не только договора купли-продажи, но и договора залога, аренды, а также других сделок, связанных с установлением, изменением и прекращением вещных прав (например, речь может идти также о договорах дарения, ссуды (безвозмездного пользования имуществом), совместной деятельности (простого товарищества) и так далее). Таким образом, белорусский законодатель, несмотря на то, что он напрямую регулирует в законодательстве лишь куплю-продажу, аренду и залог (ипотеку) предприятия (в § 8 Гл. 30 ГК Республики Беларусь продажу предприятия; в § 5 Гл. 34 – аренду предприятия, в Законе Республики Беларусь «Об ипотеке» – залог (ипотеку) предприятия), в действительности допускает и иные сделки с предприятием. Последнее особенно важно в свете того, что отсутствие прямой регламентации указанных сделок, безусловно, негативно влияет на возможность их совершения в белорусской экономике, так как субъекты права, а также контрольные органы «не имеют» прямого ответа на вопрос о возможности совершения указанных сделок.

В связи с этим при правоприменении затруднен, например, договор дарения предприятия, либо внесения предприятия в качестве вклада в общее дело в рамках простого товарищества.

При этом нельзя забывать и о том обстоятельстве, что несмотря на то, что предприятия не является объектом тех сделок, в которых отсутствует установление, изменение и прекращение вещных прав на предприятие, но предприятие может быть связано и с указанными сделками. Так, например, предприятие может быть передано в доверительное управление (и несмотря на то, что предметом такого договора будет услуга юридического характера со стороны доверительного управляющего, указанный договор будет безусловно, связан с предприятием – правда, такой договор в отношении предприятия унитарного предприятия совершен быть не может в силу того, что имущество, находящееся в хозяйственном ведении не может быть передано доверительное

управление). То же можно сказать и о, например, договоре комиссии, в рамках которого комиссионеру поручают совершить сделку с предприятием комитента (правда, последнее скорее всего возможно лишь если у комитента одновременно есть несколько предприятий).

2. При этом необходимо подчеркнуть, что законодательство Республики Беларусь, описывая например продажу предприятия, или его аренду «не может до конца остановиться» на том, предусматривает ли регулирование указанной продажи (аренды) продажу предприятия унитарного предприятия или речь идет о регламентации продажи (аренды) предприятия, принадлежащего юридическому лицу – собственнику своего имущества.

Из-за указанной путаницы ряд норм, регламентирующих указанные отношения полностью соответствует существу продажи (аренды) предприятия унитарного предприятия, а ряд норм – существу продажи (аренда) предприятия юридического лица – собственника своего имущества. При этом одновременно эти же нормы не подходят (не соответствуют природе отношений) продажи (аренды) иных предприятий (более подробно см. об этом ниже).

Заключение

Заканчивая краткий анализ некоторых аспектов, связанных с предприятием как объектом права, нельзя еще раз не подчеркнуть то обстоятельство, что к сожалению в белорусском праве рассматриваемое явление не нашло полного и надлежащего описания, а раз так, то институт «предприятие» создает проблемы при правоприменении, а следовательно необходимо уточнять законодательство для разрешения указанных проблем.

ПОСТАВКИ ТОВАРОВ, ПОСТАВКИ ТОВАРОВ ДЛЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ НУЖД, ГОСУДАРСТВЕННЫЕ ЗАКУПКИ: ВОПРОСЫ СООТНОШЕНИЯ И ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В.Н. Годунов,
директор ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции Белорусского государственного университета, доктор юридических наук, профессор

С развитием рыночных отношений в государствах на постсоветском пространстве, в том числе в Республике Беларусь, расширились сфера применения и круг гражданско-правовых договоров. Можно сказать, что система гражданско-правовых договоров усложнилась. Поэтому и для правотворческой, и для правоприменительной деятельности очень важно

определить правовую природу соответствующего договора, его место в системе гражданско-правовых договоров, взаимосвязь с другими договорами. Наглядным примером являются поставки товаров, поставки товаров для государственных нужд, государственные закупки.

Вопрос о понятии и признаках договора поставки имеет достаточно длинную историю.

Понятие договора поставки появилось в XIX в. в российской правовой теории и практике и не имело аналогов в других государствах. В основном договор поставки использовался для регулирования отношений государства (казны) с частными лицами по поводу удовлетворения государственных нужд в тех или иных товарах. Не случайно поставка признается «продуктом» исключительно российского происхождения[458].

Впоследствии институт поставки получил «прописку» и развитие в советском праве, под влиянием которого использовался восточно-европейскими странами, особенно в торговых отношениях с СССР.

Изначально научная доктрина считала договор поставки видом купли-продажи. Как указывал крупнейший дореволюционный русский цивилист Г.Ф. Шершеневич, «совокупность юридических отношений, охватываемых на Западе одним понятием купли-продажи, у нас разлагается на три вида по едва уловимым признакам, а именно: на куплю-продажу в тесном значении этого слова, запродажу и поставку»[459]. Называя (со ссылкой на практику) отличия поставки от купли-продажи, автор считал, что они вытекают не из существа договора, а из обыкновенного способа их совершения и исполнения[460]. Другой известный цивилист Д.И.Мейер также утверждал, что поставка совершенно сходна с куплей-продажей, за исключением лишь особенности, что между заключением и исполнением договора предполагается некоторый промежуток времени, и на практике оба договора почти не отличаются друг от друга[461].

С возникновением Советского государства такой подход был воспринят и в науке советского гражданского права. Большинство авторов рассматривали договор поставки как особый или специфический вид (разновидность) договора купли-продажи[462]. Подчеркивалось единство купли-продажи и с экономической, и с юридической точки зрения[463].

Начиная с 50-х гг. прошлого века господствующей в среде советских ученых становится точка зрения о самостоятельности договора поставки. Как

---

[458] См.: Шершеневич, Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). – М.: СПАРК, 1995. – С.327; Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Под ред. Е.А. Суханова. – М.: БЕК, 1993. – Т. 2. – С. 86; Гражданское право: Учебник: В 3 ч. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998. – Ч. II. – С. 58, 70; Пугинский, Б.Н. Коммерческое право России. – М.: Юрайт, 2000. – С. 100.

[459] Шершеневич, Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). – М.: СПАРК, 1995. – С. 327.

[460] Там же. С. 327-328.

[461] Мейер, Д.И. Русское гражданское право. – 10-е изд. – СПб.: Типография М.Меркушева, 1910. – С. 451.

[462] См.: Гражданское право: В 2 т. / Под ред. М.М. Агаркова и Д.М.Генкина. – М.: Юриздат, 1944. – Том II. – С. 10-11; Шкундин, З.И. Обязательство поставки товаров в советском праве. – М.: Юрид. изд-во Мин-ва юстиции СССР, 1948. – С. 74-75; Генкин Д.М., Новиц-кий И.Б., Рабинович Н.В. История советского гражданского права. 1917-1947. – М.: Юриздат, 1949. – С. 220.

[463] Венедиктов, А.В. Государственная социалистическая собственность. – М.: Изд-во АН СССР, 1948. – С. 357-358.

писал, в частности, О. С. Иоффе, будучи разновидностями обязательств по возмездной реализации имущества, и купля-продажа, и поставка выступают по отношению друг к другу как вполне самостоятельные договоры[464].

В качестве самостоятельного договор поставки получил закрепление в Основах гражданского законодательства Союза СССР и союзных республик 1961 г., а затем в гражданских кодексах союзных республик (ст. ст. 256-263 ГК БССР 1964 г.). Его понятие было определено следующим образом: «По договору поставки организация-поставщик обязуется передать в определенные сроки или срок организации-покупателю (заказчику) в собственность (оперативное управление) определенную продукцию согласно обязательному для обеих организаций плановому акту распределения продукции; организация-покупатель обязуется принять продукцию и оплатить ее по установленным ценам. Договором поставки является и заключаемый между организациями по их усмотрению договор, по которому поставщик обязуется передать покупателю продукцию, не распределяемую в плановом порядке, в срок, не совпадающий с моментом заключения договора».

После этого положение о самостоятельности договора поставки стало в советской юридической науке общепризнанным. Его отличительными признаками в основном считали субъектный состав, основания заключения, предмет и срок договора. Данные признаки характеризовались следующим образом: стороны договора – социалистические организации, договор заключается на основе планового акта распределения продукции и товаров, предмета договора при его заключении нет в наличии, момент заключения договора не совпадает с моментом его исполнения[465]. Правда, и в этот период в юридической литературе предпринимались попытки рассматривать договор поставки как разновидность договора купли-продажи[466], однако эти попытки не были поддержаны ни теоретиками, ни практиками.

Новое переосмысление понятия договора поставки и его места в системе гражданско-правовых договоров произошло в связи с отказом от административно-командной системы управления и переходом к рыночным отношениям. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, принятые Верховным Советом СССР 31 мая 1991 г. (должны были вступить в действие с 1 января 1992 г.) закрепили принципиально новое определение договора поставки, согласно которому он опосредует поставки товаров для предпринимательской деятельности или иных целей, не связанных с личным (семейным, домашним) потреблением. В Основах утвердилась точка зрения о договорах поставки как разновидности купли-продажи, вследствие чего

---

[464] Иоффе, О.С. Советское гражданское право: Курс лекций: В 3 ч. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1961. – Ч. II. – С. 36.

[465] См., например: Гражданское право БССР: В 3 т. / Под ред. В.Ф.Чигира. – Минск: Изд-во БГУ, 1977. – Т. II. – С.24-25; Советское гражданское право: Учебник / Отв.ред.: В.Т.Смирнов, Ю.К.Толстой, А.К.Юрченко. – 2-е изд., испр. и доп. – Л.: Изд-во Ленингр. ун-та, 1982. – Ч. 2. – С. 26-27; Борзова, К.А. Основные договорные формы материально-технического снабжения промышленности. – Минск: Изд-во БГУ, 1983. – С. 46-47.

[466] См.: Масевич, М.Г. Договор поставки и его роль в укреплении хозрасчета. – Алма-Ата: Изд-во Акад. наук Каз. ССР, 1964. – С. 34-35; Гершгал, М.Е. Проблема единства правовой формы советской купли-продажи // Известия вузов. Правоведение. – 1973. – № 6. – С. 34.

соответствующие нормы были помещены в главу «Купля-продажа», а к договору поставки стали применимы правила о договоре купли-продажи, если иное не предусматривалось законодательными актами или договором. В Основах 1991 г. также впервые в новейшем законодательстве упоминалось о поставках товаров для государственных нужд, особенности которых должны были определяться специальным законодательством.

В Гражданский кодекс Республики Беларусь указанные новеллы были внесены лишь Законом от 3 марта 1994 г. «О внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс Республики Беларусь».

Практически полное обновление норм о договоре поставки было произведено при принятии Гражданского кодекса Республики Беларусь 1998 г. (далее – ГК). Понятие договора поставки дано в ст. 476 ГК. По договору поставки поставщик-продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или закупаемые им товары покупателю для использования их в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием.

В постановлении Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 2004 г. № 13 «О некоторых вопросах, связанных с применением норм Гражданского кодекса Республики Беларусь о договоре поставки»[467] разъясняется, что правоотношения сторон следует квалифицировать как правоотношения из договора поставки при наличии признаков, содержащихся в ст. 476 ГК. При этом не имеет значения как в тексте договора названы сам договор, его участники и способ передачи товара. С таким подходом необходимо согласиться. Предусмотренная законодательством договорная форма и нормы о ней должны применяться, если отношения сторон соответствуют этой договорной форме. Иначе выделение такой договорной формы теряет смысл.

Основу правового регулирования договора поставки составляют нормы § 3 главы 30 ГК. В случае недостаточности этих норм к отношениям по поставке применяются в соответствии с п. 5 ст. 424 ГК общие положения о купле-продаже, если иное не предусмотрено ГК и иными актами законодательства о договоре поставки.

Помимо норм ГК договор поставки регулируется специальными актами. К ним относятся: Положение о поставках товаров в Республике Беларусь (утверждено постановлением Кабинета Министров Республики Беларусь от 8 июля 1996 г. № 444[468]), Положение о приемке товаров по количеству и качеству (утверждено постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 3 сентября 2008 г. № 1290[469]) и др.

---

[467] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2005. – № 9. – 6/427.

[468] Собрание указов Президента и постановлений Кабинета Министров Республики Беларусь. – 1996. – № 19. – Ст. 481; Собрание декретов, указов Президента и постановлений Кабинета Министров Республики Беларусь. – 1998. – № 23. – Ст. 620; Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2000. – № 55. – 5/3320.

[469] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2008. – № 214. – 5/28293

Исходя из нормы п. 5 ст. 424 ГК к отношениям по поставкам сначала должны применяться нормы § 3 главы 30 ГК о поставке товаров, затем – нормы специального законодательства о поставке товаров (Положение о поставках товаров в Республике Беларусь и др.) и далее – общие положения о купле-продаже.

В постановлении Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 2004 г. № 13 разъясняется, что при отсутствии соответствующих норм в § 3 главы 30 ГК следует исходить из норм, закрепленных в § 1 главы 30 ГК, а при отсутствии таких норм в правилах о купле-продаже необходимо руководствоваться общими нормами ГК о договоре, сделках и обязательствах.

Представляется, что постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 23 декабря 2004 г. № 13 нуждается в уточнении в части определения последовательности применения норм законодательства к отношениям по поставкам.

Одной из новелл современного гражданского законодательства Республики Беларусь является регулирование отношений по поставкам товаров, выполнению работ, оказанию услуг для государственных нужд. Вместе с тем здесь есть определенная преемственность и закономерность.

Правовое регулирование поставок, работ и услуг для государственных нужд возникло еще в Российской империи. Специальный акт – Положение о казенных подрядах и поставках[470] – определял лиц, имеющих право заключать подряды с казною, учреждения и лица, отдающие казенные подряды, условия договоров казенного подряда, порядок заключения договора о казенном подряде, его исполнение и прекращение, ответственность по договору. В качестве предмета казенного подряда могли выступать поставки имущества, перевозка грузов, работы по строительству и ремонту казенных зданий и других объектов. Помимо общих норм, Положение содержало также особые правила о производстве казенных подрядов.

Поставки и работы для государственных нужд использовались и Советским государством в целях обеспечения и осуществления государственных заданий и программ. Возникающие в связи с этим отношения регулировались Положением о государственных подрядах и поставках, утвержденным Советом Народных Комиссаров РСФСР 30 сентября 1921 г.[471] Положение состояло из следующих разделов: порядок сдачи подряда и поставки; отношения между государством и подрядчиком; отношения между государством и поставщиком; финансирование государством подрядчика и поставщика; обеспечение исполнения договора подрядчиком и поставщиком.

Широкое отражение казенные (государственные) подряды и поставки получили и в литературе того времени. Известный русский цивилист Д.И. Мейер видел необходимость Положения о казенных подрядах и поставках

---

[470] Свод Законов Российской империи. Книга третья. Том десятый. Часть 1. – СПб.: Рус. книжное товарищество «Деятель», 1912. – С. 209-245.

[471] Собрание узаконений и распоряжений рабочего и крестьянского правительства. – 1921. – № 69. – Ст. 549.

в определении органам государства образа действия при заключении договоров, особенно таких, на которые идет значительная часть государственного достояния [472]. К.М. Варшавский особенность правил о государственных подрядах и поставках находил в том, что для охраны интересов казны они принимают более радикальные меры, вводя особо сложные формы, не используемые ни в каком другом договоре, и ограничивая в большей мере, чем другие постановления, свободу усмотрения сторон [473].

По мере развития советского строя понятие поставок и работ для государственных нужд теряло свое значение. Само Положение о государственных подрядах и поставках 1921 г. неоднократно изменялось, сфера действия его сужалась, а затем оно фактически перестало применяться[474]. В условиях практически полного господства государственной собственности и административно-командной системы управления экономикой отношения по поставкам товаров, выполнению работ и оказанию услуг стали строиться непосредственно между предприятиями, организациями и учреждениями, основываясь преимущественно на плановых актах государственных регулирующе-распределяющих органов. В результате государственные подряды и поставки был заменены иными договорами.

Действующее гражданское законодательство нашей страны исходит из принципа свободы договора. Это означает, что стороны свободны в решении вопроса о заключении договора, о выборе контрагента по договору, в определении условий договора. Однако при закреплении в праве свободы договора возник вопрос о способах обеспечения потребностей государства в товарах, работах и услугах, а затем появилось и законодательство об обеспечении государственных нужд. Дело в том, что существование поставок, работ и услуг для государственных нужд – объективная необходимость, обусловленная публичными интересами всего общества. В условиях свободы экономической (хозяйственной) деятельности и свободы договора как главенствующих начал рыночных отношений государство посредством поставок, работ и услуг для государственных нужд стремится обеспечить свое существование, а также эффективное функционирование. Основные цели поставок товаров, выполнения работ и оказания услуг для государственных нужд – это создание государственных материальных резервов, поддержание обороноспособности и государственной безопасности, обеспечение выполнения целевых программ и межгосударственных соглашений, поддержка функционирования отраслей социальной сферы, удовлетворение потребностей государственного управления и т.д. Как удачно отметил М.И. Брагинский, необходимость в исключительном регулировании договоров по

---

[472] Мейер, Д.И. Русское гражданское право. – 10-е изд. – СПб.: Типография М.Меркушева, 1910. – С. 506.
[473] Варшавский, К.М. Подряды и поставки в Союзе ССР. – М.: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР, 1925. – С. 56.
[474] См.: Генкин, Д.М., Новицкий, И.Б., Рабинович, Н.В. История советского гражданского права. 1917-1947. – М.: Юриздат, 1949. – С. 221, 268; Гражданское право: В 2 т. / Под ред. М.М. Агаркова и Д.М. Генкина. – М.: Юриздат, 1944. – Т. II. – С. 11.

удовлетворению потребностей самого государства возникает в экономике, построенной на началах свободного товарного оборота [475].

Основу законодательства Республики Беларусь о поставках товаров (выполнении работ, оказании услуг) для государственных нужд составляют нормы Гражданского кодекса, а специальное законодательство включает Закон от 24 ноября 1993 г. «О поставках товаров для государственных нужд»[476], а также иные нормативные акты и нормы.

Согласно п. 1 ст. 495 ГК государственными нуждами признаются определяемые в установленном законодательством порядке потребности Республики Беларусь или ее административно-территориальных единиц, обеспечиваемые, как правило, за счет средств бюджета и внебюджетных источников финансирования.

В общем виде состав госнужд предопределяется теми целями, ради которых они существуют (создание государственных материальных резервов, поддержание обороноспособности и государственной безопасности, обеспечение выполнения целевых программ и межгосударственных соглашений и т.д.), и конкретно зависит от ситуации в обществе и государстве. Поэтому в понятии государственных нужд, предусмотренном в ГК, правильно подчеркивается, что они определяются в установленном законодательством порядке. Более конкретная формулировка в данном случае вряд ли возможна.

Предполагается, что государственные нужды – это важнейшие или очень необходимые в целом государству или административно-территориальным единицам виды промышленной и сельскохозяйственной продукции, важнейшие стройки, важнейшие научно-исследовательские работы и т.д. Например, как в настоящее время, лом и отходы черных, цветных и драгоценных металлов.

В ГК поставка товаров для государственных нужд выделена в отдельный параграф главы о купле-продаже, наряду с собственно поставкой товаров. Но это отнюдь не означает, что поставка товаров для государственных нужд становится видом купли-продажи[477]. По своей сути она не что иное, как разновидность поставки. Об этом свидетельствует также применение к отношениям по поставке товаров для государственных нужд правил о договоре поставки (п. 2 ст. 495 ГК). И хотя государственный контракт в определенной мере отличается от договора поставки товаров для государственных нужд, заключаемого поставщиком с конкретным покупателем (главным образом по субъектному составу, основаниям и порядку заключения), в целом их правовая природа одинакова.

Каковы же особенности договорных отношений по поставке товаров для государственных нужд? Что отличает их от договоров поставки?

---

[475] Брагинский, М.И., Витрянский, В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: Статут, 2002. – С. 173.

[476] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. – № 33. – Ст.432; Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 122. – 2/1259.

[477] См. мнение об этом: Гражданское право: Учебник: В 2 т. / Отв. ред. Е.А.Суханов. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: БЕК, 1998. – Т. I. – С. 295.

Во-первых, особенность договоров, регулирующих поставки товаров для государственных нужд, состоит в особых, нормативно закрепленных, целях использования товаров. И по государственному контракту, и по договору поставки товаров для государственных нужд одна сторона реализует товары, а другая их приобретает для обеспечения государственных нужд. Обычные договоры поставки направлены на достижение собственных, главным образом предпринимательских, целей. Конечно, и при поставке для государственных нужд поставщик (исполнитель) преследует также свои интересы, но не они являются определяющими.

Во-вторых, отношения по поставке товаров для государственных нужд характеризуются особенностями своего субъектного состава и структуры договорных связей. В государственном контракте стороной является само государство, представленное уполномоченными органами и организациями, именуемыми государственными заказчиками. Последние могут либо непосредственно осуществлять права и обязанности по поставке товаров для государственных нужд как покупатели, либо при заключении государственного контракта предусмотреть в нем заключение еще и договора поставки товаров для государственных нужд. Во втором случае поставщик (исполнитель) заключает, наряду с государственным контрактом, договор поставки товаров для государственных нужд с покупателем, определяемым государственным заказчиком.

В-третьих, для государственных контрактов и договоров поставки товаров для государственных нужд установлены определенные основания их заключения. Первые заключаются на основе заказа государственного заказчика, принятого поставщиком (исполнителем), вторые – на основе извещения о прикреплении покупателя к поставщику (исполнителю), выданного государственным заказчиком в соответствии с государственным контрактом. В отношении обычных договоров поставки действует принцип свободы договора, кроме случаев, когда обязанность заключить договор вытекает из законодательства или добровольно принятого обязательства.

В-четвертых, особенности государственных контрактов и договоров поставки товаров для государственных нужд проявляются в порядке их заключения. Этот порядок базируется на сочетании свободного волеизъявления сторон договорных отношений по поставке товаров для государственных нужд и элементов обязательности, когда государственный заказчик и поставщик (исполнитель) не могут уклониться от заключения государственного контракта и договора поставки товаров для государственных нужд. Кроме того, при установлении договорных отношений по поставке товаров для госнужд присутствует конкурсное начало.

В-пятых, договорным отношениям по поставке товаров для государственных нужд присущи также особенности, связанные с исполнением обязательств, изменением и прекращением договорных отношений. Это выражается, например, в возложении на государственного заказчика обязанности поручителя при оплате покупателем товаров по договору поставки

товаров для государственных нужд; в возмещении поставщику (исполнителю) убытков в связи с выполнением государственного контракта, заключение которого обязательно; в праве государственного заказчика и поставщика (исполнителя) в определенных случаях изменить или расторгнуть договор и т.д.

В-шестых, государственные контракты и договоры поставки товаров для государственных нужд отличаются еще и особенностями обеспечения выполнения зафиксированных в них обязательств. Согласно действующему законодательству, при поставке товаров для государственных нужд могут применяться меры стимулирования поставщиков, тогда как при обычной поставке такие меры не предусмотрены. Есть особенности и в части ответственности за нарушение обязательств при поставке товаров для государственных нужд.

Что касается государственных закупок, то в законодательстве Республики Беларусь сначала появилось понятие закупки товаров, работ и услуг. Впервые оно было сформулировано в Положении о порядке осуществления закупок товаров, работ и услуг за счет средств республиканского бюджета и внешних государственных займов, утвержденном постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 13 декабря 1999 г. № 1944[478]. Согласно данному Положению закупкой признавалось приобретение путем заключения договоров (контрактов закупки) купли-продажи (поставки), аренды (включая финансовую) товаров, подряда, выполнения научно-исследовательских работ, возмездного оказания услуг, перевозки, транспортной экспедиции, полностью или частично финансируемое за счет средств республиканского бюджета, выделенных за счет республиканского бюджета валютных средств и кредитов, льготируемых за счет средств республиканского бюджета, и внешних государственных займов. Действие Положения от 13 декабря 1999 г. распространялось и на закупку товаров, работ, услуг для республиканских государственных нужд.

Приведенное выше понятие закупки товаров, работ и услуг было в целом сохранено в Положении о порядке осуществления закупок товаров, работ и услуг на тендерной основе, утвержденном постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 19 мая 2003 г. № 652[479]. Уточнялись лишь источники финансирования закупок, которыми являлись (полностью или частично) средства республиканского бюджета, государственных целевых бюджетных, внебюджетных и инновационных фондов, внешних государственных займов, а также иные средства организаций, имущество (доли в уставных фондах) которых находится в республиканской собственности. Положение от 19 мая 2003 г. также распространяло свое действие на закупки товаров, работ и услуг для республиканских государственных нужд.

В дальнейшем понятие закупок трансформировалось в понятие «государственные закупки». По Указу Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 г. № 529 «О государственных закупках»[480] к государственным

---

[478] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2000. – № 4. – 5/2248.
[479] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2003. – № 58. – 5/12486.
[480] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 144. – 1/7877.

закупкам были отнесены закупки товаров (работ, услуг), осуществляемые юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями за счет средств (полностью или частично) республиканского и местных бюджетов, в том числе государственных целевых бюджетных фондов, а также государственных внебюджетных и инновационных фондов, внешних государственных займов, кредитов, льготируемых за счет средств бюджетов, в том числе для государственных нужд, и закупки товаров (работ, услуг), осуществляемые бюджетными организациями. Сейчас понятие государственных закупок закреплено в Указе Президента Республики Беларусь от 17 ноября 2008 г. № 618 «О государственных закупках в Республике Беларусь»[481], где установлено, что государственными закупками являются закупки товаров (работ, услуг), осуществляемые юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями полностью или частично за счет средств республиканского и местных бюджетов, включая государственные целевые бюджетные фонды, а также за счет государственных внебюджетных и инновационных фондов, в том числе для государственных нужд. В соответствии с Указом от 17 ноября 2008 г. № 618 Совет Министров Республики Беларусь постановлением от 20 декабря 2008 г. № 1987 утвердил Положение о порядке выбора поставщика (подрядчика, исполнителя) при осуществлении государственных закупок на территории Республики Беларусь[482].

Из понятия государственных закупок, содержащегося в Указе Президента Республики Беларусь от 17 ноября 2008 г. № 618, следует, что это более широкое понятие, включающее в себя также поставки товаров, выполнение работ и оказание услуг для государственных нужд. Законодательство о государственных закупках не подменяет, а тем более исключает законодательство об обеспечении государственных нужд. Нормы о государственных закупках должны применяться в совокупности с нормами о поставках товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных нужд. В основном такие нормы касаются порядка выбора поставщика (подрядчика, исполнителя) по поставкам товаров (выполнению работ, оказанию услуг) для государственных нужд. О необходимости их применения прямо предусмотрено в Положении о формировании и размещении заказов на поставку товаров (выполнение работ, оказание услуг) для республиканских государственных нужд, утвержденном постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 13 июня 1994 г. № 437 (в редакции постановления от 7 декабря 2006 г. № 1632)[483]. Согласно п. 5 данного Положения размещение заказов на поставку товаров (работ, услуг) для государственных нужд осуществляется государственными заказчиками в соответствии с процедурами, определяемыми законодательными актами и постановлениями Совета Министров Республики Беларусь о государственных закупках, и ежегодно принимаемыми решениями об утверждении состава

---

[481] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2008. – № 277. – 1/10220; 2009. – № 105. – 1/10642.
[482] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2009. – № 15. – 5/29108; №19. – 5/29156; № 82. – 5/29517; №161. – 5/30066; № 162. – 5/30107; № 173. – 5/30177.
[483] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 207. – 5/24361; 2009. – № 15. – 5/29108; № 44. – 5/29298.

государственных нужд, включая поставки товаров (работ, услуг) для государственных нужд, осуществляемые без применения конкурсной системы размещения заказов на их поставку.

В законодательстве и на практике не всегда проводится четкое различие между поставками товаров (выполнением работ, оказанием услуг) для государственных нужд и государственными закупками. Так, в постановлении Совета Министров Республики Беларусь от 28 января 2009 г. № 108 «О перечне республиканских государственных нужд, а также государственных заказчиков по поставкам (закупкам) товаров (работ, услуг) для республиканских государственных нужд на 2009 год»[484] в Приложении 2 указаны объемы финансирования по органам управления и направлениям их деятельности, осуществляемые за счет средств республиканского бюджета. Но это не государственные нужды, а средства для государственных закупок.

В Российской Федерации при принятии части второй Гражданского кодекса[485] в основу регулирования поставок товаров (выполнения работ, оказания услуг) для государственных нужд были положены те же концептуальные подходы, что и в Республике Беларусь.

Однако в Федеральном законе Российской Федерации от 21 июля 2005 г. «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд»[486] произошло отступление от прежнего понятия государственных нужд. В ст. 3 данного Закона (в редакции Федерального закона от 24 июля 2007 г.[487]) под государственными нуждами понимаются обеспечиваемые за счет средств федерального бюджета или бюджетов субъектов Российской Федерации и внебюджетных источников финансирования потребности Российской Федерации, государственных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий Российской Федерации, государственных заказчиков (в том числе для реализации федеральных целевых программ), для исполнения международных обязательств Российской Федерации, в том числе для реализации межгосударственных целевых программ, в которых участвует Российская Федерация (федеральные нужды), либо потребности субъектов Российской Федерации, государственных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для осуществления функций и полномочий субъектов Российской Федерации, государственных заказчиков, в том числе для реализации региональных целевых программ (нужды субъектов Российской Федерации). Здесь же под муниципальными нуждами понимаются обеспечиваемые за счет средств местных бюджетов и внебюджетных источников финансирования потребности муниципальных образований, муниципальных заказчиков в товарах, работах, услугах, необходимых для решения вопросов местного значения и осуществления отдельных государственных полномочий, переданных органам местного самоуправления федеральными законами и (или)

---

[484] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2009. – № 31. – 5/29217; №184. – 5/30232.

[485] Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая и вторая (с алфавитно-предметным указателем). – М.: ИНФРА-М–НОРМА, 1996.

[486] Собрание законодательства Российской Федерации. – 2005. – № 30. – Ст.3105.

[487] Собрание законодательства Российской Федерации. – 2007. – № 31. – Ст.4015.

законами субъектов Российской Федерации, функций и полномочий муниципальных заказчиков. И далее в ст. 4 Федерального закона от 21 июля 2005 г. государственными заказчиками, муниципальными заказчиками признаются сосответственно государственные органы (в том числе органы государственной власти), органы управления государственными внебюджетными фондами, органы местного самоуправления, а также бюджетные учреждения, иные получатели средств федерального бюджета, бюджетов субъектов Российской Федерации или местных бюджетов при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг за счет бюджетных средств и внебюджетных источников финансирования.

Как видим, в Российской Федерации к государственным нуждам стали относиться не только публичные нужды, но и нужды самих государственных органов в товарах (работах, услугах) или ведомственные государственные нужды[488]. Вместе с тем государственные и муниципальные заказчики заключают государственный или муниципальный контракт на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных или муниципальных нужд от имени Российской Федерации, субъекта Российской Федерации или муниципального образования (ст. 9 Федерального закона от 21 июля 2005 г.).

С принятием Федерального закона Российской Федерации от 21 июля 2005 г. внесены соответствующие изменения и в ГК Российской Федерации о поставках товаров для государственных нужд. Соответствующий параграф стал называться «Поставка товаров для государственных и муниципальных нужд». Из него исключено прежнее понятие государственных нужд.

На наш взгляд, законодательство о поставках (работах, услугах) для государственных нужд можно рассматривать как составную часть законодательства о государственных закупках товаров (работ, услуг). Ведь поставки (работы, услуги) для государственных нужд – это, другими словами, государственные закупки товаров (работ, услуг) для государственных нужд. Однако взаимосвязь поставок (работ, услуг) для государственных нужд и государственных закупок товаров (работ, услуг) отнюдь не означает их единого правового регулирования. Законодательство Республики Беларусь в этой сфере необходимо выстраивать исходя из действующего правового поля и с учетом развития экономики страны. При этом государственные нужды должны не «размываться», а наоборот, иметь отличие от иных нужд в товарах (работах, услугах) и облекаться в адекватные правовые формы.

Возьмем хотя бы договорные формы поставок (работ, услуг) для государственных нужд и государственных закупок товаров (работ, услуг).

Согласно ст. 495 ГК договорные отношения по поставкам товаров для государственных нужд воплощаются в государственных контрактах на поставку товаров для государственных нужд и договорах поставки товаров для государственных нужд. В силу п. 2 ст. 505 ГК эти же договорные формы должны применяться и при приобретении для государственных нужд

---

[488] Андреева, Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. – М.: Волтерс Клувер, 2009. – С. 18.

сельскохозяйственной продукции. Подрядные строительные работы, проектные и изыскательские работы, предназначенные для удовлетворения потребностей Республики Беларусь или ее административно-территориальных единиц и финансируемые за счет соответствующих бюджетов и внебюджетных источников, осуществляются на основе государственного контракта на выполнение подрядных работ для государственных нужд (п. 1 ст. 718 ГК). Государственные контракты заключаются также при выполнении для государственных нужд научно-исследовательских работ, опытно-конструкторских и технологических работ (п. 2 ст. 732 ГК).

В Положении о порядке выбора поставщика (подрядчика, исполнителя) при осуществлении государственных закупок на территории Республики Беларусь от 20 декабря 2008 г. речь идет в целом о договоре, заключенном по итогам конкурса или иной процедуры закупок. Тип (вид) конкретного договора определяется самими сторонами исходя из характера отношений между ними. Это может быть договор купли-продажи, поставки, строительного подряда и т.д. Но если проводилась закупка товаров (работ, услуг) для государственных нужд, стороны должны заключить соответствующий государственный контракт.

Для достижения целей поставок товаров (выполнения работ, оказания услуг) для государственных нужд и государственных закупок товаров (работ, услуг) полагаем целесообразным принятие отдельных законов «О поставках, работах и услугах для государственных нужд» и «О государственных закупках товаров (работ, услуг)», в которых в соответствующей части должны быть отсылки друг к другу.

Российский подход, отраженный в Федеральном законе от 21 июля 2005 г., представляется неприемлемым и по сути, и по форме. С одной стороны, при сведении государственных нужд к закупкам за счет бюджетных и иных средств в состав государственных нужд попадают и канцелярские принадлежности, и товары, имеющие стратегическое значение. Но в этом случае вряд ли можно вести речь о действительно государственных нуждах. С другой стороны, в отличие от Российской Федерации в Республике Беларусь кроме законодательства о поставках товаров (выполнении работ, оказании услуг) для государственных нужд также практически сложилось законодательство о государственных закупках.

В плане подготовки законопроектов на 2009 год, утвержденном Указом Президента Республики Беларусь от 2 декабря 2008 г. № 658[489], предусмотрена подготовка проекта Закона Республики Беларусь «О государственных закупках товаров (работ, услуг)». Предметом этого закона должны быть отношения, регулируемые в настоящее время Указом Президента Республики Беларусь от 17 ноября 2008 г. № 618 и Положением от 20 декабря 2008 г.

Действующий Закон Республики Беларусь от 24 ноября 1993 г. «О поставках товаров для государственных нужд» состоит из четырех глав, включающих 13 статей, и устанавливает общие принципы формирования,

[489] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2008. – № 291. – 1/10278.

размещения и выполнения на контрактной (договорной) основе заказов на поставку товаров для государственных нужд всеми субъектами хозяйствования независимо от форм собственности. Принципиальное значение имеют положения Закона о контрактной форме поставок товаров для государственных нужд, о юридической силе заказов на поставку таких товаров, о размещении заказов среди поставщиков на конкурсной основе, об ответственности за невыполнение обязательств по поставкам товаров для государственных нужд и др.

Вместе с тем уже с принятием ГК 1998 г. Закон от 24 ноября 1993 г. стал нуждаться во внесении изменений и дополнений. Соответствующая задача была поставлена еще в Указе Президента Республики Беларусь от 20 декабря 2001 г. № 764 «Об утверждении плана подготовки законопроектов на 2002 год»[490]. В настоящее время целесообразно принять новый закон об обеспечении государственных нужд. По нашему мнению, структура нового Закона «О поставках, работах и услугах для государственных нужд» может выглядеть следующим образом: преамбула; общие положения; государственные нужды, их состав и формирование; размещение заказов на поставку товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд; взаимоотношения субъектов правоотношений по поставке товаров, выполнению работ, оказанию услуг для государственных нужд; стимулирование поставок товаров, выполнения работ, оказания услуг для государственных нужд; ответственность при поставках товаров, выполнении работ, оказании услуг для государственных нужд; заключительные положения.

[490] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2002. – № 1. – 1/3338; №64. – 1/3725; № 82. – 1/3857; № 126. – 1/4144; № 143. – 1/4236; 2003. – № 4. – 1/4247.

ПРИНЦИП ОБЕСПЕЧЕНИЯ ВОССТАНОВЛЕНИЯ НАРУШЕННЫХ ПРАВ И ЕГО РЕАЛИЗАЦИЯ ПРИ ОБЯЗАТЕЛЬНОМ СТРАХОВАНИИ ГРАЖДАНСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ВЛАДЕЛЬЦЕВ ТРАНСПОРТНЫХ СРЕДСТВ

В.П. Мороз
заместитель директора ИППК судей, работников прокуратуры, судов и учреждений юстиции БГУ, кандидат юридических наук, доцент

1. Одним из важнейших принципов гражданского права является принцип обеспечения восстановления нарушенных прав и их судебной защиты (ст. 2 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК). Данный принцип основан на положениях Конституции Республики Беларусь, в силу которых государство гарантирует права и свободы граждан Беларуси, закрепленные в Конституции, законах и предусмотренные международными обязательствами государства (ст. 21 Конституции Республики Беларусь), в том числе право на возмещение в судебном порядке причиненного имущественного и морального вреда (ст. 60 Конституции Республики Беларусь).

Непосредственное восстановление нарушенных субъективных прав граждан и юридических лиц обеспечивается применением мер гражданско-правовой ответственности, что, в свою очередь, отчетливо иллюстрирует компенсационную функцию гражданско-правовой ответственности и является гарантией восстановления имущественных и иных благ потерпевших в случае их нарушения.

В обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда, принцип обеспечения восстановления нарушенных прав реализуется в форме полного возмещения вреда, причиненного потерпевшему. В силу пункта 1 ст. 933 ГК вред, причиненный личности или имуществу гражданина, а также вред, причиненный имуществу юридического лица, подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред.

В то же время, нередки случаи, когда ответственность лица по обязательствам, возникшим из причинения вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц, может быть застрахована (часть 4 пункта 2 ст. 819 ГК). В частности, обязанность страхования своей гражданской ответственности возлагается на владельцев транспортных средств. В таких случаях потерпевший получает право на страховое возмещение причиненного вреда. В связи с этим важным вопросом является вопрос реализации принципа обеспечения восстановления нарушенных прав при разрешении споров, вытекающих из отношений по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств.

Несмотря на то, что обязательное страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств в законодательстве Беларуси урегулировано достаточно давно, судебная практика применения соответствующих норм не отличается единообразием. В частности, это касается проблемы определения размера вреда, подлежащего возмещению лицу, потерпевшему в результате дорожно-транспортного происшествия. Важность этого вопроса явилась предпосылкой его рассмотрения Конституционным Судом Республики Беларусь. В результате 3 сентября 2009 года Конституционным Судом было принято Решение № Р-361/2009 «О рассмотрении споров, вытекающих из отношений по страхованию»[491]. Суть проблемы, на которой акцентировано внимание, заключается в имеющейся различной практике общих и хозяйственных судов по взысканию со страховщика, осуществляющего обязательное страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств, разницы между суммой страхового возмещения, определенной на основе расчетного метода, и суммой фактических расходов, понесенных потерпевшим на восстановление транспортного средства. В частности, практика общих судов идет по пути удовлетворения исков к страховщикам, осуществляющим данное обязательное страхование, о возмещении разницы между фактической стоимостью ремонта, необходимого для восстановления транспортного средства, и суммой страхового возмещения, определенной страховщиком на основе расчетного метода. В то же время хозяйственные суды при вынесении решений по таким спорам руководствуются подходом, согласно которому размер ущерба, подлежащий взысканию со страховщика, не может превышать суммы страхового возмещения, определенной расчетным методом.

Очевидно, что различное толкование и практика применения положений законодательства ставят под сомнение гарантированность судебной защиты прав и свобод граждан и не способствуют повышению авторитета судебной власти. Поэтому в целях исключения неоднозначной практики важно не только найти возможные пути решения существующей проблемы, но также разобраться в причинах ее возникновения, проанализировав нормативное регулирование данной сферы, в том числе и в контексте его развития.

2. Правовые отношения, связанные с возмещением вреда, причиненного лицом, застраховавшим свою ответственность, занимают особое место в системе обязательственных отношений. Их особенность обусловлена тем, что в данном случае применимыми являются как нормы об обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда (гл. 58 ГК), так и положения о страховании (гл. 48 ГК).

Страхование ответственности за причинение вреда в законодательстве Республики Беларусь появилось в связи с принятием ГК 1998 г. (ст. 823 ГК). В развитие данной нормы Декретом Президента Республики Беларусь от 19 февраля 1999 года № 8 «Об обязательном страховании гражданской

[491] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2009. № 214. 6/774.

ответственности владельцев транспортных средств»[492] с 1 июля 1999 года в Беларуси вводится обязательное страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств за вред, причиненный в результате дорожно-транспортных происшествий жизни или здоровью физических лиц, их имуществу либо имуществу юридических лиц. Важно отметить, что до введения системы обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств отношения, связанные с возмещением вреда, причиненного в результате дорожно-транспортных происшествий, регулировались только нормативными положениями ГК об обязательствах вследствие причинения вреда.

Именно в целях усиления защиты имущественных и иных интересов лиц, потерпевших в дорожно-транспортных происшествиях, был введен данный вид страхования. Это выразилось в повышении гарантий таких лиц получить возмещение причиненного вреда даже в тех случаях, когда конкретный причинитель вреда не имел средств на его возмещение. С учетом правовой природы страховых отношений такое стало возможным в результате аккумулирования средств в страховой фонд, из которого при наступлении страхового случая у потерпевшего возникает право на получение страховых выплат, которые осуществляются страховщиком. Наполнение страхового фонда осуществляется за счет страховых резервов, формируемых страховщиками из страховых взносов, уплачиваемых всеми владельцами транспортных средств, выступающими в данном случае в качестве страхователей.

Таким образом, сущность обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств состоит в том, что обязанность конкретного причинителя вреда по его возмещению потерпевшему преобразуется в уплату им обязательных страховых взносов, а причиненный вред возмещается страховщиком, который застраховал ответственность данного причинителя вреда. При этом отношения по защите имущественных интересов лиц, потерпевших в результате дорожно-транспортного происшествия, возникают не только на основании правовых норм о страховании ответственности за причинение вреда, но также и на основе норм об обязательствах вследствие причинения вреда.

Объектом обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств является имущественный интерес в форме гражданской ответственности конкретного владельца транспортного средства (возможного причинителя вреда) по обязательствам, возникшим в случае причинения им вреда жизни, здоровью или имуществу других лиц в результате дорожно-транспортного происшествия. Страховым случаем рассматривается факт причинения вреда жизни, здоровью или имуществу потерпевшего в результате дорожно-транспортного происшествия.

---

[492] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 1999. № 17. 1/139. Декрет впоследствии утратил силу Указом Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 года № 530 «О страховой деятельности» // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2006. № 143. 1/7866.

Порядок и условия проведения обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств были определены Указом Президента Республики Беларусь от 19 февраля 1999 года № 100 «О порядке и условиях проведения обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств»[493]. В соответствии с данным Указом также было создано Белорусское бюро по транспортному страхованию как республиканская ассоциация, объединившая страховые организации, которые осуществляют обязательное страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств[494].

В настоящее время порядок и условия проведения обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств определены Указом Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 года № 530 «О страховой деятельности», которым утверждено Положение о страховой деятельности в Республике Беларусь[495]. Указом Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 года № 531 «Об установлении размеров страховых тарифов, страховых взносов, лимитов ответственности по отдельным видам обязательного страхования»[496] определены лимиты ответственности, в пределах которых страховщик по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств обязан при наступлении страхового случая возместить потерпевшим причиненный в результате дорожно-транспортного происшествия вред. Приказом Белорусского бюро по транспортному страхованию от 14 сентября 2004 года № 30-од утверждены Правила определения размера вреда, причиненного транспортному средству в результате дорожно-транспортного происшествия, для целей обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств[497].

Необходимо также отметить, что 24 июня 2004 года было принято постановление Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 9 «О судебной практике по делам о возмещении вреда, причиненного транспортными средствами»[498], которым в порядке судебного толкования общим судам даны разъяснения по вопросам рассмотрения дел о возмещении вреда, причиненного транспортными средствами.

---

[493] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 1999. № 17. 1/140. Впоследствии утратил силу Указом Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 года № 530 «О страховой деятельности».

[494] См.: Устав Белорусского бюро по транспортному страхованию, утв. Указом Президента Республики Беларусь от 1 декабря 1999 года № 701 «Об утверждении Устава Белорусского бюро по транспортному страхованию» // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 1999. № 93. 1/810; 2004. № 120. 1/5713; 2006. № 143. 1/7866; 2007. № 31. 1/8321; 2008. № 5. 1/9271; № 107. 1/9661; 2009. № 41. 1/10457.

[495] См.: Указ Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 г. № 530 «О страховой деятельности» // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2006. № 143. 1/7866; 2007. № 5. 1/8215; № 16. 1/8265; № 83. 1/8471; № 250. 1/9005; 2008. № 5. 1/9287; № 30. 1/9412; № 107. 1/9661; № 210. 1/9972; № 292. 1/10283; 2009. № 27. 1/10431; № 96. 1/10632; № 119. 1/10688; № 149. 1/10795; № 159. 1/10814.

[496] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2006. № 143. 1/7867; 2007. № 250. 1/9005; 2008. № 30. 1/9412; № 107. 1/9661; № 265. 1/10192; № 292. 1/10283; 2009. № 96. 1/10632.

[497] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2004. № 173. 10/69; 2007. № 15. 10/80; 2008. № 174. 10/106; 2009. № 213. 10/118.

[498] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2004. № 106. 6/412; 2005. № 160. 6/459; 2007. № 16. 6/673.

Указанные выше нормативные правовые акты составляют правовую основу регулирования отношений, связанных с возмещением вреда, причиненного владельцем транспортного средства, застраховавшим свою ответственность.

3. Принцип обеспечения восстановления нарушенных прав и их судебной защиты соединяет в себе два начала: материально-правовое – обеспечение восстановления нарушенных гражданских прав и процессуальное – судебную защиту нарушенных прав. Реализация данного принципа в процессе рассмотрения споров, вытекающих из отношений по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств, должна осуществляться путем судебной защиты прав потерпевшего независимо от того, кем они были нарушены: непосредственным причинителем вреда или страховщиком, который застраховал ответственность этого причинителя вреда.

Как было отмечено выше, в обязательствах, возникающих вследствие причинения вреда, в том числе и вреда, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия, данный принцип реализуется в форме полного возмещения вреда потерпевшему. Причем, вред должен быть возмещен в полном объеме, независимо от того, причинен он личности или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица (п. 1 ст. 933 ГК). При наличии у потерпевшего права на страховое возмещение причиненного вреда реализация данного принципа имеет свои особенности.

Необходимо учитывать, что страховые выплаты по возмещению вреда осуществляются из страхового фонда, который в свою очередь формируется из страховых взносов страхователей. Очевидно, что размер этого фонда – величина исчисляемая, которая зависит от величины уплачиваемых страховых взносов. В связи с этим применение принципа полного возмещения вреда при осуществлении страховых выплат привело бы к риску невозможности обеспечения страховщиками исполнения своих обязательств по всем заключенным договорам. Поэтому законодатель вполне обоснованно устанавливает лимит ответственности, в пределах которого страховщик обязан при наступлении страхового случая возместить потерпевшему причиненный вред. В частности, согласно п. 4 ст. 823 ГК в случае, когда ответственность за причинение вреда застрахована в силу того, что ее страхование обязательно, лицо, в пользу которого считается заключенным договор страхования, вправе предъявить требование о возмещении вреда в пределах страховой суммы (лимита ответственности).

В отношении ответственности страховщиков, осуществляющих обязательное страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств, такое ограничение нашло свое закрепление в Положении о страховой деятельности в Республике Беларусь. Так, в соответствии с п. 126 Положения страховщик обязан при наступлении каждого страхового случая возместить причиненный в результате дорожно-транспортного происшествия вред жизни, здоровью и (или) имуществу потерпевшего в пределах лимита ответственности, установленного

Президентом Республики Беларусь. Согласно п. 150 Положения вред, причиненный потерпевшему по договорам внутреннего и пограничного страхования, возмещается страховщиком, а в случаях, предусмотренных Уставом Белорусского бюро, – Белорусским бюро в соответствии с законодательством в пределах установленных лимитов ответственности.

В настоящее время такие лимиты ответственности установлены Указом Президента Республики Беларусь от 25 августа 2006 года № 531 и составляют:

– за вред, причиненный жизни или здоровью потерпевшего, – 10 000 евро;

– за вред, причиненный имуществу потерпевших, –10 000 евро.

Таким образом, законодательными актами действие принципа полного возмещения вреда при осуществлении страховых выплат ограничивается устанавливаемыми лимитами ответственности страховщиков. Но это не означает, что действие данного принципа ограничивается вообще, ибо это противоречило бы не только основным началам гражданского законодательства, но и конституционным принципам защиты прав граждан.

В тех случаях, когда размер причиненного вреда превышает установленные лимиты ответственности страховщика, потерпевший вправе предъявить требование о возмещении вреда на сумму, превышающую установленные лимиты, непосредственно причинителю вреда. Важной в этой связи является статья 941 ГК, устанавливающая, что юридическое лицо или гражданин, застраховавшие свою ответственность в порядке добровольного или обязательного страхования в пользу потерпевшего (ст. 823, п. 1 статьи 825), в случае, когда страхового возмещения недостаточно для того, чтобы полностью возместить причиненный вред, возмещают разницу между страховым возмещением и фактическим размером ущерба. Применительно к страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств пунктом 127 Положения о страховой деятельности в Республике Беларусь предусмотрено, что в случае, если сумма возмещения вреда превышает установленные лимиты ответственности, потерпевший или его наследник вправе предъявить лицу, причинившему вред, иск о возмещении вреда на сумму, превышающую указанные лимиты.

Таким образом, лимит ответственности страховщика по обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств – это установленная законодательным актом, в данном случае Указом Президента Республики Беларусь № 531, денежная сумма, в пределах которой страховщик обязан произвести страховую выплату по возмещению вреда, причиненного потерпевшему в результате дорожно-транспортного происшествия. В связи с осуществлением страховых выплат важным является вопрос определения размера причиненного вреда.

Ответ на данный вопрос содержится в пункте 158 Положения о страховой деятельности в Республике Беларусь. В частности, при повреждении транспортного средства в размер подлежащего возмещению вреда должны включаться:

1) расходы на его восстановительный ремонт на день наступления страхового случая, за вычетом стоимости обновления (под стоимостью обновления понимается разница между стоимостью новых деталей и стоимостью деталей, за вычетом износа, при замене поврежденных деталей на новые);

2) расходы на эвакуацию транспортного средства с места дорожно-транспортного происшествия к месту постоянного хранения на территории Республики Беларусь, а для нерезидентов – до границы Республики Беларусь;

3) расходы по оформлению необходимых документов в связи со страховым случаем и по исчислению размера вреда.

Таким образом, применительно к рассматриваемому случаю размер вреда, возмещаемого потерпевшему лицу, равен размеру его фактических расходов, которые необходимы для восстановления транспортного средства, то есть возвращения имущественного положения потерпевшего в исходное состояние, существовавшее до того, как его право было нарушено. При этом необходимо иметь в виду, что в случае ремонта транспортного средства в соответствующей сервисной организации или у индивидуального предпринимателя, расходы потерпевшего увеличиваются на сумму налога на добавленную стоимость и иных налогов (сборов), включаемых в стоимость услуг, оказываемых автосервисом. В связи с этим при представлении потерпевшим документов, подтверждающих факт ремонта транспортного средства в такой организации (индивидуального предпринимателя), страховщик обязан доплатить страховое возмещение в размере фактически уплаченного налога на добавленную стоимость и иных налогов (сборов), включенных в стоимость оказанных автосервисом услуг, за устранение повреждений, относящихся к данному страховому случаю.

Как отмечалось выше, пределом указанных выплат, осуществляемых страховщиком, является законодательно установленный лимит ответственности. В то же время выплата страхового возмещения осуществляется на основании расчета стоимости восстановительного ремонта, что и порождает проблемы правоприменения в тех случаях, когда фактическая стоимость ремонта, необходимого для восстановления транспортного средства, выше стоимости восстановительного ремонта, рассчитанной страховщиком.

В соответствии с п. 162 Положения о страховой деятельности в Республике Беларусь Белорусскому бюро по транспортному страхованию по согласованию с Министерством транспорта и коммуникаций Республики Беларусь предоставлено право утверждать Правила определения размера вреда, причиненного транспортному средству в результате дорожно-транспортного происшествия, для целей обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств. Как было указано выше, действующие Правила утверждены приказом Белорусского бюро по транспортному страхованию от 14 сентября 2004 года № 30-од.

Согласно п. 38 Правил расчетная стоимость восстановительных ремонтных работ определяется на основании установленных заводом-

изготовителем нормативов трудоемкостей на работы по диагностике, техническому обслуживанию и ремонту транспортных средств и стоимости нормо-часа ремонтных работ на техническое обслуживание и ремонт транспортных средств. Методика определения стоимости нормо-часа работ по восстановлению транспортных средств изложена в приложении 7 к Правилам. В соответствии с данной методикой стоимость нормо-часа определяется на основе представительной (репрезентативной) и достоверной статистической оценки выборки тарифов сертифицированных предприятий автосервиса (п. 8 приложения 7 к Правилам). При этом отдельно взятые справки-счета, прайс-листы или другие документы предприятий автосервиса не могут быть основанием для определения стоимости нормо-часа. На основе исходных данных рассчитывается среднеарифметическая стоимость нормо-часа работ с учетом категории и возраста транспортного средства (п. 9 приложения 7 к Правилам).

Таким образом, в соответствии с Правилами расчет стоимости восстановительного ремонта транспортного средства производится с применением среднеарифметического значения стоимости одного нормо-часа работ, а не на основе фактической стоимости работ на конкретном предприятии автосервиса. Следовательно, и размер причиненного конкретному потерпевшему вреда, который подлежит возмещению страховщиком, определяется на основании расчета стоимости ремонта транспортного средства с применением среднеарифметических значений, а не с учетом фактических затрат потерпевшего на восстановление транспортного средства.

Очевидно, что разница между расчетной суммой и фактическими затратами на ремонт может быть обусловлена стоимостью работ по восстановлению транспортных средств, которая на каждом предприятии не совпадает со среднеарифметической стоимостью одного нормо-часа работ по восстановлению транспортных средств. И в том случае, когда фактические затраты потерпевшего на восстановление транспортного средства превышают размер вреда, определенного на основе расчетного метода, согласно Правилам в сумму страхового возмещения они не включаются.

Таким образом, среднеарифметическая стоимость восстановительного ремонта, рассчитываемая страховщиком, представляет собой ни что иное, как предельную сумму, в рамках которой он несет ответственность. И этот предел ответственности установлен Белорусским бюро по транспортному страхованию помимо того лимита, который определен законодательными актами, что, безусловно, противоречит и положениям ГК, и нормам Положения о страховой деятельности в Республике Беларусь. Очевидно, что в этой ситуации необходима корректировка Правил в направлении исключения такого положения, при котором размер вреда, причиненного потерпевшему, определялся бы только на основании расчетного метода стоимости восстановительного ремонта транспортного средства.

Но как могут быть защищены права потерпевшего в сложившейся ситуации в том случае, если причиненный ему вред превышает вред,

рассчитанный страховщиком для целей обязательного страхования гражданской ответственности, но не превышает установленных лимитов ответственности? К кому должно быть обращено требование потерпевшего о возмещении вреда в размере разницы между суммой страхового возмещения, выплаченного страховщиком по обязательному страхованию, и фактически понесенными расходами потерпевшего на восстановление транспортного средства?

В соответствии со ст. 819 ГК по договору страхования одна сторона (страховщик) обязуется при наступлении предусмотренного законодательством или договором события (страхового случая) возместить другой стороне (страхователю) или третьему лицу (застрахованному лицу, выгодоприобретателю), в пользу которого заключен договор, причиненный вследствие этого события ущерб застрахованным по договору имущественным интересам в пределах определенной договором суммы (страховой суммы, лимита ответственности), а другая сторона (страхователь) обязуется уплатить обусловленную договором сумму (страховой взнос, страховую премию). Применительно к обязательному страхованию гражданской ответственности владельцев транспортных средств страхователь – причинитель вреда, уплатив страховой взнос, вправе рассчитывать на то, что он застраховал свою ответственность в пределах установленного законодательством лимита ответственности. А обязанность страховщика состоит в выплате страхового возмещения опять же в пределах установленного лимита ответственности. Таким образом, если фактические затраты потерпевшего на восстановление транспортного средства превышают размер страхового возмещения, рассчитанный в соответствии с Правилами, но не превышают лимита ответственности страховщика, оснований для предъявления требований о возмещении этой разницы к причинителю вреда нет, так как он застраховал свою ответственность в пределах лимита ответственности, а фактические затраты потерпевшего на восстановление транспортного средства этот лимит не превысили.

На наш взгляд, разница между фактической стоимостью ремонта, необходимого для восстановления транспортного средства, и суммой страхового возмещения, определенной страховщиком на основе расчетного метода, в пределах лимита ответственности может быть взыскана только со страховщика. То, что в части шестой пункта 158 Положения о страховой деятельности в Республике Беларусь указывается на выплату страхового возмещения на основании расчета стоимости восстановительного ремонта, не позволяет сделать вывод о том, что рассчитанная страховщиком стоимость восстановительного ремонта является лимитом его ответственности. Очевидно, что «основание для выплаты страхового возмещения» и «лимит ответственности страховщика» – понятия различные. Более того, в этой же части пункта 158 Положения в качестве предела ответственности страховщика называется именно установленный законодательством лимит ответственности.

Таким образом, когда суммы страхового возмещения, рассчитанного в соответствии с Правилами, недостаточно для покрытия фактических затрат потерпевшего на восстановление транспортного средства, не превышающих лимита ответственности страховщика, страховщик обязан выплатить страховое возмещение с учетом фактических затрат потерпевшего на восстановление транспортного средства. При этом потерпевший должен представить доказательства того, что эти затраты обусловлены необходимостью восстановительного ремонта в связи с характером повреждений транспортного средства по конкретному страховому случаю.

4. В заключении хотелось бы обратить внимание на то, что проблемность ситуации состоит не в кажущемся противоречии норм ГК и Положения о страховой деятельности в Республике Беларусь. Оба законодательных акта закрепляют одинаковые подходы к правовому регулированию отношений, вытекающих из причинения вреда владельцем транспортного средства, ответственность которого застрахована в порядке обязательного страхования гражданской ответственности. Более того, как было отмечено выше, именно с целью дополнительной защита интересов потерпевших в дорожно-транспортных происшествиях и введено обязательное страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств.

Представляется, что различной правоприменительной практики могло не быть, если бы все нюансы были учтены в Положении о страховой деятельности в Республике Беларусь. Принцип правовой определенности, вытекающий из основополагающего конституционного принципа верховенства права (часть первая ст. 7 Конституции Республики Беларусь), предполагает, прежде всего, логическую согласованность правовых норм, точность, непротиворечивость и ясность их изложения.

В связи с этим хотелось бы обратить внимание на Указ Президента Республики Беларусь от 23 октября 2009 года № 519 «О внесении изменений и дополнений в некоторые указы Президента Республики Беларусь по вопросам страхования»[499], который принят в целях совершенствования государственного регулирования страховой деятельности. Указ вступает в силу с 1 июля 2010 года. При этом нормы Положения о страховой деятельности в Республике Беларусь, явившиеся предпосылкой возникновения неоднозначной судебной практики, остались без изменений.

В то же время, Указом № 519 предусмотрено введение на территории Республики Беларусь комплексного внутреннего страхования как одного из видов обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств. В соответствии с условиями таких комплексных договоров страхователь может застраховать одновременно как ответственность на случай причинения вреда другому участнику дорожного движения, так и свое транспортное средство в рамках одного договора. Порядок и условия проведения данного вида страхования аналогичны порядку и условиям проведения обязательного страхования гражданской ответственности

[499] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2009. № 265. 1/11074.

владельцев транспортных средств, определенным Положением о страховой деятельности в Республике Беларусь.

С одной стороны, исходя из нормативных положений Указа № 519, комплексный договор представляет собой попытку решить проблемы страховщиков за счет страхователей (например, размеры страховых взносов по договорам комплексного страхования, в отличие от размеров страховых взносов, установленных по договорам внутреннего страхования, увеличены в среднем в 3,5 раза). С другой стороны, вряд ли является обоснованным введение в практику совершенно нового договора в ситуации, когда не сформировалась единая практика применения действующих норм. Более того, аналогов такого комплексного страхования в мире нет.

На наш взгляд, для большей определенности в вопросе защиты прав потерпевших в Положение о страховой деятельности в Республике Беларусь следовало бы внести дополнение о том, что в случае, когда фактические затраты на восстановление транспортного средства превысят страховое возмещение, рассчитанное страховщиком, но в пределах лимита ответственности, потерпевший вправе представить обоснование разницы страховщику, а в случае спора обратиться в суд.

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ СУДАМИ ЖИЛИЩНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Л. Бакиновская
судья Верховного Суда Республики Беларусь, заслуженный юрист Республики Беларусь

Право граждан Республики Беларусь на жилище закреплено в ст. 48 Конституции Республики Беларусь; ч. 3 ст. 48 Конституции определено, что никто не может быть произвольно лишен жилья. Принцип недопустимости произвольного лишения жилья действует только в отношении граждан, владеющих и пользующихся жилыми помещениями на законных основаниях; основания возникновения права пользования жилыми помещениями определены в ст. 26 Жилищного кодекса Республики Беларусь (далее – ЖК): договор найма и поднайма жилого помещения, право собственности, завещательный отказ, а также другие основания, не запрещенные законами Республики Беларусь.

В судах чаще всего разрешались споры, связанные с правом пользования жилым помещением на основании договора найма жилого помещения, права собственности. Количество таких дел в судах ежегодно увеличивается, всего за 2008 год рассмотрено около 16 тысяч дел по спорам о жилых помещениях.

Право пользования жилым помещением нанимателя, собственника жилого помещения подтверждается, соответственно, договором найма жилого помещения, документами о праве собственности. Порядок заключения договора найма жилого помещения определен в п. 50 Положения о порядке учета граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий, предоставления жилых помещений государственного жилищного фонда, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 29 ноября 2005 года № 565 «О некоторых мерах по регулированию жилищных отношений». В соответствии с Положением договор найма заключается в простой письменной форме и считается заключенным с даты его регистрации местным исполнительным и распорядительным органом; при этом определено, что в договоре найма жилого помещения должны быть указаны все граждане, постоянно проживающие в жилом помещении с нанимателем.

Анализ поступающих в суды дел о жилых помещениях позволяет сделать вывод о том, что с нанимателем, собственником, как правило, постоянно проживают и имеют право пользования члены его семьи (бывшие члены семьи). Понятие члена семьи дано в ст. 29 ЖК. К членам семьи, в частности, нанимателя, собственника жилого помещения относятся их супруги, дети, родители. Другие родственники, а также нетрудоспособные иждивенцы могут быть признаны членами семьи нанимателя, собственника жилого помещения, если они проживают совместно с ним и ведут общее хозяйство. В судебном порядке могут быть признаны членами семьи нанимателя, собственника жилого помещения и иные граждане, если они не менее пяти лет проживают совместно с нанимателем, собственником и ведут с ним общее хозяйство.

Права членов семьи нанимателя по пользованию жилым помещением установлены, в частности, положениями ст.ст. 30, 57 ЖК, членов семьи собственника жилого помещения – ст.ст. 116 ЖК и 275 ГК, из которых следует, что члены семьи имеют право пользования жилым помещением наравне с нанимателем, собственником жилого помещения при условии, что проживают с ними и ведут общее хозяйство. Такие же права сохраняются и за бывшими членами семьи нанимателя, собственника жилого помещения, если они остались проживать в том же жилом помещении (ч. 3 ст. 30, ст. 116 ЖК).

Положения ст. 30 ЖК универсальны, и определяют возникновение права пользования жилым помещением членами семьи нанимателя жилого помещения и государственного, и частного жилищного фонда. Вместе с тем права и обязанности членов семьи нанимателей жилого помещения государственного и частного жилищного фонда имеют существенные различия, поскольку различны права и самих нанимателей. Например, наниматели жилых помещений, принадлежащих на праве собственности гражданам (соответственно и члены их семей), в отличие от нанимателей жилых помещений государственного жилищного фонда, не вправе требовать изменения договора найма жилого помещения, его приватизации, обмена.

Одно из основных положений жилищного законодательства, определяющих права членов семьи нанимателя жилого помещения

государственного жилищного фонда, закреплено в ст. 57 ЖК, в соответствии с которой равное с нанимателем право пользования жилым помещением члены его семьи приобретают в том случае, если были вселены с соблюдением установленного порядка. Порядок вселения определен в той же ст. 57 ЖК, в соответствии с которой на вселение членов семьи нанимателя требуется письменное согласие всех проживающих с нанимателем в жилом помещении совершеннолетних членов его семьи.

Судебная практика идет по тому пути, что письменным согласием членов семьи на вселение признается и их письменное согласие на регистрацию (прописку) вселившегося в жилое помещение в качестве члена семьи. Принимается во внимание и тот факт, что для регистрации по месту жительства гражданин обязан не позднее одного месяца со дня прибытия на новое место жительства обратиться по вопросу регистрации к лицу, ответственному за регистрацию, а при его отсутствии – в орган регистрации (п. 13 Положения о регистрации граждан по месту жительства и месту пребывания, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 7 сентября 2007 года № 413 «О совершенствовании системы учета граждан по месту жительства и месту пребывания» (далее – Положение № 413 от 7 сентября 2007 года). Поэтому при разрешении в судах споров о праве пользования жилым помещением по основанию совместного проживания и ведения общего хозяйства наряду с другими фактами устанавливаются также причины отсутствия регистрации (прописки) в жилом помещении; проживание без регистрации (прописки) в этом случае может свидетельствовать об отсутствии права пользования жилым помещением.

Прекращение права пользования жилым помещением, в частности, нанимателем и членами его семьи, может иметь место в связи с расторжением договора найма жилого помещения. Основания и порядок расторжения договора найма жилого помещения определены ст.ст. 36, 37 ЖК. Исходя из положений ст. 36 ЖК расторжение договора найма жилого помещения допускается по соглашению сторон, а также по требованию одной из сторон в случае нарушения другой стороной существенных условий договора, и по другим основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом. В судах чаще всего возникают споры по искам наймодателей, собственников жилых помещений о расторжении договоров найма жилых помещений по причине уклонения граждан в течение шести месяцев от внесения платы за пользование жилым помещением и коммунальные услуги. Такое нарушение условий договора найма жилого помещения на практике признается существенным, и, как правило, влечет расторжение договора; по этим основаниям может быть расторгнут как договор найма жилого помещения частного жилищного фонда, так и договор найма жилого помещения государственного жилищного фонда (ст.ст. 36, 71 ЖК, п. 50 Положения о порядке учета граждан, нуждающихся в улучшении жилищных условий, предоставления жилых помещений государственного жилищного фонда, утвержденного Указом Президента Республики Беларусь 29 ноября 2005 года № 565 (далее – Положение), Типовые

договоры найма жилых помещений государственного жилищного фонда, в том числе служебного жилого помещения, жилого помещения социального пользования).

Вместе с тем, последствия расторжения договора найма жилого помещения государственного и частного фонда по указанным основаниям имеют существенные различия. Например, если расторжение договора найма жилого помещения, принадлежащего на праве собственности гражданину, по причине уклонения нанимателя от внесения соответствующих платежей за пользование жилым помещением может повлечь прекращение права пользования и выселение нанимателя без предоставления другого жилого помещения, то последствия расторжения по тем же основаниям договора найма жилого помещения государственного жилищного фонда определены ст. 71 ЖК: выселение в жилое помещение типовых потребительских качеств по общей площади менее занимаемого. При этом выселение нанимателя допускается только на условиях ранее заключенного договора найма жилого помещения, т.е. с заключением того же вида договора найма (п. 10 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 8 от 28 июня 2007 года «О практике применения судами жилищного законодательства по делам о расторжении договора найма жилого помещения и выселении»).

Следует отметить, что предъявление исков о выселении граждан по основаниям ст. 71 ЖК нередко способствовало возмещению ответчиками задолженности по коммунальным и иным платежам за жилое помещение в период рассмотрения спора в суде. В этих случаях суды, как правило, прекращали производство по делу; эта практика признана правильной и закреплена в п. 12 названного выше постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 8 от 28 июня 2007 года.

В соответствии со ст. 37 ЖК **договор найма жилого помещения может быть расторгнут** по причине выезда нанимателя и членов его семьи на постоянное место жительства в другое жилое помещение. Понятие места жительства определено в п. 4.4.6. Положения от 7 сентября 2007 года – местонахождение (адрес) жилого помещения, право владения, распоряжения и (или) пользования которым возникло у гражданина по основаниям, установленным законодательными актами, и в котором он постоянно или преимущественно проживает. Нельзя не обратить внимания на тот факт, что выезд из жилого помещения на постоянное жительство в другое жилое помещение только самого нанимателя не обязательно влечет расторжение договора найма жилого помещения, если в жилом помещении остались проживать другие лица, наделенные в соответствии с законодательством правом требовать изменения договора найма и признания их нанимателями по ранее заключенному договору найма жилого помещения (ст. 60 ЖК).

В Жилищном кодексе последствия выезда самого нанимателя или членов его семьи на постоянное жительство в другое жилое помещение напрямую не урегулированы. Однако, многолетняя судебная практика исходит из того, что в этом случае они могут быть признаны утратившими права пользования жилым

помещением применительно к ч. 2 ст. 37 ЖК (п. 4 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 28 июня 2007 года № 8 "О практике применения судами жилищного законодательства по делам о расторжении договора найма жилого помещения и выселении»).

При разрешении судами требований о признании граждан утратившим право пользования жилым помещением имеют правовое значение и подлежат выяснению причины выезда, т.е. имело ли место добровольное оставление жилого помещения по причине выезда нанимателя, членов его семьи на постоянное жительство в другое жилое помещение, устанавливается это жилое помещение и его владельцы. Если в исковом заявлении такие данные отсутствуют, то в соответствии со ст.ст. 243, 248 ГПК в этом случае судья оставляет исковое заявление без движения, предложив устранить отмеченные недостатки; без выяснения названных выше обстоятельств суд не имеет возможности вынести законное и обоснованное решение. Без доказательств о добровольном выезде нанимателя или членов его семьи на постоянное жительство в другое жилое помещение, не имеется оснований признать его утратившим право пользования жилым помещением, поскольку факт только отсутствия их по месту регистрации (прописки) не влечет утрату права пользования жилым помещением независимо от срока отсутствия.

В судебной практике имели место случаи, когда требования об утрате права пользования жилым помещением были заявлены в отношении лиц, зарегистрированных (прописанных) в жилом помещении, но не вселявшихся и не проживающих в нем. Между тем, регистрация (прописка) в жилом помещении, как административная процедура, не влечет бесспорное возникновение права пользования жилым помещением; основания возникновения права пользования жилым помещением определены, в частности, ст.ст. 29, 30, 57, 116 ЖК, ст. 275 ГК, т.е. вселение в жилое помещение в качестве члена семьи нанимателя, собственника жилого помещения с письменного согласия совершеннолетних членов их семьи. Сам факт регистрации (прописки) в жилом помещении без доказательств о вселении в качестве члена семьи может свидетельствовать об отсутствии права пользования жилым помещением. В этой ситуации представляется правильной сложившаяся в последнее время практика предъявления и разрешения судами исков не об утрате права пользования жилым помещением членами семьи нанимателя, собственника жилого помещения, а об отсутствии у них такого права или о признании их, не приобретшими право пользования жилым помещением.

Указанные выше иски, как и требования об утрате права пользования жилым помещением в связи с выездом на постоянное место жительства в другое жилое помещение, заявляются также к нанимателям, в частности, служебных жилых помещений, жилых помещений в общежитиях и к членам их семей, жилых помещений социального пользования, а также в отношении нанимателей жилых помещений частного жилищного фонда и членов их семей, членов семей собственников жилого помещения, не имеющих доли в праве

собственности на это жилое помещение. Вместе с тем сам собственник жилого помещения, в том числе участник долевой собственности, не может быть признан утратившим право пользования этим жилым помещением применительно к ч. 2 ст. 37 ЖК независимо от срока его отсутствия, так как в соответствии с п. 5 ст. 210 ГК право собственности бессрочно.

Одним из способов **приобретения права собственности** на жилое помещение, доли в праве собственности, является **приватизация жилых помещений государственного жилищного фонда** (ст. 1 Закона Республики Беларусь "О приватизации жилищного фонда в Республике Беларусь", ст. 102 ЖК). В этом случае имеет место переход права собственности на жилое помещение по сделке, т.е. по договору купли - продажи, который заключается с гражданином при наличии соответствующего решения о приватизации жилого помещения. Такой договор удостоверяется в нотариальном порядке и подлежит государственной регистрации; с учетом положений ст. 224 ГК, п. 11 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 9 от 17 декабря 1998 года с изменениями и дополнениями «О применении судами Закона Республики Беларусь «О приватизации жилищного фонда в Республике Беларусь», право собственности на приватизированное жилое помещение возникает только после государственной регистрации договора приватизации в установленном порядке.

Все условия приватизации, в том числе объем приобретаемого в собственность имущества, его стоимость, определяются в решении о приватизации и договоре купли - продажи. Представляется уместным обратить внимание на тот факт, что споры о долях в праве собственности на приватизированное жилое помещение обычно не возникают, если участники приватизации определили свои доли по соглашению, и по их требованию эти доли указаны в техническом паспорте на жилое помещение (п. 6 названного выше постановления Пленума от 17 декабря 1998 года). Если в документах о праве собственности на приватизированное жилое помещение указан собственником только один из членов семьи – участников приватизации, а доли других не определены и не указаны, то споры возникают, как правило, об определении долей или о признании доли в праве собственности на жилое помещение.

В соответствии со ст. 7 Закона Республики Беларусь «О приватизации жилищного фонда в Республике Беларусь» в результате приватизации жилого помещения на общих основаниях участники приватизации (кроме супругов) приобретают доли в праве собственности на жилое помещение в зависимости от размера вложенных жилищных квот и денежных средств, если иное не установлено договором или не определено в техническом паспорте квартиры. Нередки случаи, когда жилищные квоты были начислены всем членам семьи нанимателя, давшим согласие на приватизацию жилого помещения с зачетом их жилищных квот, но стоимость жилого помещения меньше размера общей суммы жилищных квот. По этой причине не вся сумма жилищных квот была зачислена на приватизацию. Судебная практика исходит из того, что участники

приватизации и в этом случае не могут быть лишены доли в праве собственности на жилое помещение. Расчет долей участников приватизации в жилом помещении при возникновении спора в суде производится пропорционально размерам начисленных на имя каждого из них жилищных квот (п. 15 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 марта 2003 года «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с правом собственности на жилые помещения»).

Согласно ст. 12 Закона Республики Беларусь "О приватизации жилищного фонда в Республике Беларусь" жилые помещения, приватизируемые на льготных условиях (с зачетом жилищных квот), передаются участникам приватизации в равных долях. При разрешении споров в отношении жилых помещений, приватизированных на основании ст. 12 Закона, принимается во внимание, что доли участников приватизации являются равными независимо от того, кто из них имел право на льготную приватизацию. Увеличение доли кого-либо из участников приватизации может иметь место, если на льготных условиях приватизирована только часть жилого помещения, а в остальной части произведена доплата. Вместе с тем, при отсутствии соглашения участников приватизации о размерах доплаты, письменных доказательств, подтверждающих внесение доплаты только одним из них, доли участников приватизации, в том числе и в сумме, составляющей размер доплаты, судами в основном признаются равными, что соответствует требованиям ст. 247 ГК.

При разрешении других споров о долях в праве собственности на жилое помещение нередко возникает вопрос, какую позицию следует занять, если требование о признании доли в праве собственности на жилое помещение заявлено одним из супругов, который не прописан (зарегистрирован), но проживал в жилом помещении, приватизированном в период брака на имя нанимателя – другого супруга и с зачетом только его жилищной квоты. Надо полагать, что при такой ситуации суды правильно выясняют, прежде всего, вопрос о том, приобрел ли второй супруг право пользования жилым помещением, о котором возник спор, на период приватизации. Если установлено, что на период приватизации квартиры одного из супругов другой проживал в ней, например, как временный жилец, и при этом сохранял право пользования иным жилым помещением, нанимателем которого являлся, то этот факт может явиться основанием к отказу в иске о признании права пользования, а соответственно, и о признании права на долю в праве собственности на приватизированное жилое помещение. Такая позиция соответствует положениям ст.ст. 1,7 Закона Республики Беларусь "О приватизации жилищного фонда в Республике Беларусь", предусмотревшей право граждан на приватизацию занимаемых ими жилых помещений. Поэтому обоснованным представляется вывод о том, что член семьи, не имеющий права пользования жилым помещением на период его приватизации, не становится участником приватизации и, соответственно, участником долевой или совместной собственности на это жилое помещение.

В судебной практике по разрешению жилищных споров в связи с неполнотой отдельных норм жилищного законодательства возникает и ряд других проблемных вопросов. Так, несовершенство отдельных норм ЖК, в частности ст. 119, повлекло необходимость дополнительных разъяснений с целью выработки единообразной практики судов при рассмотрении исков о **разделе жилых помещений**, в том числе квартир в многоквартирных жилых домах.

Раздел жилого помещения по основаниям ч. 1 ст. 119 ЖК влечет прекращение общей долевой собственности для всех участников долевой собственности; разделенный объект недвижимого имущества считается прекратившим существование (п. 3 ст. 51 Закона Республики Беларусь от 22 июля 2002 года № 133-З «О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним», п. 16 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 2 от 26 марта 2003 года «О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с правом собственности на жилые помещения»). Возможен также выдел доли участника долевой собственности, при котором кто-то из участников долевой собственности выбывает из ее состава, а для остальных отношения общей собственности на жилое помещение сохраняются (п. 2,3 ст. 255 ГК).

И раздел жилого помещения, и выдел доли могут иметь место по соглашению всех участников долевой собственности (п. 2 ст. 255 ГК, ст. 119 ЖК). Однако отсутствие такого соглашения не препятствует участнику долевой собственности требовать раздела или выдела своей доли в жилом помещении в судебном порядке (п. 3 ст. 255 ГК).

В связи с отсутствием технической возможности большинство квартир в многоквартирных жилых домах не может быть разделено с образованием двух и более отдельных жилых помещений. Поэтому жилищное законодательство допускает возможность раздела жилого помещения по требованию собственников с выделением им в собственность изолированных жилых комнат; подсобные помещения при этом остаются в общем пользовании и общей долевой собственности (ч. 2 ст. 119 ЖК, п. 35 постановления Пленума Верховного Суда № 3 от 30 марта 2000 года "О некоторых вопросах применения судами жилищного законодательства", п. 17 названного выше постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 2 от 26 марта 2003 года).

Иногда можно услышать мнение о том, что раздел жилого помещения по основаниям ч. 2 ст. 119 ЖК фактически является определением порядка пользования жилым помещением. Надо полагать, что такое суждение не основано на законе. Вопросы владения и пользования жилыми помещениями, находящимися в долевой собственности, определены ст.ст. 117 ЖК и 250 ГК. По смыслу этих норм, определение порядка пользования жилым помещением не влечет изменения долей в праве собственности и прекращения прав владения и распоряжения жилыми комнатами, выделенными в пользование другим участникам долевой собственности. Между тем, раздел жилого помещения, в

том числе и по основаниям ч. 2 ст. 119 ЖК, влечет прекращение таких прав, а также изменение, как правило, долей в праве собственности на жилое помещение. Следует признать, что формулировка ч. 2 ст. 119 ЖК в отношении раздела жилого помещения действительно не совсем корректна. Однако представляется правильным вывод о том, что ч. 2 ст. 119 ЖК предусмотрена возможность раздела жилого помещения с учетом особенностей большинства квартир в многоквартирных жилых домах: раздел жилых комнат в квартире с сохранением общей долевой собственности на подсобные помещения и, соответственно, на жилое помещение в целом. В статье 44 Закона Республики Беларусь "О государственной регистрации недвижимого имущества, прав на него и сделок с ним" определено, что после раздела недвижимого имущества (в том числе жилого помещения) производится его государственная регистрация. Каких-либо исключений в отношении государственной регистрации изменения долей в праве собственности на жилое помещение при его разделе по основаниям ч. 2 ст. 119 ЖК Закон не содержит. Вместе с тем, отсутствие в ЖК и названном Законе необходимого правового регулирования вопросов, связанных с разделом жилых помещений по основаниям ч. 2 ст. 119 ЖК и их регистрации после раздела, создает проблемы при рассмотрении споров о разделе жилых помещений в судах, а также при их регистрации после раздела в организациях по государственной регистрации, что свидетельствует о необходимости совершенствования законодательства.

В судебной практике нередко возникает вопрос, возможен ли раздел жилого помещения, если в результате раздела выделяется часть жилого помещения, не соответствующая доле в праве собственности на это помещение; если у собственника, заявившего иск о разделе общей долевой собственности, отсутствуют средства, необходимые для выплаты денежной компенсации? При такой ситуации принимается во внимание, что ГК и ЖК не содержат запрета на раздел имущества, в том числе жилого помещения, в результате которого участникам долевой собственности выделяется часть имущества, не соответствующая их доле в праве собственности на это имущество. Более того, при разделе жилого помещения по основаниям ч. 2 ст. 119 ЖК выделить часть жилого помещения, соответствующего доле в праве собственности, практически невозможно. Поэтому в ст. 255 ГК предусмотрено, что несоразмерность имущества, выделяемого в натуре участнику долевой собственности, его доле в праве собственности устраняется выплатой соответствующей денежной суммы или иной компенсацией. Таким образом, исходя из положений ст. 255 ГК при разделе жилого помещения несоответствие выделяемой доли может быть устранено путем выплаты участнику долевой собственности денежной компенсации, а также иной компенсации (например, другого имущества); иная компенсация может иметь место только с согласия участников долевой собственности.

В практике судов нередки случаи, когда заявлялись требования о разделе жилого помещения с увеличением доли в праве собственности на жилое помещение, однако средств на выплату денежной компенсации заявивший

такие требования собственник не имеет. По этому поводу дано разъяснение в п. 21 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 2 от 26 марта 2003 года "О применении судами законодательства при разрешении споров, связанных с правом собственности на жилые помещения», в соответствии с которым отсутствие средств на выплату компенсации за увеличение доли в праве собственности может явиться основанием к отказу в иске о разделе жилого помещения. Такая позиция представляется правильной, поскольку в ином случае собственник не только без его согласия частично лишается своей доли в праве собственности на жилое помещение, но и не имеет реальной возможности получить за эту долю соответствующую денежную или иную компенсацию.

Нельзя не отметить, что в гражданском и жилищном законодательстве не урегулирован должным образом порядок определения размера денежной компенсации, предусмотренной ст. 255 ГК. Надо полагать, что стоимость доли в праве собственности на жилое помещение судами правильно определяется с учетом его рыночной стоимости.

ПРИЗНАКИ ОБЪЕКТА АВТОРСКОГО ПРАВА

Е.С. Дулуб
судья Верховного Суда
Республики Беларусь

В соответствии с п. 1 ст. 992 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) авторское право распространяется на произведения науки, литературы и искусства, являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения. В законодательстве об авторском праве понятие «произведение» отсутствует, но приводятся признаки его охраноспособности. Это творческий характер деятельности по созданию произведения и объективная форма выражения произведения. Понятие произведения часто трактуется в расширительном смысле, когда полагают, что любой взмах карандашом или кистью, любой текст или сборник, любой фото или кинокадр, любой предмет мебели, интерьера, игрушка, упаковка и т.д. являются объектами авторского права только в силу существования этих предметов в объективной форме.

Действительно, чтобы быть объектом авторского права произведение должно иметь объективную форму выражения с тем, чтобы оно могло восприниматься органами чувств человека. Произведение может быть выражено в любой объективной форме: письменной, устной, электронной, звукозаписи, видеозаписи. Произведение может иметь форму изображения на плоскости либо объемно-пространственную форму. Некоторые, самые распространенные формы произведений перечислены в ч. 2 ст. 992 ГК и ст. 7 Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах». Этот

перечень не является исчерпывающим, белорусское законодательство предусматривает, что произведение может быть выражено в иной объективной форме. Признаком выражения произведения в объективной форме является возможность его воспроизведения (копирования, тиражирования).

Назначение, а также научное, литературное, художественное или иное достоинство произведения для защиты его авторским правом значения не имеют, т.к. авторское право охраняет форму, а не содержание произведения. Неважно, какая духовная составляющая лежит в основе создания того или иного произведения, как эта составляющая оценивается специалистами, важно, в какой форме, какими приемами, при помощи каких средств она выражена в произведении, другими словами важна форма реализации духовного содержания произведения для восприятия его другими людьми.

В условиях современности и белорусскими, и зарубежными учеными и судебными практиками признается, что произведение, относящееся к объекту авторского права, должно быть результатом творческой деятельности, как это прямо указано в Гражданском кодексе Республики Беларусь. Автором такого произведения может быть только физическое лицо, так как способностью к творчеству обладает только человек. Этой же позиции придерживались ученые во времена СССР. Так, советский правовед Серебровский В.И. писал, что «произведение – это совокупность идей, мыслей и образов, получивших в результате творческой деятельности автора свое выражение в доступной для восприятия человеческими чувствами конкретной форме, допускающей возможность воспроизведения»[1].

Профессор дизайна Белорусского государственного университета Чернышев О.В. полагает, что «всякое произведение искусства тем и отличается, что устанавливает конкретную меру системной целостности и органического единства всех, включаемых в произведение, элементов». Самостоятельное произведение изобразительного искусства, по мнению Чернышева О.В., создается в процессе целенаправленной творческой деятельности[2].

Следовательно, обязательным признаком объекта авторского права является его создание физическим лицом в результате творческого процесса, а не работы, носящей нетворческий ремесленный или технический характер.

Вопрос о том, какими признаками характеризуется творческая деятельность человека, а также результат такой деятельности продолжает оставаться дискуссионным в белорусской и российской юридической науке. Термин «творческая деятельность» не раскрывается в белорусском законодательстве об авторском праве, поэтому, в случае возникновения судебного спора, данный вопрос относится к области судебного усмотрения. Вывод о том, создан ли спорный объект в результате творческой деятельности физического лица, а поэтому относится ли он к объекту авторского права, делает суд на основе доказательственной базы по делу, в том числе заключений экспертов.

---

[1] Серебровский, В.И. Вопросы советского авторского права. М., 1956. – С. 32.

[2] Архив Верховного Суда Республики Беларусь, материалы гражданского дела № 12-01/12-2008г.

Распространенным среди юристов является мнение, по которому творческой деятельностью человека признается самостоятельная целенаправленная деятельность, в результате которой создается произведение науки, литературы или искусства, носящее отпечаток личности создателя. Так, по мнению российского цивилиста О.С. Иоффе, творчество – это интеллектуальная деятельность, завершающаяся производящим актом, в результате которого появляются новые понятия, образы и (или) формы их воплощения, представляющие собой идеальное отражение объективной действительности[3] Известный российский правовед Э.П. Гаврилов определяет творчество как деятельность человека, порождающую нечто качественно новое и отличающееся неповторимостью, оригинальностью и уникальностью[4].

Современный российский исследователь Кашанин А.В. полагает, что авторское право предназначено для охраны уникальных объектов, независимое повторение которых невозможно[5].

Таким образом, представляется, что творческая деятельность относится к целенаправленной психической деятельности человека, создающей качественно новый объект, имеющий оригинальную и уникальную форму, призванную отразить идею, суть, духовное содержание этого объекта.

Отсутствие творческих критериев оригинальности, уникальности, новизны, неповторимости в их совокупности может свидетельствовать о том, что предмет (рисунок, эскиз упаковки, игрушка) не является результатом творческой деятельности человека.

По указанным основаниям Верховным Судом Республики Беларусь было отказано в иске индивидуальному предпринимателю М. к производителю молочной продукции предприятию «С.» о взыскании компенсации в связи с нарушением авторского права при использовании эскиза (дизайна) упаковки для молока. В ходе судебного разбирательства по данному делу было установлено, что между сторонами был заключен договор, по которому ответчик – предприятие «С.» поручил, а истец – индивидуальный предприниматель М. принял на себя обязательства об оказании услуг по разработке эскизов упаковки для товаров ответчика. По условиям договора ответчик обязался предоставить техническое задание и оплатить выполненную работу, истец – обеспечить надлежащий художественный и технический уровень исполнения работ. Договор также предусматривал, что все права на выполненные работы по факту оплаты переходят ответчику. Свои требования индивидуальный предприниматель М. обосновал тем, что эскиз (дизайн) упаковки для молока, а также элемент дизайна – графическое изображение деревенского пейзажа, являются произведениями изобразительного искусства, созданными в результате творческой деятельности работника истца, выполнявшего служебное задание. Имущественные авторские права на данные произведения искусства, как объекты авторского права, принадлежащие истцу,

---

[3] Иоффе, О.С. Советское гражданское право: В 3 т. Т.3. – Л. 1965. – С.5.
[4] Гаврилов,Э.П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. М., 1984. – С.83.
[5] Вестник гражданского права, 2007г., № 2.

не были переданы ответчику путем заключения дополнительного авторского договора, в связи с чем, предприятие «С.» допустило нарушение авторского права истца, осуществляя бездоговорное использование объектов авторского права.

Суд не согласился с данными доводами, исходя из следующего. Осмотром вещественных доказательств по делу было установлено, что графическими элементами оформления упаковки молока являются логотип ответчика, название продукта, рисунок деревенского пейзажа, тексты и знаки нормативно-технического и рекламного характера. Упаковка для молока оформлена с применением синего, белого и красного цветов. В верхней части упаковки использован белый цвет, на котором изображен логотип предприятия, название продукта и процент его жирности; в нижней части упаковки использован в качестве фона синий цвет, на котором расположен текст и графическое изображение деревенского пейзажа.

В ходе судебного разбирательства дела была проведена судебная комиссионная искусствоведческая экспертиза, из заключения которой следовало, что разработка эскиза упаковки не включала сознательных и целенаправленных актов творческой деятельности автора, поскольку в эскизе упаковки отсутствовали художественные качества образного обобщения. Пейзажный мотив на исследуемой упаковке относился к нормативно-ремесленной области рисунка. Эскиз упаковки для молока в целом, а также графическое изображение деревенского пейзажа на нем, не задумывались и не возникли как произведения искусства. Непохожесть на другие упаковки явилось частью производственной задачи, а не созданием художественной новации. В целом, эскиз упаковки не содержал сугубо авторского, индивидуального и профессионального, целостного решения, а являлся более или менее удачной интерпретацией уже существовавших мотивов и приемов.

Заключение экспертов о техническом характере выполненной работы по разработке эскиза (дизайна) упаковки и отсутствии признаков творческой деятельности было подтверждено и другими доказательствами по делу.

В результате анализа представленных по делу доказательств суд пришел к выводу о том, что эскиз упаковки в целом, а также графическое изображение деревенского пейзажа на нем, не являются объектами авторского права, так как не относятся к произведениям искусства, созданным в результате творческой деятельности, а поэтому отказал в иске.

К аналогичным выводам пришел суд при рассмотрении иска Ю. к обществу с ограниченной ответственностью «М.» о взыскании компенсации в связи с нарушением авторского права при изготовлении и поставке предметов для дизайнерского оформления интерьера помещения. В обоснование своих требований истица Ю. указывала, что выполненные ею карандашом эскизы предметов для оформления интерьера помещения, которые являются произведениями графического изобразительного искусства, были использованы ответчиком для изготовления предметов интерьера без заключения с ней авторского договора.

Из полученного в ходе судебного разбирательства дела экспертного заключения следовало, что эскизы (карандашные наброски) истицы Ю. не являются произведениями изобразительного искусства, а представляют собой вид заданного, нормативно-ремесленного рисования, необходимого на рабочих стадиях реализации будущего объекта. В эскизах отсутствуют творческая новизна, творческая оригинальность, творческая уникальность и творческая неповторимость.

Эксперты в своем заключении также указали, что понятие «искусство» представляет собой многомерное смысловое образование. Это понятие открыто для включения новых смысловых элементов, которые порождает непрерывно длящийся и трансформирующийся опыт человечества. Рождение дизайна, инновационные тенденции культуры XX века естественным образом привели к новым интонациям в определении искусства, обогащая его, но, не изменяя смысла. На фоне развития изобразительного творчества и функционирования искусства рисунка существует и не менее активно развивается другая его ветвь – нормативно-ремесленная, обслуживающая нормативно-технические потребности в использовании рисунка в различных видах деятельности человека. Именно к последнему виду рисунка и относились эскизы истицы Ю.

Соглашаясь с мнением экспертов, суд указал в решении на ошибочность суждений о том, что критериями отнесения рисунков к произведениям графического изобразительного искусства являются выполнение их в графической технике профессиональным художником, либо выполнение рисунков рукой художника в результате интеллектуальной деятельности. Техника выполнения эскизов, то есть способ выражения, равно как заимствование либо нет идеи, воплощенной в произведении, то есть его содержание, не являются, в силу закона, определяющими факторами квалификации рисунков как произведений изобразительного искусства, которые создаются только в результате творческой деятельности физического лица.

Еще одним примером из судебной практики является гражданское дело, рассмотренное Верховным Судом Республики Беларусь по иску общества «В.» к индивидуальному предпринимателю Д. о прекращении деятельности по производству и реализации детской игрушки в виде зайца, и взыскании компенсации. Требования общества «В.» были мотивированы тем, что игрушка, которую производит истец, является предметом декоративно-прикладного искусства. Воспроизводя и распространяя такую же игрушку, ответчик нарушает авторское право истца.

Возражая против иска, ответчик указывал, что игрушка не обладает признаками творческой новизны и оригинальности, является банальной по форме и исполнению.

Для проверки доводов ответчика судом назначалась искусствоведческая экспертиза, согласно заключению которой игрушка в виде зайца производства общества «В.» не является самостоятельным оригинальным произведением, поскольку не обладает признаками результата творческой деятельности.

Игрушка создана с использованием стандартных декоративных приёмов и традиционных методов стилизации, характерных для игрушечной промышленности, новые черты при создании произведения автором привнесены не были. Подобные декоративные методы и приёмы стилизации игрушек использовались их производителями практически с начала изготовления игрушек промышленным способом, а также использовались при создании иллюстраций, рисунков и мультипликационных персонажей ввиду чего, игрушка в виде зайца не является оригинальным творческим результатом и не обладает объективной новизной.

Оценивая экспертное заключение в совокупности с другими доказательствами по делу, суд пришел к выводу о том, что произведение, о защите прав на которое просил истец, не является объектом авторского права, поскольку не относится к самостоятельным произведениям декоративно-прикладного искусства, которые являются результатом творческой деятельности, а поэтому также отказал в иске.

Приведенные примеры судебной практики Верховного Суда Республики Беларусь подтверждают вывод о том, что законодательство об авторском праве охраняет и защищает права авторов (правообладателей) многообразных и многочисленных произведений науки, литературы либо искусства. Однако нормы указанного законодательства не распространяются на права создателей предметов, хотя и имеющих объективную форму выражения, но произведенных в результате нетворческой деятельности человека.

ПЕРЕВОД И АВТОРСКОЕ ПРАВО

Г.И. Глуховская
судья Верховного Суда
Республики Беларусь

В соответствии с п. 2 ст. 7 Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» (далее – Закон) перевод относится к производным произведениям, т.е. к произведениям, которые создаются в результате переработки другого произведения.

Перевод – это передача произведения на языке, отличном от языка оригинала. Перевод должен быть достоверным и неискажающим ни содержание, ни стиль оригинального произведения.

При этом на перевод распространяются требования, предъявляемые к произведению: оно должно быть создано творческим трудом и существовать в объективной форме. Если труд переводчика не является творческим и сводится лишь к дословному переводу без надлежащей научной и литературной обработки, такой перевод объектом авторского права не признается. Такой перевод называют «подстрочным», правовой режим его вызывает споры среди ученых. По мнению некоторых из них, закон не делает разницы между литературными и подстрочными переводами, признавая объектами авторского

права и те, и другие. Однако данная точка зрения была отвергнута большинством ученых, которые считают, что простая подстановка эквивалентных слов под текст оригинала требует не творчества, а лишь знания соответствующих языков, такой перевод близок не к творческой, а механической работе. Такую же задачу выполняет, так называемый «машинный» перевод, который делают современные электронные лингвистические системы. Кроме того, противники признания подстрочного перевода объектом авторского права указывают, что подстрочный перевод, как правило, служит лишь промежуточной формой создания литературного перевода и поэтому как бы «растворяется» в последнем.

Таким образом, из вышеизложенного следует, что объектом авторского права является лишь творчески обработанный литературный перевод.

Вместе с тем, в некоторых случаях, несмотря на наличие творческого вклада переводчика, авторские права последнего на созданное им произведение не охраняются в силу прямого указания закона. Согласно ст. 8 Закона не являются объектами авторского права официальные документы (законы, судебные решения, иные тексты законодательного, административного и судебного характера), а также их официальные переводы.

По одному из дел судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации, рассмотрев требования автора перевода ведомственной инструкции о выплате ему вознаграждения за переиздание, указала, что «на перевод официальных материалов (законов, ведомственных инструкций, судебных решений и т.п.), который также имеет официальный характер, авторское право не распространяется, и труд переводчика в этом случае оплачивается не по нормам авторского права, а по трудовому соглашению.

Как отмечает Л.Г. Максимова, «перевод, выполненный по заказу издательства, не рассматривается в качестве официального. Переводчику и издательству не нужно получать разрешение на перевод официального документа с целью его опубликования. Перевод может стать официальным документом в том случае, если будет утвержден официальным органом. Автор перевела Коран на русский язык. Этот перевод используется третьими лицами (переиздается) без разрешения переводчицы. Является ли такое использование нарушением прав переводчицы? Для ответа на этот вопрос следует прежде всего уточнить, утвержден ли данный перевод компетентными органами в качестве официального, действующего на территории России. В противном случае любое его использование должно осуществляться с разрешения переводчицы».

Авторское право на производные произведения возникает вне зависимости от того, являются ли используемые в них объекты охраняемыми или нет, поскольку в соответствии с п. 2 ст. 7 Закона производные произведения охраняются авторским правом независимо от того, являются ли объектом авторского права произведения, на которых они основаны или которые они включают (например, если автор осуществляет перевод нормативного акта, то этот перевод может быть произведением).

Это положение обеспечивает правовую охрану производным произведениям даже в случае, если используемые объекты не охраняются авторским правом.

Согласно ст. 16 Закона право на перевод является одним из имущественных прав автора.

Поэтому переводчик может осуществлять право на перевод только при наличии согласия автора произведения или лица, которому автор передал это право или оно перешло по наследству.

В соответствии со ст. 12 Закона переводчик приобретает авторское право на перевод при условии соблюдения им прав автора произведения, которое было переведено.

Положения указанной статьи в литературе трактуется следующим образом: никому не запрещается осуществлять переводы любых произведений, однако дальнейшее использование этих произведений может быть осуществлено только с согласия автора произведения.

Переводчик, осуществивший перевод произведения без согласия автора может его использовать только в тех пределах свободного использования, которые предусмотрены ст. 19 Закона. При использовании перевода, например, издания, распространения, исполнения и т.д., эти действия не будут считаться нарушениями авторских прав только при условии заключения соответствующего договора с автором произведения.

Переводчик, использовавший произведение без разрешения автора, признается нарушителем авторского права, что влечет ответственность, предусмотренную законодательством Республики Беларусь.

Исключительное право на перевод действует в течение всей жизни автора и 50 лет после его смерти. Это означает, что по истечении данного срока осуществить перевод и использовать его может любое лицо без каких-либо разрешений со стороны правообладателей.

Как отмечается в публикациях, следует делать различие между переработкой любого оригинального произведения и обнародованием этого переработанного произведения. Закон не может запретить переработку любого оригинального произведения любым лицом, если это было сделано для личных целей. Любые требования закона, которые запрещали бы переработку любых произведений для личных целей, изначально кажутся невыполнимыми, поскольку невозможно даже проверить выполнимость таких требований. Именно поэтому законодательство большинства стран либо не упоминает, либо разрешает переработку оригинальных произведений для личных целей. Другими словами, допускается (поскольку это невозможно запретить) переработка любых произведений для личных целей без разрешения правообладателя оригинального произведения. Следует также отметить, что переработка произведений для личных целей никак не нарушает прав и материальных интересов правообладателей оригинальных произведений и в этом заключается еще одна причина, как отмечают специалисты, «молчаливого согласия законодательства на переработку произведений для личных целей».

Однако ситуация изменяется, если переработанное произведение обнародуется. Здесь Закон становится на защиту материальных интересов правообладателя оригинального произведения.

Как уже отмечалось выше, перевод на другой язык – это форма использования произведения и исключительное право на перевод закрепляется за авторами или правопреемниками. В субъективное право на перевод входит возможность автора самому переводить и использовать перевод своего произведения, а также право давать разрешение на перевод и использование его другими лицами. На практике авторы довольно редко переводят свои произведения сами, поскольку эта работа требует особых знаний и навыков. Поэтому фактически право на перевод сводится к праву давать согласие на использование перевода. Запретить перевод произведения в целях личного использования автор не может ни фактически, ни юридически.

Свое согласие на перевод автор обычно выражает путем заключения договора с той организацией, которая намерена использовать его произведение в переводе. Данная организация принимает на себя обязанность обеспечить качественный перевод произведения, а также по просьбе автора предоставить ему перевод для ознакомления. Подбор переводчика, с которым будущий пользователь произведения заключает отдельный договор, организация, как правило, оставляет за собой, хотя договор может предусматривать необходимость согласования кандидатуры переводчика с автором произведения. Если, по мнению автора, перевод выполнен некачественно или допущены какие-либо отступления от условий договора, нарушена целостность произведения, он может запретить использование такого перевода.

Авторское право переводчика, в соответствии с п. 2 ст. 12 Закона, не препятствует иным лицам осуществлять свои переводы тех же произведений, т.е. закон устанавливает право любого числа лиц перерабатывать одно и то же оригинальное произведение при том же обязательном условии – получении разрешения на обнародование производного произведения от правообладателя оригинального произведения.

ИНТЕРВЬЮ КАК ОБЪЕКТ АВТОРСКОГО ПРАВА

В.Г. Ковшун
судья Верховного Суда
Республики Беларусь

В силу ст. 992 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) авторское право распространяется как на обнародованные, так и необнародованные произведения науки, литературы и искусства, существующие в какой-либо объективной форме и в обязательном порядке являющиеся результатом творческой деятельности, независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения. При этом авторское право не распространяется на собственно идеи, методы, процессы,

системы, способы, концепции, принципы, открытия, факты, информацию как таковую и не связано с правом собственности на материальный объект, в котором произведение выражено.

Охране подлежит широкий круг произведений. Приведенный в ст. 993 ГК и ст. 7 Закона Республики Беларусь «Об авторском праве и смежных правах» (далее – Закон) перечень объектов авторского права не является исчерпывающим и носит примерный, ориентировочный характер.

Одним из видов литературных произведений является интервью и представляет собой предназначенную для печати (радио или телевидения) беседу интервьюера с каким-либо лицом, дающим интервью по вопросам, интересующим общество, либо статью, в которой изложен смысл этой беседы.

Значение интервью, по мнению В.Л. Черткова, состоит не в простом выяснении сведений, для получения которых имеются другие источники, а в живом общении с людьми, позволяющем узнать их мнения, оценки тех или иных событий, причины поступков. Кроме того, интервью должно отражать индивидуальные, неповторимые черты героев, их характеры, особенности поведения[1].

Необходимо отметить, что не всегда результаты беседы журналиста или комментатора с компетентным лицом образуют охраняемые законом литературные произведения. Интервью, как и любое другое произведение, защищено авторским правом лишь в том случае, если оно отвечает всем признакам объекта авторского права: выражено в объективной форме (письменная, устная, электронная, звуко - и видеозапись или иная) и является результатом творческой деятельности одного или каждого из участников интервью.

Как указывает А.П. Сергеев, с которым нельзя не согласиться, интервью становится охраняемым законом произведением, если оно приобретает оригинальную форму благодаря тщательно продуманной композиции и своему индивидуальному стилю[2].

Действующее в Республике Беларусь законодательство не содержит специальных норм, имеющих касательство к интервью. Отношения, связанные с созданием и использованием интервью как объекта авторского права, регулируются общими нормами авторского и гражданского права.

Согласно содержащемуся в Законе определению, авторами произведений признаются физические лица, творческим трудом которых создано произведение (ст. 4 Закона). Пол, возраст, гражданство и состояние дееспособности автора при этом значения не имеют. Поэтому при разрешении вопроса об авторстве на интервью, прежде всего, следует исходить из характера вложенного труда в создание литературного произведения, доли участия в этом каждого из участников интервью.

Как правило, инициатива в создании интервью принадлежит интервьюеру. Он определяет тему беседы, формулирует вопросы,

---

[1] Чертков, В.Л. Авторское право в периодической печати. М., Юридическая литература, 1989. – С. 19.

[2] Сергеев, А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2003. – С. 130.

последовательностью их постановки задаёт тон всему повествованию. Нередко при обсуждении спорных вопросов не только спрашивает, но и что-то утверждает, высказывает иную точку зрения, направляя собеседника на развитие определённой мысли или её оспаривание. При подготовке материала к печати журналисту также приходится отбирать наиболее интересующую общество информацию, полученную от собеседника, придавать ответам литературную форму. Лицу же, дающему интервью, принадлежат ответы на поставленные вопросы, которые по своей форме и содержанию могут носить оригинальный характер. Интервьюируемый совместно с журналистом может принять участие в работе над интервью, при помощи композиции и индивидуального стиля придать мыслям оригинальную форму. Во всех этих случаях интервьюер и интервьюируемый по взаимному соглашению вносят свой творческий вклад в создание особого вида произведения – интервью – и каждый из них вправе претендовать на соавторство.

Иначе решается вопрос об авторстве на интервью, если журналист или лицо, дающее интервью, ограничатся: первый – стандартным набором вопросов, а равно и простым механическим воспроизведением ответов; второй – банальными, либо чисто информационными ответами. Как указывалось выше, авторское право охраняет лишь результаты творческой деятельности, выраженные в объективной форме. Поэтому, если лицо не проявляет творчества в создании произведения, его возможные претензии о признании за ним авторства на интервью будут лишены оснований.

Интервьюируемый, не претендующий на авторство произведения, вправе лишь требовать, чтобы его ответы не были искажены при опубликовании, и может рассчитывать на единовременное вознаграждение, если этим было обусловлено его согласие на интервью.

Не даёт также оснований для признания соавторства на произведение оказание автору или соавторам технической помощи (подбор материалов, выполнение организационных работ и т.п.).

Если журналист излагает факты, о которых ему стало известно от интервьюируемого, своими словами и от своего имени, то в этом случае автором произведения следует признать журналиста.

Необходимо подчеркнуть, что авторское право на интервью как литературное произведение возникает в силу факта его создания и не требует соблюдения каких-либо формальностей, то есть регистрации или иного специального оформления произведения.

Соавторство на интервью принято оформлять подписью журналиста и визой интервьюируемого.

Авторское право на произведение, созданное совместным творческим трудом двух либо более лиц (соавторство), принадлежит соавторам совместно независимо от того, образует ли такое произведение одно неразрывное целое, или состоит из частей, каждая из которых имеет самостоятельное значение (ст. 10 Закона). Поэтому право на использование

интервью как литературного произведения в целом принадлежит соавторам совместно. Его использование предполагается возмездным, на основании авторского договора, заключенного в письменной форме.

Взаимоотношения соавторов могут определяться соглашением между ними. Если соавторы не могут достичь согласия в вопросе об использовании коллективного произведения, спор подлежит разрешению в суде.

Следует также иметь в виду, что в случае если интервью было взято журналистом в порядке выполнения им служебных обязанностей или служебного задания, то право распоряжаться созданным журналистом произведением принадлежит нанимателю, если договором между ним и автором не предусмотрено иное.

КОНТРАКТНАЯ ФОРМА НАЙМА РАБОТНИКОВ

А.М. Соколовская
судья Верховного Суда
Республики Беларусь

Контрактная форма найма работников получила широкое применение. Вместе с тем, отдельные наниматели допускают как незаконный перевод работников на контракт, так и увольнение без законных оснований.

Нормативными правовыми актами, регулирующими применение контрактной формы найма, в настоящее время являются:

- Трудовой кодекс Республики Беларусь;
- Декрет Президента Республики Беларусь от 26 июля 1999 г. № 29 «О дополнительных мерах по совершенствованию трудовых отношений, укреплению трудовой и исполнительской дисциплины» (с изменениями и дополнениями);
- Указ Президента Республики Беларусь от 12 апреля 2000 г. № 180 «О порядке применения Декрета Президента Республики Беларусь от 26 июля 1999 г. № 29» (с изменениями и дополнениями);
- Положение о порядке и условиях заключения контрактов нанимателей с работниками, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 25 сентября 1999 г. № 1476 (с изменениями и дополнениями) (далее – Положение от 25 сентября 1999 г.);
- Примерная форма контракта нанимателя с работником, утвержденная постановлением Совета Министров Республики Беларусь 2 августа 1999 г. № 1180 (в редакции постановления Совета Министров Республики Беларусь от 1 июня 2000 г. № 787 (с изменениями и дополнениями);
- Положение о порядке заключения контрактов с руководителями сельскохозяйственных предприятий негосударственной формы собственности, утвержденное постановлением Кабинета Министров Республики Беларусь от

12 апреля 1995 г. № 199 (в редакции постановления Совета Министров Республики Беларусь от 6 декабря 1999 г. № 1901 (с изменениями и дополнениями));

- Положение о порядке и условиях заключения контрактов с государственными служащими, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 7 октября 2003 г. № 1271 (с изменениями и дополнениями);

- Положение о порядке и условиях заключения контрактов с руководителями государственных организаций, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 15 мая 2007 г. № 604 (с изменениями и дополнениями);

- Положение о порядке и условиях заключения контрактов с научными работниками, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 16 июня 1997 г. № 718 (в редакции постановления Совета Министров Республики Беларусь от 1 декабря 1999 г. № 1875 (с изменениями и дополнениями));

- разъяснения, содержащиеся в постановлении Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 26 июня 2008 г. «О практике рассмотрения судами трудовых споров, связанных с контрактной формой найма работников»;

- другие нормативные правовые акты.

Рассмотрение судами споров о контрактной форме найма.

Дела по искам работников о понуждении нанимателей к заключению контрактов, признании условий контракта недействительными.

В соответствии с ч. 2 ст. 17 ТК, п.п. 2,3 Положения о порядке и условиях заключения контрактов нанимателей с работниками, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 25 сентября 1999 г. № 1476 (с изменениями и дополнениями), контракт является трудовым договором, заключаемым в письменной форме на определенный в нем срок, содержащим особенности по сравнению с общими нормами законодательства о труде и предусматривающим конкретную минимальную компенсацию за ухудшение правового положения работника.

Контракт может заключаться: при приеме работника на работу; с работником, трудовой договор с которым был заключен на неопределенный срок.

Таким образом, действующее законодательство о труде, предусматривает заключение контракта как при приеме на работу, так и при переводе работника с неопределенного срока на контракт. При этом инициатива в заключении контракта с работником должна исходить со стороны нанимателя, а не работника.

Вместе с тем, результаты обобщения практики рассмотрения дел о контрактной форме найма работников показали, что имеют место случаи обращения в суд граждан с исками о понуждении нанимателя к заключению

контракта. Основанием для предъявления таких исков является отказ нанимателя в заключении трудового договора и понуждение заключить контракт.

В частности, истцы нередко ссылаются на то, что, являясь инвалидом 2-й группы с детства, в силу положений ст. 283 ТК имеют право на трудоустройство на предприятии, наниматель в нарушение требований ст. 16 ТК не известил их в трехдневный срок о мотивах отказа в заключении контракта.

Разрешая такие споры, суды обоснованно приходят к выводу о том, что ст. 16 ТК не содержит оснований, предусматривающих обязанность нанимателя подготовить письменный мотивированный отказ в заключении трудового договора с инвалидом; положения ст. 283 ТК, предусматривающей обязанности нанимателя по реализации инвалидами права на труд, в данном случае неприменимы.

Что касается требований о контрактной форме найма, то действующее законодательство не содержит норм, в силу которых при приеме на работу можно понудить нанимателя заключить контракт с работником на предложенных им условиях.

При рассмотрении дел данной категории суды должны выяснять соответствуют ли условия контракта и дополнительного соглашения к нему требованиям законодательства о труде, какие причины явились основанием для расторжения с истом трудового договора и по каким основаниям, если таковые имелись, должен быть уволен истец.

Положение о порядке и условиях заключения контрактов нанимателей с работниками, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 25 сентября 1999 г. № 1476 (с изменениями и дополнениями), содержит перечень обязательных условий, на которых заключаются контракты с работниками. Другие условия, внесенные нанимателем в контракт, не должны ухудшать правовое положение работника и противоречить требованиям действующего законодательства о труде.

Вместе с тем, имеют место случаи, когда в контракте указывается на отстранение работника от работы по основанию, не предусмотренному ст. 49 ТК (например, в связи с предстоящим расторжением контракта по причине нарушения работником обязательств о «недопустимости действий в обход обязательств, о неразглашении сведений и сотрудничестве»).

Указанная формулировка причины увольнения не соответствует требованиям действующего законодательства о труде, отстранение от работы и расторжение контракта с работником не допустимо.

При рассмотрении иска работника – члена профсоюза об оспаривании условий представленного нанимателем проекта контракта либо заключенного контракта, суд в силу п. 3-1 упомянутого выше Положения о порядке и условиях заключения контрактов нанимателей с работниками выясняет, обсуждался ли контракт с участием представителя соответствующего профсоюза.

В то же время действующим законодательством не предусмотрены нормы о правовых последствиях относительно продолжения либо прекращения трудового договора работника в случае несогласия профсоюза с содержанием предложенного работнику проекта контракта (например, в части дополнительных мер стимулирования труда, продолжительности срока действия контракта) или непринятия представителями профсоюзной организации участия в обсуждении контракта.

По этой причине суды при рассмотрении споров работников обоснованно ограничиваются проверкой соответствия содержания контракта действующему законодательству, соблюдения нанимателем других условий заключенного контракта.

Изучение гражданских дел показало, что некоторые истцы, оспаривая свое увольнение в связи с истечением срока действия контракта, ссылались на недействительность контракта и его условий в связи с изменением в период его действия существенных условий труда.

Такие доводы истцов подлежат проверке в суде, однако при этом следует иметь в виду, что ст. 242 ТК предусмотрен трехмесячный срок давности для обращения за защитой нарушенного права работника, исчисление которого начинается с того момента, когда он узнал или должен был узнать о нарушении своего права, связанного с изменением существенных условий труда (с момента подписания контракта, дополнительного соглашения к нему, получения определенной заработной платы и др.).

Дела по искам работников, связанным с отказом нанимателей в продлении срока контракта; прекращении контракта в связи с истечением срока действия (п. 2 ст. 35 ТК).

Согласно п. 2 ст. 35 ТК основанием прекращения трудового договора является истечение срока трудового договора (п.п. 2 и 3 ст. 17), кроме случаев, когда трудовые отношения фактически продолжаются, и ни одна из сторон не потребовала их прекращения.

Рассматривая споры по делам о восстановлении на работе лиц, уволенных в связи с истечением срока действия контракта, суды проверяют соблюдение требований, содержащих в Указах Президента Республики Беларусь от 23 августа 2005 г. № 392 и № 369 от 2 июня 2006 г., которыми предусмотрены гарантии для некоторых работников (лиц предпенсионного возраста, женщин, находящихся в отпуске по беременности и родам; женщин, имеющих детей в возрасте до 5 лет и др.); относительно продолжения трудовых отношений.

Дополнительные гарантии для продолжения работниками трудовых отношений на контрактной основе могут быть предусмотрены генеральными, тарифными, местными соглашениями и коллективными договорами.

При этом суд при рассмотрении конкретного спора должен выяснять, применимы ли положения локальных актов в части льгот и гарантий, предусмотренных для продления действия контракта либо заключения нового контракта.

В силу п. 1-1 Указа Президента Республики Беларусь от 23 августа 2005 г. № 392 каждая из сторон, заключивших контракт, не позднее, чем за две недели до истечения срока его действия письменно предупреждает другую сторону о решении продолжить или прекратить трудовые отношения.

В случаях установления нарушений законодательства о труде со стороны нанимателя и увольнения работника в связи с истечением срока действия контракта суды обоснованно удовлетворяли требования работников о восстановлении на работе.

В практике рассмотрения дел данной категории имеют место случаи, когда коллективные договоры (соглашения) содержат условия о необходимости предварительного согласования с профсоюзным комитетом решения нанимателя о возможности прекращения контракта с работниками.

Вместе с тем, следует заметить, что указание в локальных актах предприятий условий получения предварительного согласия (предварительного уведомления) профсоюзного комитета о предстоящем прекращении с работниками контрактов в связи с истечением срока и не получение такого согласия нельзя рассматривать как нарушение порядка увольнения работника.

Увольнение по п. 2 ст. 35 ТК не отнесено законодателем к расторжению трудового договора по инициативе нанимателя, поэтому гарантии, предусмотренные ст. 46 ТК, локальными актами предприятий, связанные с получением предварительного согласия (уведомления) профсоюза на увольнение работника по указанному основанию не применимы и не препятствуют нанимателю прекратить действие контракта.

Обосновывая свои требования о восстановлении на работе, некоторые истцы ссылаются на ущемление прав, предоставленных одиноким матерям, а также гарантии, предусмотренные положениями Указов Президента Республики Беларусь от 23 августа 2005 г. № 392 и от 2 июня 2006 г. № 369 относительно контрактной формы найма женщин, имеющих несовершеннолетних детей.

Согласно разъяснениям, содержащимся в п. 22 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 29 марта 2001 г. «О некоторых вопросах применения судами законодательства о труде», к одиноким матерям, на которых распространяются гарантии, предусмотренные ст. 268 ТК, следует относить женщин, не состоящих в браке и имеющих детей, в актовой записи о рождении которых запись об отце произведена в установленном порядке по указанию матери, а также вдов (вдовцов), не вступивших в новый брак, воспитывающих несовершеннолетних детей.

Выводы суда о том, что при прекращении контракта по п. 2 ст. 35 ТК не применимы положения ст. 268 ТК и увольнение по данному основанию законодателем не отнесено к категории споров о расторжении трудового договора по инициативе нанимателя, являются правильными.

Что касается положений приведенных выше Указов Президента Республики Беларусь №№ 392 и 369, то они предусматривают обязанность нанимателя продлить (заключить новый) контракт на срок не менее чем до

достижения ребенком возраста пяти лет с согласия матери (отца ребенка вместо матери, опекуна), приступившей к работе до или после окончания отпуска по уходу за ребенком, до достижения им возраста трех лет.

Прекращение контракта в связи с истечением срока производится в последний день работы, совпадающий с днем истечения срока контракта. При исчислении срока контракта следует руководствоваться ч. 1 ст. 38 ТК о течении сроков.

В случае пропуска нанимателем срока действия контракта суды признавали увольнение работника незаконным.

Оспаривая свое увольнение по п. 2 ст. 35 ТК, некоторые истцы ссылались на то, что на момент истечения срока действия контракта они находились либо в отпуске, либо являлись временно нетрудоспособными.

Суды обоснованно признавали законным увольнение в период отпуска либо в период временной нетрудоспособности работника, поскольку гарантии, установленные ТК, распространяются на работников лишь при расторжении трудового договора по инициативе нанимателя (ст. 43 ТК), а прекращение контракта в связи с истечением срока таковым не является.

Следует отметить, что действующее законодательство не содержит обязанности нанимателя сообщать работнику мотивы прекращения с ним контракта по п. 2 ст. 35 ТК.

Согласно п. 1.1. Указа Президента от 23 августа 2005 г. № 392, разъяснениям, содержащимся в п. 12 названного постановления Пленума Верховного Суда, стороны, заключившие контракт, не позднее, чем за две недели до истечения срока его действия, если больший срок не предусмотрен контрактом или другими локальными нормативными правовыми актами, письменно предупреждают о своих намерениях в части его продления или прекращения трудовых отношений. Несоблюдение данного условия может признаваться судом как нарушение установленного порядка увольнения с работы, которое не влечет восстановления на работе, но может являться основанием для вынесения судом решения о возмещении морального вреда (ст. 246 ТК), если такое требование заявлено.

Продление контракта в пределах максимального срока его действия (п. 2 ст. 17 ТК) осуществляется по соглашению сторон на срок не менее одного года. На меньший срок контракт продлевается с письменного согласия работника, если иное не установлено Президентом Республики Беларусь (п. I^1 Указа Президента Республики Беларусь от 12 апреля 2000 г. № 180 (с изменениями и дополнениями).

По истечении максимального срока действия контракта, а также в случае перевода работника с его согласия на другую работу по договоренности сторон заключается новый контракт на срок не менее одного года.

Поэтому при рассмотрении трудовых споров суды проверяют соблюдение нанимателями положений Указа Президента № 392, условий контрактов или иных локальных актов, предусматривающих иной (больший) срок письменного предупреждения сторон, заключивших контракт, о намерениях в части продолжения либо прекращения трудовых отношений.

Проверяя доводы истцов (лиц, достигших предпенсионного возраста) о незаконности отказа нанимателя продлить контракт и увольнении по п. 2 ст. 35 ТК, суды обоснованно проверяют доводы нанимателей о фактах нарушения трудовой и исполнительской дисциплины, допущенных указанными работниками.

Дела по искам работников, уволенных по п. 5 ст. 35 ТК (отказ от продолжения работы в связи с изменением существенных условий труда).

В соответствии с ч. 1 ст. 32 ТК нанимателю предоставлено право изменять существенные условия труда работника только в связи с обоснованными производственными, организационными или экономическими причинами.

Одной из причин увольнения по п. 5 ст. 35 ТК является отказ работника от перевода на контракт.

При переводе на контракт работника, работающего по трудовому договору, заключенному на неопределенный срок, наниматель обязан соблюсти в соответствии со ст. 32 ТК определенные правовые процедуры, в частности, привести обоснование конкретной производственной, организационной или экономической причины изменения существенных условий труда; продолжить работу работника по той же специальности, квалификации или должности, определенных в трудовом договоре; письменно предупредить работника об изменении существенных условий труда и заключении контракта не позднее, чем за один месяц.

В связи с этим, Пленум Верховного Суда Республики Беларусь (п. 20 постановления № 2 от 29 марта 2001 г.) разъяснил, что к такими причинам, в частности, относятся: рационализация рабочих мест, изменение техники и технологии производства, введение новых форм организации труда, совершенствование рабочих мест на основе аттестации и др. При отсутствии доказательств, подтверждающих обоснованные производственные, организационные или экономические причины, увольнение по п. 5 ст. 35 ТК является незаконным.

Суды признавали законным перевод работника на контрактную форму найма, если порядок и условия перевода были нанимателем соблюдены.

Отдельные истцы оспаривали свое увольнение по п. 5 ст. 35 ТК, указывая на имевшиеся у нанимателя другие основания для расторжения трудового договора по инициативе нанимателя (ст. 42 ТК), что требовало соблюдения ряда гарантий при высвобождении работника от занимаемой должности (ст.ст. 43,45,46,268).

Что касается случаев, когда наниматель одновременно с решением вопроса о продлении контракта предлагает работнику изменить условия труда, которые относятся к существенным (например, в части оплаты труда, размера дополнительных мер стимулирования труда, режима работы), срок письменного предупреждения об этом работника должен быть не менее одного месяца.

Отсутствие согласия работника на продление трудовых отношений на предложенных условиях является основанием для прекращения действующего контракта по п. 2 ст. 35 ТК п. 13 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь № 4 от 26 июня 2008 г.).

Дела по искам работников, уволенных по соглашению сторон (ст. 37 ТК).

При рассмотрении данной категории споров суды проверяют доводы сторон о достигнутом соглашении на прекращение трудового договора по указанному основанию и в определенный сторонами срок. Только взаимное согласие сторон являлось основанием для аннулирования договоренности о прекращении трудовых отношений.

Выводы в решении суда о том, что не имеют значения мотивы, по которым работником подано заявление об увольнении по соглашению сторон, его намерениях отозвать данное заявление, а также доводы нанимателя о необходимости предупредить его в определенный срок о предстоящем увольнении, являются правильными.

Согласно разъяснениям, содержащимся в п. 17 постановления Пленума Верховного суда № 4 от 26 июня 2008 г., при рассмотрении споров работников о прекращении контракта по соглашению сторон (ст. 37 ТК) подлежат проверке доводы работника и нанимателя о достигнутом соглашении на прекращение трудового договора в определенный ими срок. Аннулирование такой договоренности может иметь место лишь при взаимном согласии нанимателя и работника. При этом для правильного разрешения судами споров о законности прекращения контракта не имеют значения мотивы, по которым работником подано заявление об увольнении по соглашению сторон.

Если при рассмотрении спора будет установлено, что наниматель, несмотря на достигнутое соглашение о прекращении контракта с даты, указанной работником в заявлении, не издал приказ об увольнении, а работник прекратил работу, то односторонний отказ нанимателя от достигнутого сторонами соглашения о прекращении контракта следует признавать неправомерным.

Следует заметить, что в судебной практике имеют случаи применения пп. 1.25 п. 1 Указа Президента Республики Беларусь от 12 ноября 2003 г. № 508 «О некоторых вопросах экономической несостоятельности (банкротства)» относительно приостановления действующего контракта.

Согласно приведенной норме назначение лица временным (антикризисным) управляющим влечет освобождение его от выполнения обязанностей по основному месту работы (службы) на период исполнения обязанностей временного (антикризисного) управляющего без освобождения от занимаемой им должности по основному месту работы (службы). При этом за ним сохраняется средняя заработная плата по основному месту работы (службы) на весь период исполнения обязанностей временного (антикризисного) управляющего.

Лицо, назначенное временным (антикризисным) управляющим, в период исполнения этих обязанностей не может быть понижено по основному месту работы (службы) в должности, классе, классном чине, дипломатическом ранге, звании, а также уволено по инициативе нанимателя, за исключением случаев совершения преступления либо ликвидации органа (организации).

В силу п. 2 Положения о порядке оплаты труда временных (антикризисных) управляющих в производстве по делу об экономической несостоятельности (банкротстве), утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 12 мая 2004 г. № 553 государственный орган (организация), представивший (представившая) кандидатуру управляющего, после ее утверждения хозяйственным судом заключает с управляющим контракт, предусматривая в нем условия и порядок оплаты труда в соответствии с настоящим Положением. Действие контракта по основному месту работы лица, назначенного управляющим, приостанавливается на весь период исполнения обязанностей управляющего.

Дела по искам работников о понуждении нанимателей к расторжению контракта до истечения его срока по требованию работника (ст. 41 ТК).

Расторжение срочного трудового договора до истечения срока его действия по требованию работника возможно в случаях: болезни работника или инвалидности, препятствующих выполнению работы по трудовому договору; нарушение нанимателем законодательства о труде, коллективного или трудового договора; другим уважительным причинам.

Требования о досрочном расторжении контракта истцами заявляются, как правило, в связи с нарушением нанимателем условий контракта или коллективного договора (например, ввиду невыплаты или несвоевременной выплаты заработной платы, премиального вознаграждения и других выплат, несвоевременного предоставления отпуска, необеспечения безопасных условий труда).

Имеют место случаи, когда некоторые судьи, несмотря на подведомственность суду спора о досрочном расторжении контракта по ст. 41 ТК, оставляют без рассмотрения заявления истцов по мотивам несоблюдения досудебного порядка разрешения спора. Такие действия судей противоречат требованиям норм материального и процессуального права, поскольку оставление без рассмотрения таких исков по мотивам несоблюдения предварительного внесудебного порядка, исходя из требований п. 3 ч. 2 ст. 241 ТК, является незаконным, и препятствовало обращению истцов за судебной защитой.

Судебная практика показывает, что имеют место случаи, когда наниматель увольнял работника за виновные действия, а работник, в свою очередь, ссылался на подачу им заявления о досрочном расторжении контракта по ст. 41 ТК. В таких случаях некоторые суды необоснованно расценивали это как обстоятельство, не имеющее отношения к спору о восстановлении на работе.

В связи с этим Пленум Верховного Суда Республики Беларусь в упомянутом постановлении разъяснил, что при оценке уважительности причин расторжения контракта по требованию работника суд должен учитывать, что указанные истцом причины препятствовали ему выполнять работу по заключенному контракту. К таким причинам могут относиться, например, состояние здоровья, выход на пенсию, изменение места жительства, необходимость ухода за больными членами семьи. Доказательства об уважительности причин досрочного расторжения контракта предоставляются истцом.

Несоблюдение нанимателем обязанностей по организации труда работника может выражаться, в частности, в необеспечении здоровых и безопасных условий труда, невыплате или несвоевременной выплате заработной платы, непредоставлении гарантий и компенсаций в связи с вредными и (или) опасными условиями труда.

При рассмотрении споров работников о понуждении нанимателя к досрочному расторжению контракта судам истец представляет доказательства о нарушении нанимателем законодательства о труде, коллективного договора или условий контракта.

Предписания и иные акты специально уполномоченных государственных органов надзора и контроля за соблюдением законодательства о труде, профсоюза о допущенных нанимателем нарушениях подлежат всесторонней проверке и оценке наряду с другими доказательствами (п.п. 19,20 постановления).

Ошибочным является мнение о том, что в случае удовлетворения требований о досрочном расторжении контракта в пользу истца может быть взыскано только пособие в размере двухнедельного среднего заработка, несмотря на то, что истец заявлял требования о взыскании минимальной компенсации в размере трех среднемесячных заработных плат за ухудшение правового положения.

Контракт является разновидностью срочного трудового договора, а поэтому в случае его досрочного расторжения по требованию работника применяются не только положения ст. 41 ТК, но и другие акты законодательства, регулирующие отношения нанимателя и работника, осуществляющего трудовую деятельность по контракту.

В п. 2 постановления Совета Министров Республики Беларусь от 2 августа 1999 г. № 1180 «Об утверждении примерной формы контракта нанимателя с работником» (с последующими изменениями и дополнениями) установлена минимальная компенсация в размере трех среднемесячных заработных плат за ухудшение правового положения работника в случае досрочного расторжения контракта из-за невыполнения или ненадлежащего выполнения его условий по вине нанимателя.

Поэтому при досрочном расторжении контракта по требованию работника в связи с нарушением нанимателем законодательства о труде предусмотрена выплата минимальной компенсации в размере трех среднемесячных заработных плат за ухудшение правового положения работника.

Дела о расторжении контракта с руководителями организаций (ст. 259 ТК).

Дополнительные основания прекращения трудового договора с руководителями организаций предусмотрены ст.ст. 257, 259 ТК.

В соответствии со ст. 259 ТК трудовой договор может быть расторгнут до истечения срока его действия в случае отсутствия виновных действий (бездействия) руководителя организации. В таком случае собственник имущества организации или уполномоченный им орган выплачивает руководителю организации компенсацию за досрочное расторжение с ним трудового договора в размере, определенном трудовым договором.

По смыслу ст. 259 ТК расторжение трудового договора с руководителем организации на основании ст. 259 ТК может быть признано правомерным: 1) если со стороны руководителя не допущены какие-либо действии (бездействия), которые могут быть поставлены ему в вину; 2) если в контракте, заключенном с руководителем, предусмотрена возможность его досрочного расторжения по основаниям ст. 259 ТК и выплаты в связи с этим компенсации.

При отсутствии указанных условий в контракте суды признают увольнение руководителя по ст. 259 ТК незаконным.

Вопрос о выплате денежной компенсации увольняемому работнику в юридической литературе имеет разные толкования.

Правильными являются выводы в решении судов о том, что кроме компенсации за досрочное расторжение контракта по решению собственника имущества организации или уполномоченного им органа контракт руководителя организации должен содержать минимальную компенсацию за ухудшение правового положения в случае досрочного расторжения контракта из-за невыполнения или ненадлежащего выполнения его условий по вине соответствующего органа (организации), заключившего (заключившей) контракт.

Дела по искам работников, уволенных по дополнительным основаниям прекращения контракта, вытекающих из требований Декрета № 29, Директивы Президента Республики Беларусь от 11 марта 2004 г. № 1 «О мерах по укреплению общественной безопасности и дисциплины», Директивы Президента Республики Беларусь от 27 декабря 2006 г. № 2 «О мерах по дальнейшей дебюрократизации государственного аппарата» и других нормативных правовых актов.

Рассматривая споры указанной категории, суды обоснованно проверяют, содержит ли контракт работника дополнительные основания прекращения трудового договора, подтвержден ли факт нарушения работником трудовой и исполнительской дисциплины доказательствами, соблюдены ли нанимателем порядок и сроки применения дисциплинарного взыскания в виде увольнения, а

также другие обстоятельства, имеющие существенное значение для рассмотрения дела.

Как правило, в решении суда имеется ссылка на нормы материального права, предусмотренные ТК (п.п. 7, 8, 9 ст. 42 ТК), а если такая норма для прекращения контракта с работником в ТК отсутствовала, то указывается на соответствующий пункт заключенного с работником контракта (например, необеспечение надлежащей трудовой дисциплины подчиненных, сокрытие фактов нарушения ими трудовой и исполнительской дисциплины либо непривлечение без уважительных причин виновных лиц к установленной законодательством ответственности за такие нарушения; нарушение без уважительных причин порядка и сроков выплаты заработной платы, пенсий и (или) пособий; неоднократное нарушение установленного законодательством порядка рассмотрения обращений граждан, а также неправомерный отказ в рассмотрении относящихся к компетенции соответствующего государственного органа обращений граждан; незаконное привлечение к ответственности граждан и юридических лиц; неоднократное представление в уполномоченные органы неполных либо недостоверных сведений; непринятие необходимых мер для своевременного поступления выручки по экспортным контрактам или оплаченного товара по импортным и бартерным контрактам; непринятие без уважительных причин в срок, установленный законными предписаниями правоохранительных или контрольных органов, мер по устранению выявленных нарушений, а также по возмещению материального ущерба, причиненного государству в результате нарушения действующего законодательства; необеспечение либо нарушение установленного законодательством порядка и сроков оплаты за поставленные товары, выполненные работы, оказанные услуги, повлекшее отстранение его от работы на срок более одного месяца).

В частности, разрешая споры о восстановлении на работе лиц, уволенных за однократное грубое нарушение правил охраны труда, повлекшее смерть работника (п. 9 ст. 42 ТК), суды обоснованно исходили из того, что под грубым нарушением следует понимать явное нарушение требований правил охраны труда, в том числе: соответствующих инструкций, правил и других нормативно-правовых актов по охране труда, безопасной эксплуатации машин, оборудования и других средств производства, а также правил поведения на территории организации, в производственных, вспомогательных и бытовых помещениях (п. 1 ст. 232 ТК), которое находится в прямой причинной связи с наступившими последствиями - увечьем или смертью других работников (п. 40 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 29 марта 2001 г. «О некоторых вопросах применения судами законодательства о труде»).

Имеют место случаи, когда нанимателями по-разному применяются положения п. 7 ст. 42 ТК при увольнении работников, с которыми заключен контракт, за нарушения п. 2.10 Декрета Президента Республики Беларусь № 29, Директивы Президента Республики Беларусь от 11 марта 2004 г. № 1 «О мерах по укреплению общественной безопасности и дисциплины», условий

контракта, выразившихся в распитии спиртных напитков, употреблении наркотических или токсических средств в рабочее время или по месту работы.

В силу п. 2.10 Декрета № 29 дополнительным основанием досрочного расторжения контракта по инициативе нанимателя является распитие спиртных напитков, употребление наркотических или токсических средств по месту работы и в нерабочее время, а не появление на работе в указанном состоянии.

Следует иметь в виду, что если при разрешении спора будет установлено, что истец находился в рабочее время на территории предприятия в нетрезвом состоянии, суд, руководствуясь разъяснениями в п. 49 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 29 марта 2001 г. «О некоторых вопросах применения судами законодательства о труде», вправе правильно применить норму материального права, указав на расторжение контракта с истцом по п. 7 ст. 42 ТК за появление на работе в состоянии алкогольного опьянения.

Дела по искам работников, уволенных по другим основаниям ТК.

Действие контракта до истечения его срока может быть прекращено по основаниям, предусмотренным ТК, другими актами законодательства.

а) сокращение численности или штата работников (п. 1 ст. 42 ТК).

Разрешая споры работников, контракты с которыми были расторгнуты по п. 1 ст. 42 ТК, суды проверяют, действительно ли произведено сокращение численности или штата работников, соблюдены ли при этом нанимателем нормы законодательства о труде, регулирующие порядок и условия расторжения трудового договора (ст.ст. 43,45,46,268 ТК, условия коллективных договоров, соглашений).

б) несоответствие работника занимаемой должности или выполняемой работе вследствие состояния здоровья, препятствующего продолжению данной работы (п. 2 ст. 42 ТК).

Расторжение контракта по указанному основанию может иметь место при стойком снижении трудоспособности, препятствующем надлежащему исполнению трудовых обязанностей, либо если исполнение трудовых обязанностей, учитывая состояние здоровья работника, ему противопоказано или опасно для других работников либо обслуживаемых им граждан. Данные обстоятельства должны подтверждаться медицинским заключением.

Частичная утрата работником трудоспособности, назначение пенсии по инвалидности или возрасту сами по себе не могут являться основанием для расторжения трудового договора по мотивам обнаружившегося несоответствия занимаемой должности или выполняемой работе вследствие состояния здоровья, если работник надлежащим образом выполняет свои трудовые обязанности и данная работа по состоянию здоровья ему не противопоказана (п. 29 постановления Пленума Верховного Суда Республики Беларусь от 29 марта 2001 г. № 2).

в) расторжение контракта в связи с совершением работником виновных действий.

Порядок и условий привлечения работника к дисциплинарной ответственности, включая увольнение, предусмотрены ст.ст. 199, 200 ТК. Поэтому суды при рассмотрении таких споров проверяют обоснованность доводов истцов об допущенных ими нарушениях трудовой дисциплины, неисполнении должностных обязанностей, законность изданных нанимателем приказов о применении мер дисциплинарных взысканий, включая увольнение по п.п. 4,5,7,8,9 ст. 42 ТК, п. 1 ст. 47 ТК.

Дела по искам работников, правовой статус которых регулируется специальными законодательными актами.

К числу нормативных правовых актов, регулирующих порядок заключения и прекращения контрактов с такими лицами, в частности относятся: Указ Президента Республики Беларусь от 5 июля 2002 г. № 361 «О заключении контрактов с некоторыми лицами, назначаемыми на должности и освобождаемыми от должностей Президентом Республики Беларусь» (с изменениями и дополнениями); «Положение о прохождении службы в органах финансовых расследований Комитета Государственного контроля», утвержденное Указом Президента Республики Беларусь от 20 декабря 2007 г. № 660; «Положение о порядке и условиях заключения контрактов с государственными служащими и признании утратившими силу некоторых постановлений Совета Министров Республики Беларусь», утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь 7 октября 2003 г. № 1271 (с изменениями и дополнениями); постановление Совета Министров Республики Беларусь от 15 мая 2007 г. № 604 (с изменениями и дополнениями) «О заключении контрактов с руководителями государственных организаций»; «Положение о порядке и условиях заключения контрактов с научными работниками», утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 16 июня 1997 г. № 718 (с изменениями и дополнениями) и другие.

Таким образом, рассматривая споры работников об увольнении, прежде всего следует иметь в виду обязанности нанимателя по соблюдению норм законодательства о труде, регулирующих расторжение и прекращение трудового договора (контракта). Трудовой договор может быть расторгнут только по основаниям, предусмотренным законодательством о труде, которое представляет собой совокупность нормативных правовых актов, регулирующих общественные отношения в сфере трудовых и связанных с ними отношений.

ПРЕКРАЩЕНИЕ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ С ГОСУДАРСТВЕННЫМИ СЛУЖАЩИМИ: ОСНОВАНИЯ И ПОРЯДОК

К.И. Кеник
судья Верховного Суда Республики Беларусь, кандидат юридических наук, доцент, заслуженный юрист Республики Беларусь

Специфика государственной службы как особого вида профессиональной деятельности находит свое проявление и в специальных основаниях прекращения государственной службы.

В законодательстве Республики Беларусь отсутствует определение понятия «прекращение государственной службы». Статья 40 Закона «О государственной службе в Республике Беларусь»[1] (далее – Закон о госслужбе) перечисляет только основания прекращения государственной службы.

Ю.Н. Старилов определяет прекращение государственной службы как «нормативно установленный порядок прекращения государственно-служебных правовых отношений между государственным служащим и государственным органом, которые были образованы при поступлении гражданина на государственную службу и в процессе выполнения им должностных обязанностей. Прекращение государственной службы предусматривает исключение государственного служащего из перечня лиц, занимающих в государственном органе штатную государственную должность государственной службы»[2]. Б.Н. Габричидзе, А.Г. Чернявский указывают, что при прекращении государственной службы государственный служащий на законных основаниях утрачивает свой административно-правовой статус. Само законодательство о государственной службе (как и законодательство о труде) перестает действовать для государственного служащего[3].

По нашему мнению, прекращение государственной службы можно определить как прекращение полномочий государственного служащего в государственном органе в результате увольнения с государственной службы по основаниям, предусмотренным законодательством о государственной службе и законодательством о труде.

---

[1] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь, 2003. – № 70. – 2/953; 2004. – № 120. – 2/1053; 2006. – № 78. – 2/1208.

[2] **Бахрах, Д.Н., Россинский, Б.В., Старилов, Ю.Н. Административное право: Учебник для вузов. – М.: Норма, 2004. – С. 273.**

[3] Габричидзе, Б.Н., Чернявский, А.Г. Служебное право. – М.: Изд.- во торг. корпорация «Дашков и К», 2003. – С. 252.

Государственная служба прекращается путем издания полномочным органом или должностным лицом решения, приказа, распоряжения, иного акта об освобождении государственного служащего от занимаемой должности.

Особенностью прекращения государственной службы является то, что во многих случаях в отношении государственных служащих руководитель государственного органа (наниматель) при наступлении определенных оснований *обязан* уволить государственного служащего (обязан прекратить отношения государственной службы).

Об этом говорят и формулировки соответствующих нормативных правовых актов. Если Трудовой кодекс в ст. 42 указывает, что трудовой договор *может быть расторгнут* в случаях, перечисленных в п.п. 1-9 указанной статьи, то ст. 40 Закона о госслужбе предусматривает, что в случаях, перечисленных в п.п. 1-12 этой статьи государственная служба *прекращается.*

Представляется, что при наличии отдельных из перечисленных оснований прекращения государственной службы следует говорить не об обязанности, а о праве руководителя государственного органа прекратить трудовые отношения с государственным служащим, например, в случае истечения срока действия контракта, неудовлетворительного результата испытания и др.

Основания для прекращения государственной службы установлены ст. 40 Закона о госслужбе. Государственная служба прекращается в случаях:

1) достижения государственным служащим предельного возраста, установленного для пребывания на государственной службе;

2) возникновения (установления) обстоятельств, предусмотренных п. 1 ст. 33 Закона о госслужбе. В случае возникновения (установления) обстоятельства, предусмотренного пп. 1.6 п. 1 ст. 33 настоящего Закона, государственная служба прекращается при невозможности перевода государственного служащего на должность, исключающую непосредственную подчиненность или подконтрольность государственных служащих, находящихся в отношениях близкого родства или свойства, либо отказе государственного служащего от такого перевода;

3) истечения срока, досрочного прекращения полномочий на государственной должности;

4) несоблюдения ограничений, связанных с государственной службой;

5) разглашения сведений, составляющих государственные секреты;

6) отказа от принесения присяги;

7) нарушения требований законодательства при приеме на государственную службу;

8) отставки;

9) грубого нарушения должностных обязанностей, совершения проступка, несовместимого с нахождением на государственной службе;

10) прекращения гражданства Республики Беларусь вследствие выхода из гражданства или его утраты;

11) неудовлетворительного результата предварительного испытания;

12) вступления в законную силу обвинительного приговора суда.

Государственная служба может быть прекращена и в иных случаях, предусмотренных законодательством о труде и иными законодательными актами. Государственная служба может быть прекращена по основаниям, предусмотренным законами, регламентирующими правовое положение отдельных категорий государственных служащих.

Следует отметить, что законодательство о государственной службе не регулирует порядок прекращения государственной службы, не предусматривает гарантии, которые подлежат соблюдению при увольнении государственного служащего по инициативе нанимателя – государственного органа. Исходя из положений ст. 1 Закона о госслужбе, в случае, если тот или иной вопрос не урегулирован законодательством о государственной службе, действует законодательство о труде.

Законодательство о труде не позволяет нанимателю прекращать трудовые отношения с работником без законных оснований. Кроме того, должно быть четко соблюдено законодательство, регулирующее порядок увольнения. Особые гарантии работнику предоставлены при увольнении по инициативе нанимателя. Для того чтобы определить, какие гарантии трудового законодательства распространяются при увольнении государственных служащих, необходимо, прежде всего, определить, какие основания прекращения государственной службы относятся к увольнению по инициативе нанимателя.

Применяя подходы трудового права, на наш взгляд, основаниями прекращения государственной службы по инициативе нанимателя – государственного органа являются:

1) несоблюдение ограничений, связанных с государственной службой;

2) разглашение сведений, составляющих государственные секреты;

3) отказ от принесения присяги;

4) грубое нарушение должностных обязанностей, совершение проступка, несовместимого с нахождением на государственной службе;

5) вступление в законную силу обвинительного приговора суда

При увольнении государственного служащего по названным основаниям должны быть соблюдены требования законодательства о такой гарантии при увольнении, как запрещение увольнения в период временной нетрудоспособности государственного служащего или нахождения его в отпуске. Наниматель также обязан уведомить соответствующий профсоюза о предстоящем увольнении государственного служащего. Если основание увольнение относится к дисциплинарному взысканию (ст. 57 Закона о госслужбе), то должно быть соблюдено требование ТК о сроках применения увольнения как дисциплинарного взыскания.

Закон о госслужбе предусматривает единственное основание прекращения государственной службы по желанию государственного служащего – отставка. Однако право на отставку наступает лишь при наличии определенных условий, предусмотренных в ст. 42 Закона о госслужбе – необходимый общий трудовой

стаж и стаж государственной службы. Такие основания имеют не все государственные служащие.

Законодательство Республики Беларусь о государственной службе не предусматривает возможность прекращения государственной службы по собственному желанию государственного служащего. Статья 6 Закона о госслужбе, устанавливая принципы государственной службы, одним из них называет принцип добровольности поступления граждан на государственную службу. В то же время законодательство о государственной службе не позволяет государственному служащему добровольно прекратить государственную службу. Об этом свидетельствует отсутствие в Законе о госслужбе такого основания прекращения государственной службы как увольнение по собственному желанию. Поскольку с государственным служащим заключается контракт, являющийся видом срочного трудового договора, то это влечет за собой необходимость соблюдения общего правила расторжения срочных трудовых договоров, которые не предусматривают права государственного служащего на увольнение по собственному желанию.

Полагаем, что в законодательстве должно быть предусмотрено такое основание прекращения государственной службы, как увольнение по собственному желанию. Государственного служащего, не желающего продолжать работать в данном государственном органе или вообще в системе государственной службы, нельзя удерживать на службе помимо его воли. Специфика труда государственных служащих, их трудовая функция состоит в проведении государственной политики, осуществлении функций государственного органа. Без добровольности выполнения такой работы деятельность государственного служащего не принесет положительных результатов. Как указывает Ю.Н. Полетаев, «работник, не желающий работать в данной организации, становится для нее экономически невыгодным, а иногда и просто опасным. Поэтому с принятием Конституции, закрепляющей право каждого распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию, право работника (в том числе и госслужащего) на расторжение трудового договора (служебного контракта) по его инициативе не подвергается сомнению[4]. Поэтому считаем, что ст. 40 Закона о госслужбе необходимо дополнить положением о прекращении государственной службы по собственному желанию государственного служащего.

В качестве сравнения следует отметить, что российское законодательство о государственной службе в качестве самостоятельного основания прекращения государственной службы называет расторжение служебного контракта по инициативе гражданского служащего (п. 1 ст. 33, ст. 36 Федерального Закона от 27 июля 2004 года «О государственной гражданской службе)[5]. Так, в соответствии со ст. 36 названного Закона государственный служащий имеет право расторгнуть служебный контракт и уволиться с гражданской службы по

---

[4] Полетаев, Ю.Н. Правовое положение государственных гражданских служащих в сфере труда. // Консультант Плюс: Версия Проф. Технология 3000 [Электронный ресурс] / ООО «ЮрСпектр». – М.

[5] СЗ Российской Федерации. – 2004. – № 31. – Ст. 3215.

собственной инициативе, предупредив об этом представителя нанимателя в письменной форме за две недели.

Закон о госслужбе не предусматривает, с каким юридическим фактом связывается прекращение государственной службы. Полагаем, что поскольку основанием для возникновения трудовых отношений государственных служащих является акт о назначении на должность и контракт, то и основанием для прекращения государственной службы является прекращение (расторжение) контракта и акт об освобождении от занимаемой должности.

Соответствующее правило должно быть предусмотрено в Законе о госслужбе. В связи с этим считаем, что п. 3 ст. 40 Закона о госслужбе необходимо изложить в следующей редакции: Государственная служба прекращается с момента расторжения контракта с государственным служащим. Освобождение государственного служащего от занимаемой должности оформляется решением, приказом, распоряжением, иным актом руководителя соответствующего государственного органа, должностного лица с внесением в установленном порядке соответствующих записей в трудовую книжку.

Полагаем также, что название ст. 40 Закона о госслужбе не полностью отражает ее содержание. Поэтому название ст. 40 предлагаем изложить в следующей редакции: «*Основания для прекращения государственной службы, освобождения от занимаемой должности и увольнения государственного служащего*».

Государственная служба прекращается при увольнении государственного служащего как по основаниям, предусмотренным Трудовым кодексом, так по основаниям, предусмотренным Законом «О государственной службе в Республике Беларусь», а также по основаниям, предусмотренным законами, регламентирующими правовое положение отдельных категорий государственных служащих. Остановимся на некоторых специфических основаниях прекращения государственной службы.

а) Достижение государственным служащим предельного возраста, установленного для пребывания на государственной службе (65 лет) как основание прекращения государственной службы установлено впервые в национальном законодательстве. До принятия Закона о государственной службе предельный возраст пребывания в должности был установлен Конституцией Республики Беларусь только для судей Конституционного Суда (70 лет).

Вопрос о принципиальной возможности установления верхнего возрастного предела реализации гражданином права на труд до настоящего времени и в литературе, и на практике остается дискуссионным. Ученые и практики дискутируют вопрос о правомерности установления возрастного требования к государственному служащему, и о том, не является ли установление предельного возраста пребывания на государственной службе дискриминацией в области труда и занятий. Полагаем, что данная норма в отношении государственных служащих не является нарушением

конституционного права гражданина на труд, поскольку ее наличие есть результат учета специфики труда работников государственных органов.

Следует отметить, что законодательными актами, регулирующими правовое положение отдельных категорий государственных служащих, могут быть установлены особенности прекращения полномочий по занимаемой должности при достижении предельного возраста. Так, Кодексом Республики Беларусь от 29 июня 2006 года «О судоустройстве и статусе судей»[6] установлено, что достижение предельного возраста пребывания на государственной службе *может являться* основанием для прекращения полномочий судей общих и хозяйственных судов (ст. 124 Кодекса).

Следует заметить, что для отдельных категорий государственных служащих в случаях, предусмотренных Конституцией, иными законодательными актами, предельный возраст не устанавливается вовсе либо может быть установлен иной предельный возраст. Так, в соответствии с Конституцией не установлен предельный возраст для Президента Республики Беларусь, депутатов Палаты представителей, членов Совета Республики Национального Собрания Республики Беларусь.

На практике возникают вопросы о правомерности увольнения государственного служащего, достигшего предельного возраста, если срок заключенного с ним контракта не истек. Правоприменительная практика сводится к тому, что прекращение трудовых отношений с государственным служащим в этом случае правомерно, так как норма п. 1 ст. 41 Закона о госслужбе носит императивный характер и не содержит каких-либо условий, допускающих продолжение государственной службы после достижения государственным служащим предельного возраста, установленного для пребывания на государственной службе.

Министерство труда и социальной защиты Республики Беларусь предлагает руководителям государственных органов при проведении работы по заключению, продлению, перезаключению контрактов с государственными служащими, чей возраст приближается к предельному возрасту пребывания на государственной службе, учитывать положения ст. 41 Закона о госслужбе с таким расчетом, чтобы достижение работником этого возраста и истечение срока действия контракта совпадали[7].

б) Возникновение (установление) обстоятельств, предусмотренных п. 1 ст. 33 Закона о госслужбе. Основанием прекращения государственной службы является возникновение (установление) обстоятельств, являющихся основаниями отказа в приеме на государственную службу (ст. 33 Закона о госслужбе). Такими основаниями названы:

признание гражданина в установленном законом порядке недееспособным или ограниченно дееспособным;

---

[6] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 107. – 2/1236

[7] Письмо Министерства труда и социальной защиты от 4 августа 2003 г. № 05-02-11/3568) // [Электронный ресурс] / КонсультантПлюс: Беларусь

лишение судом права занимать государственную должность в течение определенного времени;

наличие подтвержденного медицинским заключением заболевания, входящего в утвержденный Правительством Республики Беларусь перечень заболеваний, препятствующих исполнению служебных обязанностей;

отказ от прохождения процедуры оформления допуска к сведениям, составляющим государственные секреты, если исполнение служебных обязанностей по государственной должности, на занятие которой претендует гражданин, связано с использованием таких сведений;

несоответствие квалификационным требованиям, предъявляемым к гражданам для занятия соответствующих государственных должностей;

близкое родство или свойство (родители, супруги, дети, родные братья, сестры, а также родители, дети, родные братья и сестры супругов) с государственным служащим, если их служебная деятельность будет связана с непосредственной подчиненностью или подконтрольностью одного из них другому;

отсутствие гражданства Республики Беларусь;

представление заведомо недостоверных сведений, необходимых для занятия государственной должности;

непредставление декларации о доходах и имуществе или умышленное внесение в декларацию о доходах и имуществе неполных либо недостоверных сведений;

увольнение государственного служащего за систематическое неисполнение служебных обязанностей без уважительных причин, появление на работе в состоянии алкогольного, наркотического или токсического опьянения, а также за распитие спиртных напитков, употребление наркотических или токсических средств на рабочем месте и в рабочее время до истечения двух лет со дня увольнения за такие действия;

наличие судимости;

иные случаи, установленные законодательными актами.

в) Несоблюдение ограничений, связанных с государственной службой. Статьей 22 Закона о государственной службе для государственных служащих установлены ограничения. Несоблюдение ограничений, связанных с государственной службой является безусловным основанием прекращения государственного службы и увольнения государственного служащего.

г) Разглашение сведений, составляющих государственные секреты. Государственные служащие, деятельность которых связана с допуском к государственным секретам, могут быть освобождены от занимаемой должности в связи с разглашением сведений, составляющих государственные секреты.

д) Отказ от принесения присяги. Для отдельных категорий государственных служащих вступление в должность и осуществление полномочий могут быть обусловлены принесением присяги (ст. 34 Закона о госслужбе). Перечень государственных должностей, для осуществления полномочий по которым необходимо принесение присяги, а также текст

соответствующей присяги определяются законодательными актами. Так, Законом «О Конституционном Суде Республики Беларусь», Кодексом «О судоустройстве и статусе судей в Республике Беларусь», Законом «О прокуратуре Республики Беларусь» и некоторыми другими нормативными правовыми актами предусмотрено принесение присяги при вступлении в должность. Кроме судей, законодательными актами в настоящее время установлено принесение присяги сотрудниками органов финансовых расследований, должностными лицами таможенных органов, нотариусами.

Отказ от принесения присяги является основанием для освобождения от должности.

е) Отставка. Отставка государственного служащего является особым основанием прекращения государственной службы, связанным с предоставлением дополнительных социальных гарантий по сравнению с трудовым законодательством. Отставкой является прекращение государственной службы по предусмотренным указанной статьей основаниям по инициативе государственного служащего (п. 1 ст. 42 Закона о госслужбе).

Закон о госслужбе предусматривает следующие условия отставки государственных служащих:

наличие стажа работы, предусмотренного ст. 51 Закона Республики Беларусь от 17 апреля 1992 года "О пенсионном обеспечении", для мужчин не менее 30 лет, для женщин – не менее 25 лет, в том числе стажа государственной службы не менее 20 лет;

состояние здоровья, препятствующее исполнению служебных обязанностей (при наличии медицинского заключения) (п. 2 ст. 42 Закона).

Право на отставку имеет любой государственный служащий, независимо от занимаемой должности, при наличии необходимых условий об общем трудовом стаже и стаже государственной службы.

Статьей 42 Закона о госслужбе предусмотрено, что находящимися в отставке считаются:

1) государственные служащие в случае освобождения их от занимаемой должности в связи с достижением предельного возраста, установленного для пребывания на государственной службе, признания их недееспособными в установленном законом порядке;

2) депутаты Палаты представителей, члены Совета Республики Национального собрания Республики Беларусь, депутаты местных Советов депутатов, осуществлявшие свои полномочия на профессиональной основе, в случае прекращения полномочий указанных органов.

При прекращении государственной службы в связи с отставкой государственный служащий предупреждает об этом государственный орган или должностное лицо, назначившее его на должность, письменным заявлением за один месяц. Отставка принимается государственным органом или должностным лицом, назначившим государственного служащего на эту должность. Решение о принятии отставки принимается в месячный срок со дня подачи письменного заявления. По соглашению сторон прекращение

государственной службы возможно до истечения срока предупреждения. В то же время государственный служащий, подавший заявление об отставке, не вправе до истечения месячного срока или срока, установленного соглашением сторон, прекратить работу.

По истечении срока предупреждения государственный служащий вправе прекратить государственную службу, а государственный орган (должностное лицо) обязан выдать ему трудовую книжку с записью о прекращении государственной службы в связи с отставкой и произвести расчет.

Государственный служащий вправе до истечения срока предупреждения отозвать свое заявление, кроме случаев, когда на его место не приглашен другой гражданин, которому в соответствии с законодательством Республики Беларусь не может быть отказано в занятии должности.

Как видно из приведенных положений, порядок отставки государственного служащего имеет сходство с порядком увольнения работника по собственному желанию, установленным Трудовым кодексом. Однако отличием отставки от расторжения трудового договора по собственному желанию работника является то, что право на отставку наступает только при определенных условиях (наличие общего стажа и стажа государственной службы), при отставке производится выплата сумм не менее чем предусмотрено в Законе о госслужбе. Трудовой договор по собственному желанию работник имеет право расторгнуть в любое время, независимо от общего и специального стажа работы, предупредив нанимателя письменно не менее чем за один месяц. Специфика отставки как формы прекращения трудовых отношений государственных служащих состоит в том, что после увольнения государственного служащего в связи с отставкой за ним сохраняются некоторые права и обязанности. Например, за государственными служащими, находящимися в отставке, сохраняется право на медицинское и социальное обслуживание по прежнему месту работы.

Государственный служащий, вправе прекратить государственную службу в связи с отставкой независимо от срока действия контракта (срочного трудового договора, а также от возможности прекращения государственной службы по иным основаниям.

Отставка государственного служащего оформляется приказом (постановлением, распоряжением) государственного органа или должностного лица, назначившего государственного служащего на должность.

При выходе в отставку государственным служащим выплачивается выходное пособие в размере трех среднемесячных заработных плат по оставляемой должности. Лицам, которые считаются находящимися в отставке в случае освобождения их от занимаемой должности в связи с достижением предельного возраста, установленного для пребывания на государственной службе, признания их недееспособными, а также депутатам Палаты представителей, членам Совета Республики Национального собрания

Республики Беларусь, депутатам местных Советов депутатов, осуществляющим полномочия на профессиональной основе, в случае прекращения полномочий указанных органов, выходное пособие не выплачивается.

Если государственный служащий, пребывающий в отставке, вновь будет принят на государственную службу, то его увольнение в последующем производится по другим, не связанным с отставкой основаниям.

ж) Грубое нарушение должностных обязанностей, совершение проступка, несовместимого с нахождением на государственной службе. Предусмотренное Законом о госслужбе основание увольнение «грубое нарушение должностных обязанностей» не предполагает систематического нарушения должностных обязанностей. По данному основанию освобождение от занимаемой должности государственной службы допустимо и при однократном, но грубом нарушении должностных обязанностей. Перечня грубых нарушений законодательством не установлено. Вопрос о том, является нарушение грубым, решается в каждом конкретном случае.

Совершение проступка, не совместимого с нахождением на государственной службе может иметь место и не исполнении обязанностей государственной службы.

Указанный пункт ст. 40 Закона о госслужбе содержит фактически два самостоятельных основания увольнения. По аналогии с трудовым законодательством, первая часть данного пункта схожа с основанием увольнения, предусмотренным п. 1 ст. 47 ТК – однократное грубое нарушение трудовых обязанностей, вторая часть – с п. 3 этой же статьи – совершение аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы. При этом трудовое законодательство устанавливает различный порядок увольнения по этим основаниям. Так, например, при увольнении по п. 3 ст. 47 ТК не требуется соблюдение месячного срока с момента обнаружения проступка (ст. 200 ТК), не требуется уведомление профсоюза о предстоящем увольнении работника (ст. 46 ТК).

Вместе с тем при имеющейся редакции Закона можно сделать вывод, что для увольнения государственного служащего необходимо наличие одновременно и грубого нарушения трудовых обязанностей и совершение проступка, несовместимого с нахождением на государственной службе. В то же время если первая часть этого пункта говорит только о нарушении служебных обязанностей, то применение второй части данного основания возможно и при совершении государственным служащим недостойного проступка, не связанного с выполнением служебных обязанностей (например, задержание органами милиции в алкогольном состоянии в общественном месте).

Кроме того, первая часть рассматриваемого основания может относиться к увольнениям, которые признаются дисциплинарными взысканиями (ст. 57 Закона о госслужбе), вторая часть – совершение проступка, несовместимого с нахождением на государственной службе практически не относится к выполнению служебных обязанностей, в большинстве своем это проступки, совершенные вне служебных обязанностей.

Поскольку отнесение основания увольнения к дисциплинарному проступку влечет соблюдение определенного порядка увольнения, то полагаем, что и в Законе о госслужбе указанные основания прекращения государственной службы должны быть предусмотрены в различных пунктах ст. 40 Закона.

з) Вступление в законную силу обвинительного приговора суда. Закон о госслужбе основанием для прекращения государственной службы считает сам факт вступления в законную силу обвинительного приговора суда, в то время как ТК предусматривает в качества основания увольнения вступление в законную силу приговора суда, которым работник осужден к наказанию, исключающему продолжение работы. Закон о госслужбе связывает увольнение не с мерой наказания по приговору суда, а самим фактом осуждения за совершенное преступление. Вынесение обвинительного приговора суда само по себе является препятствием для продолжения государственной службы. При этом по действующему законодательству не имеет значения, совершено преступление умышленно или по неосторожности. Полагаем, что в данном случае должен быть изменен подход к установлению основания прекращения государственной службы в связи с осуждением. Необходимо признавать безусловным основанием прекращения государственной службы при осуждении за умышленное преступление. В то же время осуждение за совершение неосторожного преступления (например, нарушение правил дорожного движения, нарушение правил техники безопасности и т.п.) не должно являться безоговорочным основанием для увольнения государственного служащего. Поэтому полагаем, что п. 1.12. ст. 40 Закона о госслужбе необходимо изложить в следующей редакции: 1.12. вступление в законную силу обвинительного приговора суда за умышленное преступление.

Государственная служба может быть прекращена и в иных случаях, предусмотренных законодательством о труде и иными законодательными актами. Данная норма Закона о государственной службе указывает, что государственный служащий может быть уволен при наличии к тому оснований по всем основаниям, предусмотренным Трудовым кодексом Республики Беларусь (ст.ст. 35, 41, 42, 44, 47, 350 ТК и др.).

Резюме

В статье рассматриваются вопросы прекращения государственной службы. Анализируется понятие и сущность прекращения государственной службы, предлагается авторское определение этого понятия. Проанализированы основания прекращения государственной службы, предусмотренные Законом «О государственной службе в Республики Беларусь». Отмечена особенность правового регулирования, заключающаяся в том, что в случае отсутствия регулирования определенных вопросов названным Законом, они регулируются трудовым законодательством. С целью обеспечения соблюдения гарантий, установленных трудовым законодательством, автором определены основания прекращения государственной службы, относящиеся к основаниям увольнения по инициативе нанимателя.

Вносятся предложения о совершенствовании правового регулирования вопросов прекращения государственной службы, в частности, установления такого основания прекращения государственной службы, как увольнение государственного служащего по собственному желанию, предоставление возможности руководителю государственного органа при определенных обстоятельствах продлить трудовые отношения с государственным служащим после достижения предельного возраста пребывания на службе, разделения основания прекращения государственной службы, указанного в п. 1.9. ст. 40 Закона о госслужбе на два самостоятельных основания, установления, что безусловным основанием прекращения государственной службы является вступление в законную силу обвинительного приговора суда за умышленное преступление.

Раздел 5. *Проблемы гражданского и хозяйственного процесса*

ИСКОВАЯ ФОРМА ЗАЩИТЫ ПРАВ В ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРОЦЕССЕ

В.С. Каменков
Председатель Высшего
Хозяйственного Суда
Республики Беларусь,
заслуженный юрист
Республики Беларусь,
доктор юридических наук, профессор

Деятельность хозяйственного суда по рассмотрению и разрешению споров о праве осуществляется в установленных законодательными актами процессуальной форме и порядке. Они обеспечивают заинтересованным в исходе дела лицам определенные правовые гарантии правильности разрешения спора, равенство процессуальных прав и процессуальных обязанностей сторон и одновременно обязывают хозяйственный суд рассматривать дела в строгом соответствии с нормами хозяйственного процессуального и материального права, устанавливать существенные для дела обстоятельства и выносить законные и обоснованные судебные решения.

Дело в том, что в хозяйственный суд обращаются не всегда только за защитой своих нарушенных или оспоренных прав и законных интересов. «Известны и случаи злоупотребления правом на судебную защиту, в том числе и посредством использования арбитражного судопроизводства. Это происходит, когда истец, заведомо не имеющий права на иск, стремится парализовать деятельность конкурента и обращается в арбитражный суд за защитой своих несуществующих прав. Такой процесс может затянуться на длительное время. В данном случае налицо злоупотребление правом на судебную защиту»[8].

Целями же процессуальной формы, в том числе искового производства, как и всего хозяйственного судопроизводства являются «…сохранение правопорядка, поддержание стабильности и прочности имущественного оборота и достижение общественного спокойствия»[9]. А белорусский закон ставит перед общими и хозяйственными судами и более серьезные задачи. «Общие и хозяйственные суды в Республике Беларусь призваны защищать гарантированные Конституцией Республики Беларусь и иными актами законодательства личные права и свободы, социально-экономические и политические права граждан, конституционный строй Республики Беларусь, государственные и общественные интересы, права организаций,

---

[8] Хужокова И.М. Комментарий к Федеральному конституционному закону от 28 апреля 1995 г. N 1-ФКЗ "Об арбитражных судах в Российской Федерации" (постатейный) (Подготовлен для системы Консультант Плюс, 2006).

[9] Скуратовский М.Л. "Подготовка дела к судебному разбирательству в арбитражном суде первой инстанции" Волтерс Клувер, 2007.

индивидуальных предпринимателей, а также обеспечивать правильное применение законодательства при осуществлении правосудия, способствовать укреплению законности и предупреждению правонарушений»[10].

Большинство дел, подведомственных хозяйственному суду, рассматриваются по правилам искового производства, которое является основным видом хозяйственного судопроизводства.

Наряду с делами искового производства, для которых присуще наличие спора о праве и спорящих сторон, хозяйственные суды рассматривают дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение, дела о банкротстве и другие. Для этих дел характерно отсутствие спора о праве. В этих делах нет истца и ответчика.

Исковая форма защиты права имеет глубокие исторические корни. В дополнительных указах к Судебнику Ивана IV говорилось: кто «…в жалобнице иск напишет большой, а по суду того не сыщет, и доведет ответчик, что он иск подписал ложно, ино того жалобника обвинити, и что искал затейник лишек, и на нем столько же доправя, отдати ответчику»[11]. Происхождение понятия «иск» связано с тем, что лицо, чьи права и законные интересы, по его мнению, нарушены, ищет защиты у суда.

Исковой форме защиты присущи не только форма обращения к суду, но и порядок обращения в суд, а также порядок рассмотрения спора. В этом и заключаются процессуальные гарантии права на судебную защиту.

«Иск является процессуальным средством защиты субъективных гражданских прав и охраняемых законом интересов, которое позволяет возбудить производство по делу и поддерживать требования в судебном заседании в целях разрешения спора о праве гражданском»[12]. То есть, иск – средство защиты цивилистических по своей природе прав, свобод и интересов.

В хозяйственном процессе иск является самым распространенным и универсальным средством разрешения между сторонами материально-правового и некоторых других споров.

По результатам рассмотрения исковых требований спор разрешается одним из трех способов:

1) присуждением ответчика к исполнению обязанностей, которыми могут выступать уплата долга, возмещение убытков, передача имущества, либо к воздержанию от определенных действий, например, к нечинению препятствий в пользовании имуществом, арендованным помещением;

2) признанием наличия или отсутствия спорного правоотношения и вытекающих из него субъективных прав и обязанностей;

3) преобразованием, то есть изменением либо прекращением правоотношений между истцом и ответчиком.

Предъявление иска задает движение всему хозяйственному процессу, порождает у истца, у ответчика и других лиц, участвующих в деле,

---

[10] Кодекс Республики Беларусь от 29.06.2006 N 139-З (ред. от 30.12.2006) "О судоустройстве и статусе судей", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 12.07.2006, N 107, 2/1236.

[11] См. Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. – Юрьев, 1912. – С. 7.

[12] См. Советский гражданский процесс / Под ред. Гурвича М.А. – М., – 1975. – С. 78.

процессуальные права и обязанности, которые могут реализовываться в установленном законом порядке и установленных законом пределах. Эти требования также имеют значительную историю. Предъявление иска в дореволюционном гражданском судопроизводстве признавалось возможным при соблюдении следующих условий:

«1) иск может заявляться только таким управомоченным лицом, которое считает свое право нарушенным, нарушенным или находящимся в опасности быть оспоренным;

2) тяжущиеся стороны должны быть дееспособны и управомочены законом распоряжаться теми правами, которые предстоит обсуждать в заявленном споре;

3) надлежащей правоспособностью должен обладать сам суд;

4) представители лиц, участвующих в деле, должны располагать не общей, а специальной правоспособностью;

5) исковое прошение должно отвечать требованиям формы и способа его подачи»[13]. Как видно эти требования актуальны и сегодня.

Основными чертами исковой формы защиты субъективного права и законного интереса являются:

а) наличие требования о защите нарушенного или оспариваемого субъективного права, охраняемого законом интереса;

б) наличие спора о праве;

в) наличие у двух сторон противоположных юридических интересов;

г) точно установленный процессуальным законом порядок рассмотрения и разрешения гражданских дел;

д) разрешенный процессуальным законом порядок личного или через представителя участия в рассмотрении спора;

ж) наделение всех лиц, участвующих в деле, процессуальными правами, составляющими основу процессуальных гарантий в гражданском и арбитражном процессе;

з) равенство процессуальных прав и гарантии их осуществления у истца и ответчика;

и) вынесение по результатам рассмотрения заявленных требований судебного акта должно быть основано на законе и доказательственных фактах, установленных в судебном заседании в том порядке и теми способами, которые предусмотрены законом[14].

Иск занимает значительное место среди других институтов современного хозяйственного процессуального права. Причем и он подвержен изменениям, которые происходят в обществе.

«Ускорение, присущее времени, столь же очевидно и в праве. Реалии таковы, что исковая защита, оставаясь ядром и стержнем цивилистического процесса, "перерастает" свое традиционное назначение быть формой защиты частных прав и интересов и наряду с развитием других видов производств и

---

[13] См. Добровольский А.А. Основные проблемы исковой формы защиты права / А.А. Добровольский, С.А. Иванова. – М., 1979. – С. 231 - 233.

[14] Чечина Н.А. Судебная деятельность и предмет судебного решения // Вестн. Ленинградского ун-та. – 1967. – № 10. – С. 20 - 24.

судебных процедур сама имеет тенденцию к универсализации. Иск становится процессуальным средством защиты не только частноправовых интересов, но и интересов публичных; предмет иска уже не "умещается" в цивилистическом интересе, и требование о защите в исковом производстве может сопровождать корпоративные, организационные отношения, хотя и связанные с гражданскими, но все же им не тождественные»[15].

ХПК закрепляет право широкого круга заинтересованных лиц обратиться в хозяйственный суд с требованием о защите своего нарушенного или оспариваемого права и законного интереса (ст. 6 ХПК).

Предъявление иска происходит путем подачи в суд искового заявления в письменной форме. В исковом заявлении истец (предполагаемый носитель спорного права) излагает свое требование к ответчику (предполагаемому нарушителю права истца). Правовая природа иска как процессуального средства защиты права состоит в том, чтобы хозяйственный суд, приняв исковое заявление, в определенном процессуальном порядке проверил законность и обоснованность этого материально-правового требования истца к ответчику, между которыми идет спор о праве.

Об иске, как о требовании одного лица к другому, говорится в целом ряде норм ХПК. Так, согласно общим правилам подсудности (ст. 49 ХПК), иск предъявляется в хозяйственный суд по месту нахождения или месту жительства ответчика. По другим правилам подсудности (ст. ст. 50, 51) иски предъявляются в другие хозяйственные суды. Термин «иск» используется в ХПК для дефиниции понятий стороны – истец и ответчик (ст. 58 – 61). Среди процессуальных прав сторон и иных лиц, участвующих в деле называются также изменение основания или предмета иска, изменение размера исковых требований, отказ от иска, признание иска, предъявление иска (ст. 63 – 67). Глава 9 ХПК посвящена вопросам обеспечения иска.

Таким образом, *иском в хозяйственном процессе следует считать* спорное правовое требование одного лица к другому, вытекающее из материально-правового отношения, основанное на юридических фактах и предъявленное в хозяйственный суд для рассмотрения и разрешения в строго определенном процессуальном порядке.

Без такого понимания иска трудно представить себе и объяснить правовую природу многих институтов хозяйственного процесса, таких, например, как цена иска, обеспечение иска, встречный иск, соединение и разъединение нескольких исковых требований и т.д. Будучи сложным правовым понятием, иск имеет две стороны:

процессуально-правовую – обращение в хозяйственный суд с просьбой о разрешении возникшего спора по существу и о защите нарушенного или оспариваемого права или законного интереса;

---

[15] Т. Сахнова "О концептуальных категориях исковой защиты (к дискуссии о современном понимании иска)", "Арбитражный и гражданский процесс", 2006, N 2.

материально-правовую – спорное материально-правовое требование истца к ответчику, которое указано в исковом заявлении и подлежит рассмотрению по существу в строго установленном законом порядке.

Нельзя представить себе иск только как обращение в хозяйственный суд истца за защитой нарушенного права, не сопровождаемое его конкретным требованием к ответчику.

При отсутствии спорного правового требования истца к ответчику нет иска, отсутствует и исковое производство.

Вместе с тем материально-правовое требование истца к ответчику должно подлежать рассмотрению и разрешению в строго определенном процессуальном порядке. Таким образом, иск – это единое понятие с двумя сторонами, неразрывно связанными между собой, без одной из них не может быть иска.

Элементы иска. Каждый иск имеет составные части, которыми исчерпывается его содержание. Содержание иска составляют три его элемента — основание, предмет и содержание иска.

Значение элементов иска состоит в том, что они являются средством индивидуализации каждого конкретного иска. По элементам иска один иск отличается от другого, в зависимости от элементов иска определяется направленность и объем исследования дела, проводится определение тождества исков. Элементы иска необходимы и для такого важного процессуального института, как изменение предмета или основания иска. Изменяя иск, истец, как правило, изменяет свое требование к ответчику.

Элементный состав иска определяет возникновение и последующее развитие хозяйственного процесса. В дореволюционный период российские процессуалисты со ссылкой на Устав гражданского судопроизводства под содержанием иска понимали «то, чего истец просит», предметом называли «то, о чем истец просит постановить решение», а основанием – «те обстоятельства, из которых иск проистекает»[16].

В современной процессуальной литературе под содержанием иска понимается то действие суда, о совершении которого просит истец при обращении за защитой нарушенных или оспариваемых прав. Не все ученые-процессуалисты признают содержание в качестве элемента иска. В ХПК также речь идет только о предмете и основаниях иска (ст. 62).

Хозяйственные суды по большинству дел четко указывают предмет иска в самом начале судебного решения: о взыскании долга, о расторжении договора аренды и выселении, об истребовании из незаконного владения, о признании недействительным решения собрания акционеров и т.д. Имеются решения, где о предмете иска говорится в судебном решении несколько раз. Например, хозяйственный суд Брестской области по одному из дел указал для обоснования выносимого решения, что «…предметом иска по рассматриваемому хозяйственным судом делу является признание за истцом права собственности

---

[16] См. Губанов В.А. Третьи лица в арбитражном процессе//Вестн. Высш. Арбитражн. Суда Росс. Федерации. – 2001. – № 5. – С. 203 - 206.

на часть здания, расположенного по адресу: г. Брест, ул. А., 76, а не истребование части названного здания у добросовестного приобретателя»[17].

В отношении предмета иска среди процессуалистов также нет единства. Одни рассматривают предмет иска как заявленное субъективное гражданское право либо охраняемый законом интерес, или правоотношение в целом[18]. Другие – как спорное правоотношение[19]. Есть и другие точки зрения. Однако все они не учитывают одного обстоятельства: суд рассматривает вопрос о правах и обязанностях сторон в том объеме, который заявлен истцом. И это не обязательно может быть правоотношение, сложившееся между сторонами до или после нарушения субъективного права или охраняемого законом интереса. Поэтому предметом иска является материально-правовое требование, заявленное истцом в суд к ответчику относительно устранения допущенного ответчиком нарушения субъективного права истца. Отсюда и само понятие иска должно включать одновременно материально-правовое требование как его содержание и процессуальную форму выражения в их неразрывном единстве.

В постановлении Пленума Высшего Хозяйственного Суда № 6 от 22 июня 2000 года «О применении ХПК при рассмотрении дел в суде первой инстанции» указано, что изменение предмета иска означает изменение материально-правового требования истца к ответчику (п. 11)[20]. Следовало также разъяснить, что хозяйственные суды должны в судебных решениях четко отражать все изменения и дополнения, заявляемые истцом о предмете иска. Это особенно важно по делам со сложными (многосоставными) предметами иска, а также по делам, где истец неоднократно меняет предмет иска. Это важно и в связи с тем, что исходя из смысла части 1 ст. 63 ХПК одновременное изменение основания и предмета иска не допускается (это закреплено и в п. 6 вышеназванного постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда).

Отдельно следует сказать и о предмете иска, связанного с недвижимостью. Существенным представляется то обстоятельство, что судья, разрешающий спор о недвижимости, должен реально представлять, что собой представляет предмет иска и сам объект недвижимости. Поэтому по таким делам целесообразно, чтобы истец вместе с исковым заявлением представлял схемы, планы, фотографии и т.п. спорного объекта. Целесообразно также и хозяйственным судам с целью обеспечения иска организовывать изготовление схем и фотографий, а также выездные судебные заседания с целью осмотра спорного объекта. И все это нужно закрепит в процессуальном законодательстве.

Преобладающей точкой зрения среди ученых-процессуалистов и в судебной практике в отношении оснований иска является следующая: под основаниями иска следует понимать те обстоятельства, указанные истцом, с которыми связывается материально-правовое требование, составляющее предмет иска,

---

[17] Консультант Плюс за 2007 год, дело N 452-4/2006.

[18] См. Треушников М.К. Арбитражный процесс: учебник для юридических вузов и факультетов (издание третье, исправленное и дополненное), (ОАО "Издательский Дом "Городец", 2007). – М., 2007. – С. 83.

[19] См. Лукьянова Е. Г. Теория процессуального права. – М.: Изд. Норма, 2003. – С. 119.

[20] Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 30.11.2006 N 16 "О применении Хозяйственного процессуального кодекса Республики Беларусь при рассмотрении дел в суде первой инстанции ", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 20.12.2006, N 207, 6/666.

обстоятельства, которыми истец обосновывает свои требования к ответчику. И это требование закреплено в ХПК: «К исковому заявлению прилагаются копии искового заявления в количестве экземпляров, равном числу ответчиков, а также документы, подтверждающие: … обстоятельства, на которых основаны исковые требования; …» (ст. 160).

Например, хозяйственный суд Могилевской области по делу по иску ООО "А" к индивидуальному предпринимателю «И» о взыскании 7 801 872 руб., состоящих из основного долга за поставленные товары, штрафа за не возврат тары, пени и процентов за пользование чужими денежными средствами указал следующим образом на основания иска. «В обоснование иска истец ссылается на договор поставки, условие п. 4.4 которого об оплате товара в течение 10 календарных дней, ответчиком не исполнено. Требование о взыскании пени и штрафа истец мотивирует условиями п. п. 7.1 и 7.2 договора, которыми за несвоевременную оплату товара предусмотрена ответственность в виде пени в размере 0,15 % от суммы просроченного платежа за каждый день просрочки, и за просрочку сроков возврата тары – штраф в размере 300% от стоимости несвоевременно возвращенной тары, при просрочке свыше 15 календарных дней»[21].

Изменение иска в хозяйственном процессе означает возможность изменения, либо предмета, либо основания иска. Это действие имеет существенное значение для правильного рассмотрения и разрешения хозяйственных споров.

Требование истца к ответчику должно основываться на фактических обстоятельствах по делу. Закон говорит, что в исковом заявлении должны быть указаны обстоятельства, на которых основаны исковые требования.

Решая спор сторон, хозяйственный суд имеет дело именно с этим требованием и на протяжении всего процесса речь идет именно об этом требовании и по поводу этого требования суд выносит решение.

Кроме фактического основания иска, важное значение имеет правовое основание иска. Правовое основание иска – это указание в исковом заявлении на нарушение закона и иных нормативных актов. Закон требует от истца, чтобы он указал спорное правоотношение, сделал ссылку на закон и иные нормативные акты, на ту норму права, которая, по его мнению, нарушена ответчиком. Это и будет являться правовым основанием иска.

Виды исков. Принято делить иски на виды в зависимости от их процессуальной цели, преследуемой истцом, предъявляя свое требование к ответчику, т.е. в зависимости от характера того спорного материально-правового требования, которое предъявляет истец к ответчику.

Существуют *иски о присуждении* и *иски о признании*. Наиболее часто в практике рассмотрения споров в хозяйственном судопроизводстве встречаются иски о присуждении. В тех случаях, когда требование истца к ответчику направлено на присуждение ответчика к исполнению в пользу истца

[21] Консультант Плюс за 2007 год, дело N 361-1/2007.

определенной обязанности, вытекающей из спорного правоотношения, речь идет об иске о присуждении.

Когда истец предъявляет требование о возмещении убытков, об истребовании имущества из чужого незаконного владения или о возврате из бюджета денежных средств, списанных в бесспорном (безакцептном) порядке, либо продавец требует от поручителя исполнения денежного обязательства по оплате товара, или о взыскании штрафов, и это требование направлено на присуждение ответчика к совершению определенных действий в пользу истца либо к воздержанию от совершения каких-либо действий (иск о воспрещении) – это будет иск о присуждении.

Наиболее часто в практике рассмотрения хозяйственных споров встречаются следующие иски о присуждении: обязать ответчика освободить помещение, виндикационные иски об истребовании имущества от покупателя и некоторые другие.

В иске о присуждении предметом иска будет материально-правовое требование истца к ответчику совершить какое-либо действие в пользу истца или воздержаться от совершения какого-либо действия, нарушающего права или законные интересы истца. Основание иска о присуждении составляют юридические факты, свидетельствующие о возникновении права (например, факт заключения договора), и факты, свидетельствующие о том, что это право нарушено (истечение срока договора, невыполнение ответчиком обязательств, лежащих на нем в связи с заключенным договором). Это и будет сложный фактический состав основания иска.

Иски о признании. Если же истец просит признать спорное право, подтвердить наличие или отсутствие спорного правоотношения, то такой иск называется иском о признании. Примерами исков о признании могут быть иски о признании права собственности, о признании недействительным договора, о признании не подлежащим исполнению исполнительного или иного документа, по которому взыскание производилось в бесспорном порядке.

Иски о признании получают все большее распространение в практике рассмотрения хозяйственных споров в хозяйственном суде: иски о признании сделки по приватизации недействительной; иски о признании права собственности на жилой дом; иски о признании недействительным акта государственного или иного органа и другие.

Предметом иска о признании будет требование истца к ответчику о признании наличия или отсутствия спорного права. Основание иска о признании составят юридические факты, с которыми истец связывает свое требование к ответчику.

Вообще классификация исков может быть самой разнообразной, в зависимости от критериев этой классификации.

Например, один из российских авторов представил следующую классификацию исков[22]:

---

[22] "Смушкин А.Б., Суркова Т.В., Черникова О.С. Гражданский процесс: учебное пособие", Омега-Л, 2007.



Данную классификацию с некоторыми изменениями (с учетом субъектного состава истцов и ответчиков и характера спорных отношений) можно применять и к хозяйственному процессу.

К *иным средствам защиты* в хозяйственном судопроизводстве относятся заявление и жалоба. Они применяются по делам, которые по своей процессуальной природе не являются исковыми – дела об экономической несостоятельности (банкротстве), об установлении фактов, имеющих юридическое значение в сфере предпринимательской и иной хозяйственной (экономической) деятельности, по жалобам на нотариальные действия или отказ в их совершении. ХПК содержит отдельные главы, посвященные особенностям производства по указанным категориям дел.

В частности, следует иметь в виду, что дела об экономической несостоятельности (банкротстве) рассматриваются хозяйственными судами по правилам, предусмотренным ХПК, но с особенностями, установленными законодательными актами об экономической несостоятельности (банкротстве). К числу последних относится Закон о банкротстве[23] и Указ Президента Республики Беларусь «О некоторых вопросах экономической несостоятельности (банкротства)»[24].

---

[23] Об экономической несостоятельности (банкротстве): Закон Респ. Беларусь/ Национ. реестр прав. актов Респ. Беларусь, 11.08. 2000, № 73, 2/198.

[24] О некоторых вопросах экономической несостоятельности (банкротства): Указ Президента Республики Беларусь от 12.11. 2003 г. / Национ. реестр прав. актов Респ. Беларусь, 12.11.2003, № 127, 1/5085.

Дела об установлении фактов, имеющих юридическое значение, от которых зависит возникновение, изменение или прекращение имущественных прав юридических лиц и граждан, рассматриваются хозяйственным судом при невозможности получения заинтересованным лицом надлежащих документов, удостоверяющих эти факты, или же при невозможности восстановления утраченных документов.

Еще одной особенностью указанной категории дел является правило, согласно которому хозяйственный суд должен оставить заявление или жалобу без рассмотрения, если установит при рассмотрении, что возник спор о праве.

СПОСОБЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ВЛАДЕЛЬЦЕВ СРЕДСТВ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИИ

Р.В. Козорезова
судья Верховного Суда
Республики Беларусь

Глава 67 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК) к средствам индивидуализации участников оборота, товаров, работ или услуг относит фирменное наименование, товарный знак и географическое указание, которое включает в себя понятия "наименование места происхождения товара" и "указание происхождения товара".

В силу ст. 139 ГК на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ и услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т.п.) признается исключительное право (интеллектуальная собственность) гражданина или юридического лица. Использование результатов интеллектуальной собственности и средств индивидуализации, которые являются объектом исключительных прав, может осуществляться третьими лицами только с согласия правообладателя.

Наиболее часто используемое в гражданском обороте средство индивидуализации – это товарные знаки.

Согласно п.п. 1 и 2 ст. 3 Закона Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» (далее – Закон о товарных знаках) владелец товарного знака имеет исключительное право использовать товарный знак и распоряжаться им, а также право запрещать использование товарного знака другими лицами. Никто не может использовать охраняемый на территории Республики Беларусь товарный знак, на который выдано свидетельство, без разрешения его владельца.

В практике периодически возникает вопрос о правах владельцев товарных знаков, которые могут быть признаны сходными между собой до степени смешения и зарегистрированными в отношении однородных товаров. Вопрос

заключается в том, что у каждого из владельцев таких товарных знаков имеются одинаковые правомочия – использовать знак, запрещать его использование иными лицами и разрешать иным лицам использовать этот знак. Согласно п. 3 ст. 3 Закона нарушением прав владельца товарного знака признаются несанкционированные изготовление, применение, ввоз, предложение к продаже, продажа и иное введение в гражданский оборот или хранение с этой целью товарного знака или товара, обозначенного этим знаком, или обозначения, сходного с ним до степени смешения, в отношении однородных товаров, а также неоднородных товаров, обозначенных товарным знаком, признанным общеизвестным в Республике Беларусь.

В связи с развитием системы Интернет возникла также проблема "столкновения" прав на товарные знаки с наименованиями доменов в сети Интернет.

Кроме того, некоторые хозяйствующие субъекты в целях формирования и поддержания потребительского интереса к своим товарам, расширения их сбыта прибегают к использованию чужих средств индивидуализации, пытаясь такими незаконными действиями вызвать смешение в восприятии потребителей в отношении производителей товара.

Во всех перечисленных случаях предоставляемые законодательством владельцу зарегистрированного товарного знака исключительные права могут служить основанием для предъявления исков к лицам, использующим знак в отношении однородных товаров без разрешения владельца, а также к лицам, использующим обозначения, сходные с зарегистрированным знаком до степени смешения.

Действующее законодательство устанавливает достаточно широкий перечень способов защиты прав владельцев средств индивидуализации. Эти способы защиты можно условно разделить на две разновидности: общие (универсальные) и особенные (специальные)[25].

Перечень общих способов, которые применимы, как правило, для защиты любого субъективного гражданского права, закреплен в ст. 11 ГК. Выбор наиболее подходящего из указанных в ст. 11 ГК способов и механизм его применения зависят от характера совершенного правонарушения и существа нарушенного (оспариваемого) права, обладателем которого является владелец средства индивидуализации.

Что касается применения такого способа защиты гражданских прав как пресечение действий, нарушающих право, исковые требования по большинству дел о прекращении нарушения права на использование товарного знака, судом были удовлетворены.

Компания «Bacardi & Company Limited», Лихтенштейн, обратилась в суд с исками, указав в заявлениях, что на основании свидетельства о регистрации товарного знака она является в Республике Беларусь владельцем товарного знака «MARTINI», зарегистрированного для товаров 32 и 33 классов МКТУ, а

---

[25] См: Брагинский, М.И., Витрянский, В.В. Договорное право. Общие положения. М., 1997. – С. 628-629.

ответчики, без надлежащего её разрешения, ввозят на территорию Республики Беларусь алкогольную продукцию, обозначенную товарным знаком «MARTINI», осуществляют ее хранение и предлагают к продаже.

Суд, установив, что вышеуказанными действиями ответчиков нарушается исключительное право истца на использование принадлежащего ему товарного знака, по обоим искам запретил белорусским предприятиям ввоз на территорию Республики Беларусь продукции, маркированной товарным знака «MARTINI».

Судом также были вынесены решения о прекращении нарушения права на использование товарного знака «BORK», принадлежащего в Республике Беларусь немецкой фирме «B.O.R.K. Electronik GmbH», изделия которой были введены в гражданский оборот Республики Беларусь без разрешения правообладателя, а также на использование товарного знака «GOOGLE», который использовался в сети Интернет в доменном имени google.by без разрешения владельца знака – американской корпорации «GOOGLE Inc.» и др.

Особенные способы защиты, под которыми необходимо понимать правоохранительные меры, применимые только для защиты субъективных прав владельцев средств индивидуализации, определены законодательством о средствах индивидуализации.

В частности, ст. 29 Закона о товарных знаках устанавливает, что защита гражданских прав от незаконного использования товарного знака, кроме требований о прекращении нарушения и взыскании причиненных убытков, может осуществляться также путем ареста или уничтожения товаров, а также наложения штрафа в размере стоимости товара, в отношении которого незаконно применен товарный знак.

Так, по пяти гражданским делам, рассмотренным судебной коллегией по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь, были вынесены решения о взыскании с ответчиков в пользу СП ЗАО «Милавица» штрафов в размере стоимости товаров.

Ответчиками по указанным делам являлись индивидуальные предприниматели, предлагавшие на рынках столицы женское белье, маркированное товарным знаком «MILAVITSA» без разрешения правообладателя, не являющееся продукцией СП ЗАО «Милавица» и предлагавшееся к продаже в нарушение требований закона.

Что касается подходов судебной практики по разрешению споров о столкновении различных средств индивидуализации, судебная коллегия по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь при рассмотрении таких дел анализирует три группы критериев: различительную способность обозначения правообладателя (истца); сходство обозначений истца и ответчика до степени смешения; однородность товаров и услуг истца и ответчика, которые предлагаются под спорным обозначением.

Необходимо отметить, что нарушение права владельца средства индивидуализации возможно только тогда, когда присутствуют все три составляющие, отсутствие хотя бы одной из них влечет за собой принятие судом решения об отказе в иске. Остановимся на каждом из критериев более подробно.

Различительная способность обозначения зависит от вида средства индивидуализации, от характеристик обозначения, которое может быть комбинированным, словесным, графическим, объемным, и т.п., а также от особенностей использования обозначения, в результате которого может произойти как усиление, так и ослабление и даже утрата различительной способности обозначения.

По общему правилу, различительная способность должна быть у каждого из средств индивидуализации, в противном случае обозначение не сможет выполнять функцию индивидуализации и отличать товары и услуги одного лица от товаров и услуг другого лица. К примеру, обозначения, зарегистрированные в качестве товарных знаков, будут обладать высокой различительной способностью в случае, если они являются оригинальными, фантазийными, не являются общепринятыми лексическими единицами для определенного вида товаров, и т.п.

ЧУП «Э» обратилось в суд с иском к СП ЗАО «Т», указав в исковом заявлении, что на основании свидетельства о регистрации он, истец, является в Республике Беларусь владельцем комбинированного товарного знака «ТДК «Эрцгамма» телефонный дамский клуб», зарегистрированного для услуг 44, 45 классов МКТУ, и использует это обозначение в рекламе предоставляемых им услуг. Ответчик, оказывая населению аналогичные услуги, в рекламных модулях использует обозначение «Твой Дамский Клуб», которое, по мнению истца, сходно до степени смешения с вышеназванным товарным знаком и нарушает его, истца, исключительное право на товарный знак.

Ссылаясь на указанные обстоятельства, истец просил запретить ответчику с момента вынесения судом решения использование в рекламных модулях словесного обозначения «Твой Дамский Клуб».

Суд, положив в основу решения заключение судебной патентно-лингвистической экспертизы и придя к выводу о том, что используемое ответчиком обозначение «Твой Дамский Клуб» не является сходным до степени смешения с товарным знаком «ТДК «Эрцгамма» телефонный дамский клуб», истцу в иске отказал, указав в решении, что в товарном знаке, принадлежащем истцу, словесный элемент «телефонный дамский клуб» не является охраноспособным, в связи с чем использование словесного обозначения «телефонный дамский клуб» или обозначения «Твой Дамский Клуб» другими лицами для однородных услуг не будет являться нарушением права на товарный знак.

Второй критерий, по которому проводится юридический анализ в делах о столкновении средств индивидуализации – **сходство обозначений.**

Согласно п. 24 Правил рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания, утвержденных постановлением Государственного патентного комитета Республики Беларусь 31 августа 2001 г. № 3 (далее – Правила) обозначение считается тождественным с другим обозначением, если оно совпадает с ним во всех элементах.

Сходство до степени смешения двух объектов – это явление, при котором, несмотря на отдельные различия обозначения, воспринимаются потребителями как одинаковые, тождественные. Такое восприятие – результат того, что любое обозначение порождает в сознании потребителей определенные образы, ассоциации. Если эти образы или ассоциации одинаковы, то объекты сходны до степени смешения.

Для установления сходства до степени смешения применяются различные критерии. Выбор зависит от характера обозначения: словесное, изобразительное или комбинированное. Словесные обозначения произносятся, озвучиваются, следовательно, к ним может применяться критерий фонетического сходства. Изобразительные обозначения воспринимаются зрением и порождают зрительные впечатления. Наконец, любые обозначения могут вызывать смысловые ассоциации, смысловое сходство.

Обозначения считаются сходными до степени смешения, с другим обозначением при наличии несовпадающих элементов, если оно ассоциируется с ним в целом[26].

Сходство словесных обозначений может быть звуковым (фонетическим), графическим (визуальным) и смысловым (семантическим)[27].

При оценке сходства принимается во внимание вид обозначений (словесные, изобразительные, объемные) шрифт, количество слогов в обозначениях, близость состава согласных, расположение букв по отношению друг к другу, алфавит, буквами которого написано слово, звучание, смысл, общее зрительное впечатление, доминирующие элементы и др.[28]

Для признания нарушения необходимо, чтобы обозначения были тождественны друг другу или сходство достигало степени смешения.

Так, физическое лицо, владелец товарного знака «БОГАТЫР» обратился в суд с иском к РУП «Борисовхлебпром», указав в иске, что ответчик нарушает его права как владельца знака, так как изготавливает и предлагает к продаже хлеб, маркируемый обозначением «Богатырский». Истец считал, что обозначение «Богатырский» и товарный знак «БОГАТЫР» являются сходными до степени смешения, что нарушает его права, как владельца товарного знака в отношении однородных товаров 30 кл. МКТУ и просил суд обязать РУП «Борисовхлебпром» удалить с товара и упаковки товара обозначение «Богатырский».

---

[26] п. 25 Правил

[27] п. 29 Правил

[28] Подробное описание критериев для сравнения сходства словесных, изобразительных и комбинированных обозначений содержится в п.п. 28- 36 указанных Правил.

Судом была назначена судебно-лингвистическая экспертиза, которая в заключении указала, что при имеющемся сходстве в фонетике слов и отсутствии сходства в семантике и графике, товарный знак «БОГАТЫР» не ассоциируется в целом с обозначением «Богатырский», в связи с чем указанные обозначения нельзя признать сходными до степени смешения. Истцу в удовлетворении его требований в иске было отказано.

Под однородностью товаров (услуг) понимается возможность возникновения у потребителя представление о принадлежности товаров или услуг, маркированными сходными товарными знаками, одному хозяйствующему субъекту. Только при установлении такой возможности можно вести речь о нарушении исключительных прав. Если товары и услуги являются разнородными, относятся к различным группам товаров и услуг (например, хлеб и двигатели, одежда и бытовая техника), то тогда не существует каких-либо препятствий нескольких тождественных или сходных средств индивидуализации. В таком случае в сознании потребителя не будут смешиваться товары и услуги предприятий и не будет возникать представлений о том, что товары или услуги производятся одним и тем же лицом.

Товары и услуги оцениваются по ряду показателей, среди которых: род (вид), устройство, назначение товаров, вид материала, из которого они изготовлены, способы изготовления, условия сбыта товаров, круг потребителей и др.[29].

Истец – СП «И» – обратилось в суд с иском о защите права на товарный знак «КОРОВКА», указав, что ответчик – РУП «Т» изготавливает продукцию «Коровка городская», используя указанный товарный знак без разрешения истца, чем нарушает его, истца, право как владельца товарного знака и просил взыскать с ответчика в пользу истца штраф в размере 10 000 рублей.

Судом было установлено, что истец является владельцем товарного знака «Коровка» с 1998 года, знак зарегистрирован для товаров 30 кл. МКТУ – кондитерские изделия. Этикетки, которые использовалась ответчиком для обертки указанных конфет, представляли комбинированные цветные обозначения, включающее стилизованное изображение (коровы на лужайке) и словесные элементы, в том числе, доминирующий элемент – «Коровка городокская».

Суд также установил, что производимая ответчиком продукция – конфеты «Коровка городокская» и товары, для которых зарегистрирован товарный знак – кондитерские изделия – являются однородными.

Проведя сравнительный анализ товарного знака «КОРОВКА» с этикетками «Коровка городокская» на предмет их фонетического, графического и семантического сходств, суд в решении указал, что в связи с

[29] п.п.37, 38 Правил.

использованием несколькими предприятиями на протяжении длительного (с 1970 г.) времени словесного обозначения «Коровка» для маркировки кондитерской продукции – конфет, изготавливаемой по одной рецептуре, данное обозначение способно вызвать в сознании потребителя ассоциацию, связанную с видом, качеством конфет, а не представление о том, что конфеты «КОРОВКА» изготавливаются каким-либо одним производителем. С учетом данного обстоятельства суд пришел к выводу, что товарный знак «Коровка» и этикетка «Коровка городокская» при имеющемся частичном сходстве в фонетике и семантике и отсутствии между ними сходства в графике, не ассоциируются друг с другом в целом; их различное восприятие обусловлено также ослабленной различительной способностью словесного обозначения «КОРОВКА», а также наличием в обозначении «Коровка городокская» указания на место происхождения товара.

Исходя из изложенного, истцу в иске было отказано.

Что касается соотношения права на товарный знак с правом на фирменное наименование, необходимо отметить, что одному и тому же обозначению может быть предоставлена правовая охрана, как в качестве товарного знака, так и в качестве фирменного наименования.

В связи с тем, что право на фирменное наименование и право на товарный знак взаимно дополняют друг друга и расширяют объем прав их обладателя, многие фирмы стремятся к регистрации на свое имя товарных знаков, включающих их фирменное наименование.

Столкновение имеет место только между тождественными обозначениями и обозначениями, сходными до степени смешения, только в случаях, когда владельцы прав - разные лица и только если обозначения, принадлежащие разным владельцам, применяются в отношении однородных товаров или услуг.

Согласно п. 3 ст. 5 Закона не регистрируются в качестве товарных знаков обозначения, воспроизводящие известные на территории Республики Беларусь в отношении однородных товаров фирменные наименования (или их части), принадлежащие другим лицам.

По применению вышеуказанной нормы Закона также начала складываться определенная судебная практика – если суд устанавливает, что обладатель фирменного наименования вел свою деятельность до даты приоритета товарного знака, то приходит к выводу о необходимости применения названной правовой нормы.

Кроме того, судебная практика рассмотрения гражданских дел также показывает, что при предъявлении иска к лицам, использовавшим средство индивидуализации без разрешения владельца, ответчики довольно часто прибегают к такому средству защиты, как подача возражения в Апелляционный совет при государственном учреждении «Национальный центр интеллектуальной собственности» против регистрации знака, в отношении которого возник спор. Если возражение, поданное ответчиком,

удовлетворяется, то истец теряет права на свой товарный знак, следовательно, и основания для удовлетворения иска.

ИСК ПОДАЛ – ПАТЕНТ ПОТЕРЯЛ (ИЗ ПРАКТИКИ ЗАЩИТЫ ПРАВ НА ПОЛЕЗНУЮ МОДЕЛЬ)

В.М. Картузов
судья Верховного Суда
Республики Беларусь

С принятием в 2002 году Закона «О патентах на изобретения, полезные модели, промышленные образцы»[1] (далее – Закон «О патентах») в Республике Беларусь была введена охрана такого объекта промышленной собственности как полезная модель.

Согласно Закону «О патентах» полезной моделью, которой предоставляется правовая охрана, признается **техническое решение**, относящееся к **устройствам** и являющееся при этом **новым** и **промышленно применимым** (ст. 3).

Полезная модель как объект промышленной собственности распространена в мире не в такой степени, как изобретение. Специальные законодательства о полезных моделях имеются в странах, которые используют для охраны технических новшеств в основном германскую систему. Полезную модель иначе называют малым изобретением из-за того, что к ней предъявляется на один критерий патентоспособности меньше, чем к «классическому» изобретению. Кроме того, максимальный срок охраны полезной модели обычно гораздо короче, чем максимальный срок охраны «классического» изобретения.

Так на основании ст. 1 Закона «О патентах» патент на полезную модель действует в течение пяти лет с даты подачи заявки в государственное учреждение «Национальный центр интеллектуальной собственности» (далее – патентный орган) с возможным продлением этого срока патентным органом по ходатайству патентообладателя, но не более чем на три года. Т.е. максимальный срок действия патента на полезную модель по белорусскому законодательству составляет восемь лет, в то время как этот срок для изобретения составляет двадцать лет (без учета продления срока действия патента на отдельные изобретения).

Но, несмотря на более короткий срок действия патента на полезную модель, а равно и срок ее охраны, в силу упрощенной процедуры, укороченных сроков и меньших расходов получения патента, данный объект промышленной собственности быстро получил распространение как разновидность охраны технических решений. Так по данным патентного органа на начало 2009 г. в Республики Беларусь действовало 2 368 патентов на полезные модели[2].

---

[1] Закон Республики Беларусь от 16 декабря 2002 г. № 160-З вступил в силу в июле 2003 г.
[2] «Юрист», 2009. – №3. – С. 66.

Особенностью упрощенной процедуры получения патента на полезную модель является то, что в силу п. 2 ст. 23 Закона «О патентах» при экспертизе заявки[3] на полезную модель проверка соответствия заявленной полезной модели условиям патентоспособности, установленным настоящим Законом, не осуществляется.

Поступающие в патентный орган заявки на выдачу патента на полезную модель регистрируются и передаются на экспертизу, при проведении которой проверяются наличие необходимых документов, соблюдение установленных требований к ним и рассматривается вопрос о том, относится ли заявленное предложение к объектам полезной модели (п. 3 ст. 23 Закона «О патентах»).

Если в результате экспертизы заявки на полезную модель установлено, что заявка подана на предложение, относящееся к объектам полезной модели, и документы ее оформлены правильно, патентный орган принимает решение о выдаче патента (п. 11 ст. 23 Закона «О патентах»). Другими словами патент на полезную модель выдается патентным органом под ответственность заявителя – лица подающего заявку в патентный орган.

Из указанного следует, что патент на полезную модель будет выдан патентным органом практически на любое техническое предложение, относящееся к устройствам, если документы заявки на выдачу патента на полезную модель формально будут оформлены в соответствии с требованиями патентного органа, что фактически и происходит. Эта ситуация позволяет заявителям получать охранные документы на полезные модели достаточно быстро (не более девяти месяцев после подачи заявки), что является несомненным преимуществом по сравнению с получением патента на изобретение (только экспертиза проводится более двух-трех лет), а восьмилетний срок охраны может оказаться достаточным для реализации исключительного права на полезную модель. После чего можно усовершенствовать устройство, охраняемое патентом на полезную модель, оформить следующую заявку на усовершенствование этой полезной модели и также быстро получить следующий патент на очередные восемь лет.

При этом лицо, которому выдается патент на полезную модель, – патентообладатель получает охраняемое государством такое же исключительное право на использование запатентованной полезной модели, как и патентообладатель изобретения.

В силу ч. 1 ст. 8 Закона «О патентах» исключительное право на использование полезной модели включает право использовать полезную модель по своему усмотрению, если это не нарушает право других лиц, а также включает право запрещать использование полезной модели другим лицам.

Согласно ст.9 Закона «О патентах» нарушением исключительного права патентообладателя полезной модели признаются осуществленные без его согласия изготовление, применение, ввоз, предложение к продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей изделия, изготовленного с применением запатентованной полезной модели.

---

[3] Заявка – комплект документов, установленный ст. 14 Закона «О патентах».

Любое юридическое или физическое лицо, использующее полезную модель с нарушением Закона «О патентах», считается нарушителем патента. По требованию патентообладателя нарушение его исключительного права должно быть прекращено, а лицо, виновное в нарушении, обязано возместить патентообладателю причиненные убытки в соответствии с законодательством (п. 5 ст. 8 Закона «О патентах»). Кроме указанных способов, нарушенное исключительное право может защищаться патентообладателем и другими способами, указанными в ст.11 Гражданского кодекса Республики Беларусь.

Для разрешения спора, возникающего между обладателем патента на полезную модель и нарушителем исключительного права патентообладателя, последний, как правило, подает иск в суд[4].

Отсутствие при экспертизе заявки на полезную модель проверки соответствия заявленной полезной модели условиям патентоспособности «новизна» и «промышленная применимость» является причиной выдачи патентов на полезные модели, которые не отвечают указанным условиям.

Кроме того, как отмечает известный специалист в области патентного права Джермакян В.Ю.[5], практика патентных ведомств зарубежных стран, в том числе российского, свидетельствует, что простота получения патента на полезную модель позволяет непорядочным заявителям подавать заявки и получать патенты на полезные модели с целью последующего предъявления действующим на рынке хозяйствующим субъектам претензий в отношении давно выпускаемой продукции.

В тоже время наличие у патентообладателя патента на полезную модель, не отвечающую условиям патентоспособности, в свою очередь позволяет лицу, использующему техническое решение, аналогичное тому, на которое выдан патент, при возникновении спора достаточно просто лишить патента лицо, которому он выдан.

Лишить патентообладателя патента в случае, если полезная модель не соответствует одному из критериев патентоспособности, возможно в административном порядке через признание патента недействительным. Административный порядок означает подачу любым физическим или юридическим лицом возражения против выдачи патента в Апелляционный совет при государственном учреждении «Национальный центр интеллектуальной собственности» (далее – Апелляционный совет). Возражение против выдачи патента должно быть рассмотрено Апелляционным советом в течение шести месяцев с даты его поступления. Решение Апелляционного совета, принятое по возражению против выдачи патента, может быть обжаловано лицом, подавшим это возражение, или патентообладателем в

---

[4] В соответствии ст. 45 ГПК Республики Беларусь дела по спорам, вытекающим из применения законодательства, регулирующего имущественные и личные неимущественные отношения, возникающие в связи с созданием, правовой охраной и использованием объектов интеллектуальной собственности рассматривает Верховный Суд республики Беларусь.

[5] Джермакян, В.Ю. Спекулятивные заявки, зонтичные патенты и последствия обмана патентного ведомства. ИНИЦ Роспатента. М., 2004. – С. 23.

судебном порядке в течение шести месяцев со дня получения решения (ст. 33 Закона «О патентах»).

Как показывает судебная практика, ответчики по делам по спорам, касающимся нарушения исключительных прав на полезные модели, успешно используют в качестве защиты против заявленного иска такое средство как признание патента недействительным путем подачи соответствующего возражения в Апелляционный совет.

Это ситуация подтверждается нижеследующим примером из практики судебной коллегии по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь.

Пример 1. Истица Ч. как патентообладатель патента на полезную модель «Складная картонная коробка» обратилась в Верховный Суд с исковым заявлением, в котором указала, что СООО «С» выпускает без ее разрешения складную коробку, воспроизводящую конструкцию коробки, защищенную патентом. По ее мнению, все признаки охраняемой патентом полезной модели, включенные в независимый пункт формулы[6], используются в изделии, изготавливаемом СООО «С». А это обстоятельство, по мнению истицы, является нарушением исключительного права истицы на использование запатентованной полезной модели. Ссылаясь на указанное обстоятельство, истица Ч. просила суд запретить ответчику изготовление изделий – складных коробок.

В качестве защиты против заявленного иска ответчик избрал такое средство как оспаривание в административном порядке правомочности выдачи патента и обратился в Апелляционный совет при государственном учреждении «Национальный центр интеллектуальной собственности» (далее – Апелляционный совет) с возражением против выдачи Ч. патента на полезную модель «Складная картонная коробка», полагая, что указанная полезная модель не удовлетворяет условиям патентоспособности «новизна».

Апелляционный совет в результате рассмотрения возражения СООО «С» против выдачи патента пришел к выводу, что оспариваемый патент на полезную модель «Складная картонная коробка» действительно не соответствует такому условию патентоспособности, как «новизна» в силу известности устройства задолго до даты подачи заявки истицей Ч.

Решением Апелляционного совета возражение СООО «С» было удовлетворено и патент на полезную модель «Складная картонная коробка» на имя Ч. был признан недействительным. В связи с этим истица «Ч» лишилась исключительного права на указанную полезную модель и как следствие – законной возможности на защиту этого права.

Не найдя аргументов против доводов, изложенных в решении Апелляционного совета, это решение истица Ч. не стала обжаловать в установленном порядке, а обратилась в суд с заявлением об отказе от иска к СООО «С». Данный отказ был принят судом.

---

[6] Формула полезной модели – это логическое определение полезной модели совокупностью всех ее существенных признаков, служащее для определения объема правовой охраны, предоставляемой патентом.

При рассмотрении споров о нарушении исключительных прав на использование полезных моделей возникает и более сложная ситуация, когда в силу отсутствия проверки заявленного в качестве полезной модели технического решения условиям патентоспособности, каждое из юридически заинтересованных в исходе дела лиц (истец, ответчик) имеет патент на полезную модель и осуществляет выпуск продукции с использованием своей запатентованной полезной модели. При этом полезные модели имеют одно и тоже назначение, характеризуются одинаковыми либо эквивалентными признаками, приведенными в независимом пункте формулы, но имеют разные даты приоритета.

Согласно рекомендации Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации[7] в такой ситуации, т.е. при наличии двух патентов на полезную модель, до признания в установленном порядке недействительным патента с более поздней датой приоритета действия обладателя данного патента по его использованию не могут быть расценены в качестве нарушения патента с более ранней датой приоритета. Принимая такую рекомендацию, Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, понимая невозможность существования двух патентов на одно и тоже техническое решение с разными датами приоритета, исходил, скорее всего, из того, что признание одного из этих патентов недействительным отнесен законодательством Российской Федерации к компетенции палаты по патентным спорам.

Однако позиция Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации в этой части подверглась критике в России. Так на некорректность сформулированной в информационном письме рекомендации указывают в своей статье В.Ю. Джермакян и Е.А. Дедков[8]. В частности они отмечают, что «наличие патента у ответчика не является обстоятельством, имеющим какое-либо значение для спора о прекращении нарушения патента (истца). Ведь существенные для дела обстоятельства ограничены вопросами наличия права у истца, использования запатентованного технического решения в продукте ответчика, наличия или отсутствия оснований, позволяющих сделать вывод о правомерности такого использования».

Также и, по мнению автора данной статьи, изложенный выше подход Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации является весьма дискуссионным, так как при рассмотрении спора суд не вправе обязать владельца патента с более поздней датой приоритета в случае, если он является ответчиком по делу, предпринять действия по признанию патента истца по делу, имеющего более раннюю дату приоритета, недействительным. В свою очередь и суд не может инициировать подачу возражения в Апелляционный совет. В результате спор остается неразрешенным, а ответчик может продолжать нарушать право истца, прикрываясь своим патентом.

---

[7] Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 13 декабря 2007 г. – № 122.

[8] Джермакян, В.Ю., Дедков, Е.А. Коллизия патентных прав: обоснован ли новый подход Высшего арбитражного суда РФ? //Патенты и лицензии. – 2008. № 9. С. 2-14.

Представляется более рациональным следующий подход при разрешении возникшего спора между несколькими обладателями патентов на одну полезную модель. Если при рассмотрении иска суд устанавливает наличие патента на такую же полезную модель и у ответчика, то суд разъясняет сторонам в споре их право обжаловать в административном порядке законность выдачи патента другому лицу. В результате возможно несколько вариантов развития ситуации, но любом случае суд сможет рассмотреть возбужденное дело по существу с вынесением решения, что и подтверждается примером из практики судебной коллегии по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь.

Пример 2. В судебную коллегию с иском к предприятию «П» обратился гражданин П., указав в заявлении, что он является обладателем патента № 1712 на полезную модель «Вентиляционный клапан», зарегистрированную в Государственном реестре полезных моделей 30.12.2004 г. с приоритетом от 12.04.2004 г.

По сведениям истца предприятие «П» с мая 2005 г. выпускает вентиляционные клапаны, предназначенные для осуществления естественной вентиляции внутри помещения, то есть продукцию того же назначения, что и вышеуказанная полезная модель. При этом ответчик при изготовлении своей продукции использует охраняемую патентом полезную модель истца.

По мнению истца П., изготавливая вентиляционные клапаны, воспроизводящие конструкцию вентиляционного клапана, защищенного вышеуказанным патентом, предприятие «П» нарушает исключительное право П. на использование указанной модели.

Ссылаясь на эти обстоятельства, истец П. просил суд запретить ответчику производить изделие «Клапан вентиляционный сборный».

Представители ответчика не согласились с требованиями истца и указали, что предприятию «П» патентным органом 16.05.2006 г. также был выдан патент на полезную модель «Вентиляционный клапан» с приоритетом от 28.02.2006 г. Указанный патент, по мнению представителей ответчика, и используется в выпускаемой им продукции, а наличие двух патентов на идентичное техническое решение может создать правовую коллизию.

Ввиду наличия патентов на полезную модель одного и того же назначения у каждой из сторон в судебном заседании судом сторонам было разъяснено право на подачу возражения в Апелляционный совет с целью признания патента недействительным, поскольку в силу принципа состязательности в процессе стороны сами обязаны доказать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основание своих требований и возражений (ст. 19, 20 ГПК Республики Беларусь). Причем от самих сторон зависит, участвовать ли им в состязательном процессе, либо вести себя пассивно: поддерживать ли истцу иск, возражать ли ответчику против иска либо признавать его, представлять ли доказательства в обоснование своих требований или возражений и т.д. Не участие в процессе состязательности, как правило, влечет неблагоприятные последствия для той стороны, которая уклоняется от доказывания.

Ответчик по делу – предприятие «П» – не воспользовался своим правом и отказался от подачи возражения в Апелляционный совет против выдачи патента истцу, полагая, что не нарушает исключительное право истца, так как не использует в выпускаемой продукции все признаки полезной модели, указанные в независимом пункте формулы по патенту истца, и в силу этого ему незачем тратить средства на обжалование патента истца.

В такой ситуации дело по иску гражданина П. к предприятию «П» судом было рассмотрено по существу. По делу была назначена судебная патентно-техническая экспертиза, которая установила, что предприятие «П» при изготовлении изделия «Клапан вентиляционный сборный» использует все признаки полезной модели, охраняемой патентом истца.

В связи с тем, что мнения экспертов у суда сомнений не вызвали, суд пришел к выводу о том, что ответчик, применяя при изготовлении изделия «Клапан вентиляционный сборный» полезную модель, охраняемую на территории Республики Беларусь патентом, принадлежащим истцу П., без его согласия нарушает принадлежащее ему исключительное право на использование указанной полезной модели. В связи с этим суд запретил предприятию «П» изготовление изделия «Клапан вентиляционный сборный» с применением полезной модели истца без его на то согласия.

После вынесенного судом решения, запрещающего предприятию «П» использовать патент № 1712, истец П. вновь обратился в суд с иском к предприятию «П», но уже с требованием о взыскании с указанного предприятия причиненного ущерба за использование этого патента.

И вот только на данной стадии спора предприятие «П» обратилось в Апелляционный совет с возражением против выдачи гражданину П. патента № 1712 на полезную модель «Вентиляционный клапан», считая, что указанный патент не соответствует такому критерию патентоспособности как «промышленная применимость». По мнению предприятия «П», исходя из описания и формулы полезной модели, создать материальное средство «вентиляционный клапан» невозможно; формула полезной модели, описание и чертежи содержат технические ошибки, делающие устройство неработоспособным.

Апелляционный совет, проанализировав доводы возражающей стороны и патентообладателя П., пришел к выводу, что полезная модель по патенту, принадлежащему П., охарактеризованная совокупностью признаков, представленных в формуле, не соответствует условию патентоспособности «промышленная применимость», так как устройство в том виде, как оно охарактеризовано в формуле полезной модели, не способно реализовывать указанное назначение - осуществлять естественную вентиляцию помещений.

Решением Апелляционного совета возражение предприятия «П» было удовлетворено и патент Республики Беларусь № 1712 на полезную модель «Вентиляционный клапан», выданный на имя П., признан недействительным.

Это решение Апелляционного совета было обжаловано П. в судебную коллегию по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда.

С целью проверки доводов юридически заинтересованных в исходе дела лиц, законности и обоснованности выводов Апелляционного совета, а также для установления того, содержит ли формула полезной модели «Вентиляционный клапан» все необходимые существенные признаки и обеспечивает ли совокупность этих признаков возможность реализации назначения полезной модели, судебной коллегией в ходе рассмотрения жалобы была назначена судебная патентно-техническая экспертиза.

Согласно заключению экспертизы формула вышеуказанной полезной модели не содержит всех признаков, являющихся существенными элементами этой полезной модели.

Оценив заключение экспертов в совокупности с другими доказательствами по делу, суд счел возможным положить его в основу решения, признав правильным вывод Апелляционного совета о несоответствии полезной модели «Вентиляционный клапан» по патенту Республики Беларусь, выданному П., условию патентоспособности «промышленная применимость».

После состоявшегося решения об отказе в удовлетворении жалобы на решение Апелляционного совета гражданин П. обратился в суд с заявлением об отказе от иска о взыскании с предприятия «П» причиненного ущерба. Отказ истца от иска был принят судом. На этом спор между этими лицами был завершен.

Как следует из приведенного примера, спор между указанными субъектами мог бы закончиться при рассмотрении первого иска, если бы предприятие «П» воспользовалось правом, которое ему было разъяснено судом, и обратилось в Апелляционный совет с возражением против выдачи гражданину П. патента № 1712 на полезную модель «Вентиляционный клапан».

Таким образом, как следует из приведенных примеров истцы как патентообладатели патентов на полезные модели, защищая свои исключительные права, в результате остались без патентов.

В первом случае неправильная оценка такого условия патентоспособности полезной модели как «новизна» на стадии оформления и подачи заявки на получение патента, желание получить исключительное право на известную до даты приоритета конструкцию складной картонной коробки, а также желание запретить другим лицам использование этой конструкции привели, в конечном счете, к тому, что патент был признан недействительным, а гражданка Ч., которой патент был выдан, лишилась в результате исключительного права на полезную модель.

Во втором случае неграмотное оформление материалов заявки на выдачу патента, в частности описания и формулы полезной модели дало основание Апелляционному совету признать полезную модель «Вентиляционный клапан» не соответствующую такому условию патентоспособности как «промышленная применимость», и, в конечном счете, привело к такому же результату.

Очень хотелось бы надеется, что данная статья сориентирует потенциальных заявителей на более ответственный подход к оформлению заявок на получение патентов на полезные модели, предостережет от

переоценки своих разработок и от желания получить исключительные права на известные до даты подачи заявки чужие разработки, а обладателям патентов на полезные модели позволит более рационально оценивать возможности при защите полученных исключительных прав.

НЕКОТОРЫЕ ПРОЦЕССУАЛЬНЫЕ АСПЕКТЫ РАССМОТРЕНИЯ СПОРОВ, СВЯЗАННЫХ С ТОВАРНЫМИ ЗНАКАМИ

Ж.Б. Шкурдюк
заместитель Председателя
Верховного Суда
Республики Беларусь

В конкурентной борьбе на рынке товаров и услуг перед производителями наиболее остро всегда стоял вопрос о выделении своих товаров из общей массы. Законы конкуренции требуют от производителей, преследующих цель активного закрепления и продвижения на рынке, разработки оригинальных, запоминающихся товарных знаков, отличающихся новизной по отношению к знакам, уже используемым на рынке для индивидуализации продукции. Лишь в таком случае товарные знаки будут сильными и устойчивыми, а их владельцам не придется пребывать в постоянном страхе аннулирования регистрации знаков патентным ведомством и судом. Вместе с тем именно с такой задачей бывает достаточно сложно справиться, поскольку традиционных обозначений, к которым мировая практика относит словесные и изобразительные обозначения, а также их комбинации, для этих целей уже не хватает.

В качестве товарных знаков могут быть зарегистрированы самые различные виды условных символов. Однако Закон о товарных знаках, учитывая зарубежный законодательный опыт и положения Парижской конвенции, содержит конкретные (абсолютные и относительные) основания, при наличии которых патентным ведомством может быть отказано заявителю в регистрации заявленного обозначения в качестве товарного знака.

Свидетельствует ли такой жесткий подход к процедуре регистрации о том, что экспертами не допускаются ошибки при принятии решений об отказе в регистрации обозначения в качестве товарного знака либо знака обслуживания или решений, которыми правовая охрана обозначению предоставляется?

Вовсе нет. Ошибки неизбежны, так как при оценке всех обстоятельств в ходе проведения экспертизы, предшествующей принятию решения, определенную роль играет присущий деятельности эксперта субъективный фактор. Поэтому законодателем предоставлена *возможность исправления ошибок путем подачи* заинтересованными лицами *возражений и жалоб в орган предварительного внесудебного (административного) урегулирования* споров при патентном ведомстве.

В соответствии с Положением об Апелляционном совете указанный орган является тем специализированным подразделением Национального центра интеллектуальной собственности, которое осуществляет (наряду с реализацией иных полномочий) досудебное урегулирование споров по вопросам охраноспособности объектов промышленной собственности в Республике Беларусь.

Заявитель вправе обратиться в этот орган с жалобой при несогласии с решением предварительной экспертизы об отказе в принятии заявки к рассмотрению, а также с повторным решением экспертизы заявленного обозначения (ст. 11 Закона о товарных знаках). Этим же органом по возражению любого лица может быть признана недействительной регистрация товарного знака по основаниям, указанным в ст. 25 Закона о товарных знаках. При этом возражение может содержать как одно основание для признания регистрации недействительной, так и совокупность таких оснований.

Следует иметь в виду, что, если при рассмотрении жалобы или возражения в Апелляционном совете у заявителя возникла необходимость *изменить или расширить доводы жалобы либо основания возражения*, сделать это следует *в письменном виде*, а Апелляционный совет должен рассмотреть все изменения и дополнения и принять по ним решение, поскольку судебная коллегия по делам интеллектуальной собственности Верховного Суда Республики Беларусь (далее – судебная коллегия) *не вправе рассматривать по существу те доводы и возражения, по которым заявителем не соблюден предварительный внесудебный (административный) порядок разрешения спора* и отсутствует решение Апелляционного совета.

В большинстве случаев Апелляционный совет в ходе внесудебного урегулирования спора исправляет разного рода недоработки и удовлетворяет поданные жалобы и возражения. При признании же доводов, указанных в жалобах и возражениях, не основанными на законе административный орган оставляет их без удовлетворения.

Статьями 11 и 25 Закона о товарных знаках, ст. 359 Гражданского процессуального кодекса Республики Беларусь (далее – ГПК) предусмотрено, что решение Апелляционного совета может быть обжаловано в судебную коллегию в течение 6 месяцев с даты его получения.

В ходе рассмотрения жалоб на решения Апелляционного совета судебная коллегия сталкивалась с двумя ситуациями, когда:

– в Апелляционном совете заявлялась совокупность оснований для признания регистрации недействительной, все основания поддерживались заявителем либо его представителем в ходе заседания Апелляционного совета, что подтверждалось протоколом заседания совета, но решение по одному из заявленных оснований не было принято, а в последующем это же основание содержалось в поданной в судебную коллегию жалобе на решение Апелляционного совета;

– основание возражения против регистрации товарного знака вообще не заявлялось в Апелляционном совете в совокупности оснований, следовательно,

не могло быть рассмотрено по существу с вынесением решения, но фигурировало в поданной в последующем в судебную коллегию жалобе на вынесенное Апелляционным советом решение либо было дополнительно заявлено в ходе рассмотрения в суде такой жалобы.

В обоих случаях заявители и их представители настаивали на рассмотрении судебной коллегией заявленных доводов и возражений в полном объеме несмотря на то, что особенностью рассмотрения подобного рода споров является *обязательное соблюдение порядка их предварительного внесудебного рассмотрения.*

В случае, когда протоколом заседания Апелляционного совета достоверно подтверждался тот факт, что основание для оспаривания регистрации товарного знака в возражении, поданном в Апелляционный совет, заявлялось, рассматривалось на заседании, однако решение советом в этой части не принималось, судебная коллегия предлагала Апелляционному совету восполнить пробел путем вынесения дополнительного решения.

Судебная коллегия столкнулась при рассмотрении жалобы на решение Апелляционного совета с ситуацией неполного рассмотрения на заседании названного органа всех оснований возражения ЧУП «Р» против регистрации товарного знака «Секретные исследования», произведенной на имя ООО «Л».

Заявителем – ЧУП «Р» – было подано в Апелляционный совет возражение против регистрации, произведенной на имя ООО «Л» для 16-го класса товаров (газеты, журналы и другие периодические издания), комбинированного товарного знака, состоящего из словесных обозначений «Секретные исследования» и «Secret Researches» (выполнены буквами русского и английского алфавитов) и содержащего изображение театральной маски. Возражение было подано со ссылкой на осуществление регистрации в нарушение Закона о товарных знаках (в редакции 2000 г.), в соответствии с пп. 5.1 п. 5 ст. 4 которого не допускается регистрация в качестве товарных знаков обозначений, являющихся ложными или способными ввести в заблуждение потребителя относительно товара, места его происхождения или его изготовителя (абсолютное основание для отказа в регистрации, а также обозначений, воспроизводящих названия известных в Республике Беларусь периодических изданий без согласия обладателя авторского права или его правопреемника (иное основание для отказа в регистрации, предусмотренное пп. 3.4 п. 3 ст. 5).

Обжалуемое решение Апелляционным советом было вынесено по существу только в отношении основания, предусмотренного пп. 5.1 п. 5 ст. 4 Закона о товарных знаках. Из протокола же заседания Апелляционного совета следовало, что заявителем поддерживалось и второе основание возражения, а поскольку решение по существу этого возражения Апелляционным советом не принималось, судебной коллегией было предложено Апелляционному совету вынести дополнительное решение в этой части. В последующем судебной коллегией рассматривалась жалоба на оба решения Апелляционного совета.

Во втором случае при обжаловании решения Апелляционного совета в суд судебной коллегией рассматривались по существу только те основания возражения, которые были предметом рассмотрения Апелляционного совета и по которым было принято решение.

Что же касается дополнительно заявленного в ходе судебного разбирательства основания для признания регистрации товарного знака недействительной, то в этой части жалоба судебной коллегией оставлялась без рассмотрения со ссылкой на ст. 165 ГПК, согласно которой суд оставляет заявление без рассмотрения, если заинтересованным лицом, обратившимся в суд, не соблюден установленный актами законодательства для данной категории дел порядок предварительного внесудебного разрешения дела.

Подобным образом поступила судебная коллегия при рассмотрении жалобы французской фирмы «С» на решение Апелляционного совета, в которой заявитель просил признать недействительной на территории Республики Беларусь международную регистрацию товарного знака «INDAP» в 05-м классе товаров по МКТУ.

В ходе судебного разбирательства представитель заявителя расширил объем заявленных требований и просил также признать частично недействительной международную регистрацию названного товарного знака в отношении смежных товаров 03-го класса по МКТУ (косметические средства для терапевтических целей).

Поскольку по дополнительно заявленному требованию фирма в Апелляционный совет не обращалась и отсутствовало решение Апелляционного совета в этой части, судебная коллегия вынесла определение об оставлении дополнительно заявленного требования без рассмотрения ввиду несоблюдения заявителем порядка предварительного внесудебного разрешения данного требования.

Сравнительно новой, но весьма актуальной для Беларуси проблемой является регистрация конкурентами на свое имя и последующее использование чужих заимствованных товарных знаков и знаков обслуживания, то есть так называемые «пиратские» подачи заявок. Конкуренты подают заявки на регистрацию известных товарных знаков зарубежных фирм на свое имя. Они регистрируют порой по 50 и более товарных знаков известных производителей, не успевших подать заявки на регистрацию своих обозначений в Республике Беларусь. И происходит это, как правило, тогда, когда владельцы не в полной мере реализуют свои права: не владеют ситуацией на рынке в отношении движения однородных товаров и их рекламы и не пресекают незаконное использование принадлежащих им товарных знаков. Мировой же опыт показывает, что в подавляющем большинстве случаев неправомерное использование товарного знака является актом недобросовестной конкуренции.

Следует напомнить, что в январе 2004 г. п. 1 ст. 25 Закона о товарных знаках был дополнен пп. 1.4, предусматривающим возможность признания регистрации товарного знака недействительной полностью или частично в течение всего срока ее действия, если связанные с регистрацией действия

владельца товарного знака признаны в установленном порядке недобросовестной конкуренцией.

Но поскольку данный порядок не был определен и не нашел достаточно четкого законодательного регулирования, заявители начали обращаться в Апелляционный совет с подобного рода доводами, которые подкрепляли возражения против регистрации товарных знаков. Апелляционный совет был вынужден принять на себя функцию по признанию либо отказу в признании регистрации товарного знака *актом недобросовестной конкуренции* с последующим признанием регистрации товарного знака недействительной, в том числе по этому основанию.

Судебная коллегия не соглашалась с такими решениями, принятыми Апелляционным советом за пределами своих полномочий.

В апреле 2000 г. судебная коллегия рассматривала жалобу ООО «П» на решение Апелляционного совета, которым была признана недействительной полностью в Республике Беларусь произведенная на его имя регистрация с приоритетом от 30 июля 2002 г. товарного знака «DR. BIOTEST» в отношении товаров 05-го класса МКТУ (лекарственные травы и др.) и 30-го класса МКТУ (чай, кофе и др.).

Заявитель не был согласен с выводами Апелляционного совета о том, что выполненный в оригинальной шрифтовой манере товарный знак «DR. BIOTEST» воспроизводит часть известного на территории Республики Беларусь в отношении товаров 05-го класса МКТУ фирменного наименования, принадлежащего НПК «Биотест», что является основанием для отказа в регистрации товарного знака (пп. 3.1 п. 3 ст. 5 Закона о товарных знаках); о том, что товарный знак воспроизводит принадлежащий НПК «Биотест» фирменный логотип, выполненный в оригинальной шрифтовой манере и являющийся объектом авторского права, согласия на регистрацию которого в качестве товарного знака НПК «Биотест» не давал, что является основанием для отказа в регистрации товарного знака (пп. 3.4 п. 3 ст. 5 Закона о товарных знаках), а также о том, что регистрация на имя ООО «П» товарного знака, воспроизводящего чужое фирменное наименование, противоречит честным обычаям в промышленных делах и в силу ст. 10-bis Парижской конвенции является актом недобросовестной конкуренции.

Отказ ООО «П» в удовлетворении жалобы и оставление решения Апелляционного совета в целом без изменения судебная коллегия аргументировала тем, что правовая охрана знаку «DR. BIOTEST» была предоставлена в нарушение пп. 3.4 п. 3 ст. 5 Закона о товарных знаках.

Вместе с тем коллегия признала обоснованными доводы жалобы о том, что Апелляционный совет, допустив смешение понятий фирменного наименования, коммерческого обозначения и логотипа, пришел к неверному выводу о том, что товарный знак «DR. BIOTEST» воспроизводит фирменное наименование НПК «Биотест», а также о том, что Апелляционный совет вышел за пределы своих полномочий, признав действия ООО «П», связанные с

регистрацией на свое имя товарного знака «DR. BIOTEST», недобросовестной конкуренцией.

Несмотря на то, что в последующем Апелляционный совет при вынесении решений в этой части указывал, что признание действий, связанных с регистрацией товарных знаков, актами недобросовестной конкуренции не входит в его компетенцию, вопрос подачи подобного рода возражений непосредственно в Апелляционный совет, минуя компетентный орган, нельзя было признать решенным, и выходить из сложившейся ситуации следовало в первую очередь путем совершенствования законодательства, в частности в сфере недобросовестной конкуренции, по примеру Российской Федерации.

Закон Республики Беларусь от 10.12.1992 № 2034-XII «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» в ст. 14-2 перечисляет лишь формы недобросовестной конкуренции.

В соответствии с п. 2 ст. 14 Закона Российской Федерации от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации продукции, работ или услуг. Принятие решения по факту нарушения п. 2 ст. 14 названного Закона входит в компетенцию антимонопольных органов.

Подобного рода новацию некоторые российские специалисты считали сомнительной, со ссылкой на то, что нигде в мире, кроме России и стран СНГ, дела о пресечении недобросовестной конкуренции не рассматриваются в административном порядке, поскольку это исключительная компетенция судебных органов. Вместе с тем мы полагали возможным заимствовать процедуру рассмотрения заявлений о признании действий, связанных с приобретением и использованием прав на средства индивидуализации, актом недобросовестной конкуренции не только судебными, но и антимонопольными органами (либо Департаментом ценовой политики Министерства экономики Республики Беларусь, либо управлениями ценовой политики областных, Минского городского исполнительных комитетов). На основании принятых антимонопольными органами решений Апелляционный совет вправе признавать регистрацию товарного знака недействительной полностью или частично согласно пп. 1.4 п. 1 ст. 25 Закона о товарных знаках, после чего такое решение может быть обжаловано в судебную коллегию.

В противном случае судебная коллегия – единственная в республике судебная инстанция по разрешению всех споров в сфере интеллектуальной собственности – превратилась бы как в орган, одновременно принимающий решение о признании регистрации товарного знака либо знака обслуживания актом недобросовестной конкуренции, на основании которого Апелляционный совет вправе признать регистрацию знака недействительной полностью либо частично, так и в орган, который после этого будет рассматривать жалобу на такое решение Апелляционного совета.

В связи с этим, в проект плана подготовки законопроектов на 2008 г. Верховным Судом было инициировано включение дополнения в ст. 14-2 Закона

Республики Беларусь от 10.12.1992 № 2034-XII «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» о том, что «не допускается недобросовестная конкуренция, связанная с приобретением и использованием исключительного права на средства индивидуализации юридического лица, выполняемых работ или оказываемых услуг».

В 2008-2009 гг. Департаментом ценовой политики Министерства экономики Республики Беларусь уже принят ряд решений о признании актами недобросовестной конкуренции действий, связанных с регистрацией товарных знаков, оставленных без изменений судебной коллегией по делам интеллектуальной собственности, на основании которых в последующем Апелляционный совет патентного ведомства признал регистрации знаков недействительными полностью либо частично.

Хотелось бы выразить надежду на то, что изложенные в статье подходы будут положительно восприняты всеми заинтересованными в охране и защите прав на товарные знаки и знаки обслуживания лицами, а четкое соблюдение участниками споров всех процессуальных нюансов, серьезным образом влияющих как на сроки рассмотрения споров, так и на законность и обоснованность принимаемых Апелляционным советом решений, станет в Республике Беларусь нормой.

ПОНЯТИЕ ДОКАЗЫВАНИЯ В ХОЗЯЙСТВЕННОМ ПРОЦЕССЕ

В.С. Каменков
Председатель Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь, доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Республики Беларусь

Ключевые утверждения теории судебного доказывания, используемой в гражданском процессуальном и уголовно-процессуальном праве, в равной степени применимы к сфере хозяйственного судопроизводства. Поскольку они отражают принципиальные аспекты, связанные с деятельностью хозяйственных судов и лиц, участвующих в деле, по установлению фактических обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела.

Эта деятельность не может быть произвольной. Она должна быть урегулирована законодательными актами, быть упорядоченной, логичной и целенаправленной. Ее целью является установление фактических обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Такой

деятельностью могут и должны заниматься, в первую очередь, лица, участвующие в деле, а также соответствующий хозяйственный суд.

Безусловно, в судебном доказывании важное место занимает элемент убеждения суда. Однако и хозяйственный суд не должен оставаться в стороне, его роль в доказательственной деятельности должна оставаться активной, о чем будет сказано ниже.

Исходя из сказанного, можно дать следующее определение судебного доказывания в хозяйственном процессе. *Доказывание в хозяйственном процессе* – это урегулированная законодательными актами логико-практическая деятельность лиц, участвующих в деле, а также хозяйственного суда по установлению наличия или отсутствия фактических обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела. Или иначе – «Доказывание в арбитражном процессе выступает как деятельность логического характера лиц, участвующих в деле, и суда по установлению наличия или отсутствия обстоятельств, имеющих значение для правильного разрешения дела, доказывание как составляющая принципа состязательности выступает средством убеждения арбитражного суда в правоте позиции сторон, а суд на основе представленных и непосредственно исследованных доказательств делает вывод по делу в целом, что отражается в судебном акте»[1].

В процессе судебного доказывания участвуют различные субъекты, которые выполняют соответствующие функции. Хозяйственный суд исследует представленные лицами, участвующими в деле, доказательства, предлагает им собрать дополнительные доказательства по делу, содействует собиранию доказательств, и, при необходимости сам истребует доказательства, оценивает их, отражая свой вывод по делу в решении. Лица, участвующие в деле, приводят доказательства фактов, подтверждающих их правовую позицию по делу. В результате совокупности деятельности различных субъектов гражданских процессуальных правоотношений и происходит доказывание по делу в суде.

Можно согласиться, что судебное доказывание слагается из последовательных стадий, каждая из которых имеет свои цели задачи:

1) определение круга обстоятельств, подлежащих доказыванию;

2) выявление и собирание доказательств по делу;

3) исследование доказательств;

4) оценка доказательств;

5) проверка правильности судебного доказывания при пересмотре судебных актов. Совокупность всех названных стадий и определяет процесс судебного доказывания[2].

---

[1] Рогожин Н.А. "Арбитражный процесс: курс лекций" (издание второе, переработанное и дополненное), ЗАО Юстицинформ, 2007.

[2] Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве" (издание третье, переработанное) под ред. И.В. Решетниковой, Норма, 2005.

Как известно, одной из основных задач хозяйственного судопроизводства является правильное и своевременное рассмотрение хозяйственными судами дел (ст. 4 ХПК[3]). Хозяйственный суд не имеет материально - правовой заинтересованности в исходе дела. Но обязанность суда своевременно и качественно рассматривать дела подтверждает определенный процессуальный интерес суда. Этот интерес выражается в точном определения предмета доказывания, правильной оценке доказательств и вынесении законного и обоснованного судебного постановления.

Для правильного разрешения спора хозяйственному суду необходимо установить фактические обстоятельства дела. Эти обстоятельства устанавливаются с помощью доказательств.

Доказательства представляются сторонами и другими лицами, участвующими в деле, – третьими лицами, прокурором, государственными и иными органами (ст. 54 ХПК).

Эти процессуальные нормы имеют и материально-правовую основу, подоплеку. Так, все участники гражданских правоотношений предполагаются добросовестными исполнителями своих прав и обязанностей (ст. 2, 9 ГК). Поэтому кредитор (потерпевший) обязан доказать факт неисполнения или ненадлежащего исполнения должником его обязанностей, а также наличие убытков и причинную связь между фактом наличия убытков и фактом правонарушения. Схожие нормы содержатся в ст. 44 Земельного кодекса[4], ст. ст. 89, 107, 198 Кодекса торгового мореплавания[5].

Хозяйственный суд исходя из оснований требований и возражений лиц, участвующих в деле, и с учетом содержания подлежащих применению норм права определяет обстоятельства, имеющие значение для правильного разрешения спора или рассмотрения дела (предмета доказывания).

Каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать те обстоятельства, на которые оно ссылается как на обоснование своих требований и возражений, если иное не предусмотрено законодательством.

ХПК устанавливает конкретно, когда можно представлять доказательства. Процессуальные действия по доказыванию совершаются при подаче искового заявления, в процессе урегулирования спора, при подготовке дела к судебному разбирательству и в судебных заседаниях хозяйственных судов первой и апелляционной инстанций до вынесения судебного постановления, которым заканчивается рассмотрение дела. За этими пределами доказательства не могут представляться, поскольку они не должны исследоваться как вновь представленные судами вышестоящих инстанций.

Лица, участвующие в деле, в процессе доказывания определяют объем фактов, подлежащих доказыванию, собирают доказательства, подтверждающие

---

[3] Кодекс Республики Беларусь от 15.12.1998 N 219-З (ред. от 08.07.2008) "Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 06.09.2004, N 138-139, 2/1064.

[4] Кодекс Республики Беларусь от 23.07.2008 N 425-З (ред. от 06.11.2008) "О земле", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 07.08.2008, N 187, 2/1522.

[5] Кодекс Республики Беларусь от 15.11.1999 N 321-З (ред. от 15.07.2008) "Торгового мореплавания Республики Беларусь", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 08.12.1999, N 90, 2/96.

факты, подлежащие доказыванию, представляют доказательства, участвуют в их исследовании в судебном заседании, высказывают суду свое мнение по оценке доказательств.

Объем фактов, подлежащих доказыванию, может быть изменен в хозяйственном суде первой инстанции в связи с изменением истцом основания или предмета иска и (или) предъявлением ответчиком встречного иска.

Если хозяйственный суд сочтет невозможным рассмотрение дела на основании имеющихся доказательств, он вправе предложить лицам, участвующим в деле, представить дополнительные доказательства либо непосредственно их истребовать (ст. 100 ХПК).

Конечно, суд не должен давать рекомендации о представлении конкретных доказательств. Во-вторых, предложения представлять дополнительные доказательства судом должны делаться каждому из лиц, участвующих в деле, но они не обязательны для этих лиц.

Лицо, участвующее в деле, не имеющее возможности самостоятельно получить необходимое доказательство от лица, участвующего или не привлеченного к участию в деле, у которого оно находится, вправе заявить в хозяйственный суд ходатайство об истребовании этого доказательства. Для оптимизации процесса доказывания и повышения оперативности хозяйственного процесса законодатель совсем недавно установил, что в ходатайстве должно быть указано, какие обстоятельства, имеющие значение для разрешения дела, могут быть установлены этим доказательством, обозначено доказательство и указано место его нахождения.

Хозяйственный суд при удовлетворении ходатайства истребует соответствующее доказательство от лица, у которого оно находится.

Об истребовании доказательства хозяйственный суд выносит определение, в котором указываются срок и порядок представления доказательства.

Хозяйственный суд при необходимости выдает лицу, участвующему в деле, соответствующее определение для получения доказательства.

Лицо, владеющее истребуемым хозяйственным судом доказательством, направляет его непосредственно в суд или выдает на руки лицу, имеющему соответствующее определение, для передачи в суд.

Если лицо, от которого хозяйственным судом истребуется доказательство, не имеет возможности представить его вообще или не имеет возможности представить его в срок, установленный судом, оно обязано не позднее пяти дней со дня получения определения хозяйственного суда об истребовании доказательства известить об этом суд с указанием причин неисполнения или задержки исполнения его требования.

В случае неизвещения хозяйственного суда, а также неисполнения требования о представлении истребуемого доказательства по причинам, признанным хозяйственным судом неуважительными, лицо, от которого это доказательство истребуется (должностное лицо юридического лица), привлекается к ответственности в соответствии с законодательством. При этом

лицо, владеющее истребуемым доказательством, не освобождается от обязанности его представления в хозяйственный суд (ст. 102 ХПК).

Свобода представлять доказательства, имеющаяся у лиц, участвующих в деле, не абсолютна. Они должны представлять только доказательства, отвечающие требованиям относимости и допустимости. И хозяйственный суд не имеет права принимать любые доказательства. Хозяйственный суд принимает и исследует только те доказательства, которые могут подтвердить или опровергнуть факты, подлежащие доказыванию по рассматриваемому делу (ст. 103 ХПК).

Обстоятельства дела, которые, согласно законодательству, должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться иными доказательствами (ст. 104 ХПК).

Изложенные выше правила широко используются хозяйственными судами при рассмотрении конкретных дел.

Например, как хозяйственный суд Гомельской области рассмотрел иск индивидуального предпринимателя «И» (далее – ИП «И») к сельскохозяйственному производственному кооперативу "А" (далее – СПК «А») о взыскании долга, используя правила относимости и допустимости.

ИП «И» просил взыскать с СПК "А" задолженность за поставленный согласно договору по товаротранспортной накладной транспортер. Хозяйственным судом определениями от 04.04.2008 г., 16.04.2008 г., от 28.04.2008 г., от 12.05.2008 г. у истца были истребованы доказательства, подтверждающие факт получения ответчиком товара по спорной ТТН. Истец в судебное заседание, назначенное на 16.05.2008 г., своего представителя не направил, письмом, переданным по факсимильной связи, просил рассмотреть дело без участия его представителя. Ответчик также своего представителя в судебное заседание не направил, хотя о дне его проведения извещен надлежаще, отзыв на иск не представил.

Ходатайство истца о вызове свидетеля для подтверждения факта поставки товара по заявленной ТТН, суд отклонил по следующим основаниям. В силу ст. 100 ХПК каждое лицо, участвующее в деле, должно доказать те обстоятельства, на которые оно ссылается как на обоснование своих требований и возражений. Согласно ст. 104 ХПК обстоятельства дела, которые, согласно законодательству, должны быть подтверждены определенными доказательствами, не могут подтверждаться иными доказательствами.

В соответствии со ст. 9 Закона "О бухгалтерском учете"[6] факт совершения хозяйственной операции подтверждается первичным учетным документом, имеющим юридическую силу, который составляется ответственным исполнителем совместно с другими участниками операции. Первичные учетные документы принимаются к учету, если они составлены по типовым формам, утвержденным Министерством финансов Республики Беларусь (для

[6] Закон Республики Беларусь от 18.10.1994 N 3321-XII (ред. от 26.12.2007) "О бухгалтерском учете и отчетности", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 12.07.2001, N 63, 2/785.

Национального банка Республики Беларусь, банков – Национальным банком Республики Беларусь), по формам, утвержденным республиканскими органами государственного управления, подчиненными Совету Министров Республики Беларусь, осуществляющими методологическое руководство бухгалтерским учетом и отчетностью организаций соответствующих отраслей экономики.

Первичным учетным документом, подтверждающим факт получения товара по спорной отгрузке, является ТТН-1, оформленная в соответствии с Инструкцией по заполнению товарно-транспортной накладной (форма ТТН-1), утвержденной постановлением Министерства финансов Республики Беларусь 14.05.2001 г. N 53 (в ред. постановлений Минфина от 26.12.2001 г. N 130, от 24.01.2003 г. N 8, от 28.06.2007 г. N 107).

Учитывая, что истец надлежащие документы, подтверждающие факт поставки ответчику товара по заявленной ТТН, и копию самой ТТН не представил, суд пришел к выводу об отказе в иске[7].

По другому делу хозяйственный суд Минской области применил эти правила к ответчику.

Рассматривалось дело по иску предприятия "В" к ООО "Б" о взыскании долга. Истец просил взыскать с ответчика долг за услуги по водоснабжению и водоотведению.

Факт оказания истцом и получения ответчиком услуг по водоотведению и водоснабжению согласно договору N 238 от 01.02.2005 г. материалами дела подтверждается. В соответствии с п. 6 договора услуги подлежали оплате ежеквартально по платежным требованиям истца.

Платежные требования истца N 4746 от 30.06.2006 г. и N 4749 от 02.10.2006 г . возвращены истцу без оплаты ввиду неакцепта плетельщиком, что подтверждается надлежащими отметками банка на требованиях.

Истребованных доказательств оплаты услуг ответчик суду не представил, по данным истца долг не погашен.

В соответствии с постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 19.03.1998 г. оплата услуг по водоснабжению и канализации, включая погашение задолженности за эти услуги, производится юридическими лицами по тарифам, действующим на день оплаты.

Заявленная ко взысканию по данному делу сумма долга рассчитана истцом по тарифам, утвержденным в установленном порядке.

В соответствии со ст. 290 ГК обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства.

Исходя из изложенного, суд решил иск удовлетворить[8].

Если нижестоящие суды не правильно применяют правила доказывания, то вышестоящие судебные инстанции, отменяя судебные решения, указывают на то, как правильно поступить в данном случае.

---

[7] КонсультантПлюс за 2008 год, дело N 221-5/2008.

[8] Консультант Плюс за 2007 год, дело N 63-10/07.

Так, Кассационная коллегия ВХС по одному из дел, отменив решение и направляя дело на новое рассмотрение, указала следующее. «При новом рассмотрении суду следует уточнить предмет и основание заявленных РУП "Б" требований с учетом требований статьи 63 ХПК, установить соблюдение истцом досудебного порядка урегулирования спора по требованию о расторжении договора, фактический характер (купля-продажа или подряд) правоотношений сторон, рассмотреть вопрос о необходимости истребования дополнительных доказательств в части установления обстоятельств, имеющих значение для дела (является ли изготовление продукции, предусмотренной договором, обычной производственной деятельностью истца). С учетом уточненных правовых оснований заявленных требований и оценки в совокупности условий договора и действий сторон разрешить вопрос о подлежащих применению нормах права, регулирующих спорные правоотношения, обязательствах сторон в соответствии с условиями договора и последствиях их неисполнения (ненадлежащего исполнения) …»[9].

Помимо общего правила распределения обязанностей по доказыванию действующим законодательством предусмотрены и специальные правила, содержащиеся в нормах материального права. В отличие от общего, специальные правила возлагают обязанность доказывания фактов на определенную сторону.

Наиболее распространенным способом установления специальных правил распределения обязанностей по доказыванию является доказательственная презумпция (предположение о существовании факта или его отсутствия, пока не доказано иное).

В гражданском праве наиболее распространены две доказательственные презумпции:

1) презумпция вины причинителя вреда. При разрешении споров о возмещении вреда истец не обязан доказывать вину ответчика, хотя это следовало бы из общего правила распределения обязанностей по доказыванию. В соответствии со специальными правилами причинитель вреда обязан доказать, что вред причинен не по его вине. В самом ГК[10] имеется соответствующая норма: «Лицо, причинившее вред, освобождается от возмещения вреда, если докажет, что вред причинен не по его вине» (п. 2 ст. 933).

2) презумпция вины лица, не исполнившего обязательства или исполнившего его ненадлежащим образом. Если иное не предусмотрено законом или договором, лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее

---

[9] Постановление Кассационной коллегии Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 17 июня 2008 г. (дело N 30-3/08/633К).

[10] Кодекс Республики Беларусь от 07.12.1998 N 218-З (ред. от 08.07.2008) "Гражданский кодекс Республики Беларусь", "Ведомости Национального Собрания Республики Беларусь", 05.03.1999, N 7-9, ст. 101.

исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы (п. 3 ст. 372 ГК).

ХПК также предусматривает две процессуальные доказательственные презумпции. Они названы:

основания освобождения от доказывания (ст. 106) и освобождение от доказывания обстоятельств дела, признанных сторонами (ст. 107).

Например, не подлежат доказыванию обстоятельства, признанные хозяйственным судом общеизвестными (известными для широкого круга лиц, в том числе составу суда). Общеизвестные факты условно можно подразделить на всемирно известные (например, факт Второй мировой войны, дата аварии на Чернобыльской АЭС (26 апреля 1986 года); известные на территории Беларуси (например, годы начала и окончания Великой Отечественной войны (22 июня 1941 года и 9 мая 1945 года), год принятия последней Конституции Республики Беларусь (1994 год); локально известные, т.е. известные на территории данного региона (например, пожары, наводнения и иное, имевшие место в данном районе, городе, области).

Обстоятельства, установленные вступившим в законную силу судебным постановлением по ранее рассмотренному делу, не подлежат доказыванию вновь при рассмотрении хозяйственным судом другого дела, в котором участвуют те же лица или их правопреемники.

Не подлежат доказыванию установленные вступившим в законную силу постановлением общего суда обстоятельства, имеющие значение для дела, рассматриваемого хозяйственным судом, в котором участвуют те же лица или их правопреемники.

Не подлежат доказыванию установленные вступившим в законную силу приговором суда по уголовному делу обстоятельства, имеющие значение для дела, рассматриваемого хозяйственным судом, в отношении совершения определенных деяний и лиц, их совершивших (ст. 106 ХПК).

Обстоятельства дела, признанные сторонами в результате достигнутого между ними согласия, принимаются хозяйственным судом в качестве факта, не требующего дальнейшего доказывания.

Согласие сторон по фактическим обстоятельствам дела, достигнутое вне судебного заседания, и содержание такого согласия удостоверяются хозяйственным судом путем составления протокола, который подписывается сторонами и утверждается судьей хозяйственного суда.

Согласие сторон, достигнутое в судебном заседании, и содержание такого согласия заносятся в протокол судебного заседания и удостоверяются подписями сторон.

Вопросы, относящиеся к фактическим обстоятельствам дела, признанные и удостоверенные сторонами в порядке, установленном ст. 107 ХПК, в ходе дальнейшего производства в хозяйственных судах первой, апелляционной, кассационной и надзорной инстанций не проверяются.

Поскольку хозяйственные суды рассматривают дела об административных правонарушениях, уместно будет упомянуть[11] о презумпции невиновности, закрепленной в ПИКоАП[12]. Она выражена следующим образом: «Лицо не может быть привлечено к административной ответственности, пока в порядке, установленном ПИКоАП, не будет установлена его виновность в совершении правонарушения, предусмотренного КоАП[13]. Обязанность доказывать виновность лица, в отношении которого ведется административный процесс, возлагается на должностное лицо органа, ведущего административный процесс. Лицо, в отношении которого ведется административный процесс, не обязано доказывать свою невиновность. Обстоятельства, излагаемые в протоколе об административном правонарушении, в постановлении о наложении административного взыскания, не могут основываться на предположениях. Сомнения в обоснованности вывода о виновности лица, в отношении которого ведется административный процесс, толкуются в его пользу» (ст. 2.7.).

ХПК не допускает использование доказательств, полученных с нарушением актов законодательства.

Общее правило распределения бремени доказывания изложено в ст. 100 ХПК: каждому лицу, участвующему в деле, надлежит доказывать обстоятельства, которые обосновывают его позицию в процессе.

В то же время главенствующим здесь остается правило: доказательства представляются лицами, участвующими в деле (ст. 101). При этом важно реально представить понятие обязанности первичного доказывания. Как справедливо указывает Пучинский В.К., речь идет не о простом установлении при рассмотрении конкретного дела очередности исследования документов, заключений, показаний. «Нужен критерий, позволяющий определить, кто проиграет процесс, если доказательств не окажется вовсе или их будет недостаточно для убеждения суда в существовании утверждаемых фактов. Актуальность вопроса возрастает из-за значительного сокращения активности и инициативы суда в сфере доказывания»[14].

В ХПК установлено исключение из общего правила распределения бремени доказывания для дел о признании актов государственных и иных органов недействительными. По этим делам обязанность доказывания законности оспариваемого акта возлагается на орган или лицо, его принявшие (ст. 100 и ст. 229).

---

[11] Дела об административных правонарушениях рассматриваются хозяйственными судами не в соответствии с ХПК. Процессуально-исполнительный кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях устанавливает порядок административного процесса, права и обязанности его участников, а также порядок исполнения административного взыскания. Порядок административного процесса, установленный в ПИКоАП, является единым и обязательным для всех государственных органов, иных организаций и должностных лиц, ведущих административный процесс, а также для иных его участников (ст. 1.1. ПИКоАП).

[12] Кодекс Республики Беларусь от 20.12.2006 N 194-З (ред. от 10.11.2008) "Процессуально-исполнительный кодекс Республики Беларусь об административных правонарушениях", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 17.01.2007, N 14, 2/1291.

[13] Кодекс Республики Беларусь от 21.04.2003 N 194-З (ред. от 10.11.2008) "Об административных правонарушениях", "Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь", 09.06.2003, N 63, 2/946.

[14] См. Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации. – М.: (постатейный) (под ред. В.Ф. Яковлева, М.К. Юкова). Изд. "Городец", 2003. С. 115.

Как уже указывалось выше, ХПК (ч. 3 ст. 101) предусматривается право хозяйственного суда непосредственно истребовать доказательства, если он удовлетворит об этом ходатайство. Эта проблема заслуживает внимания. Возникает закономерный вопрос: можно ли суду запретить истребовать доказательства? Ответ представляется отрицательным. В противном случае в ХПК нельзя предусматривать основанием для отмены или изменения судебного акта не доказанность обстоятельств, имеющих значение для дела. Нельзя тогда требовать и полноты исследования обстоятельств по делу при оценке доказательств и их достаточности. В конечном итоге пострадала бы объективность и законность – основополагающие принципы хозяйственного процесса.

Резюмируя изложенное, следует отметить, что активная роль суда в процессе доказывания в хозяйственном судопроизводстве состоит в том, что он должен создать лицам, участвующим в деле, необходимые и равные процессуальные условия для всестороннего и полного исследования обстоятельств дела. Для выполнения этой роли суд:

-разъясняет лицам, участвующим в деле, их права и обязанности, в том числе по представлению доказательств и распределению бремени доказывания;

-предупреждает лиц, участвующих в деле, о возможных последствиях совершения или не совершения ими процессуальных действий;

-в случаях, предусмотренных процессуальным законом, оказывает лицам, участвующим в деле, по их ходатайствам содействие в истребовании доказательств;

-в необходимых случаях, предусмотренных процессуальным законом, сам истребует доказательства.

Такая позиция суда при истребовании доказательств позволяет избежать не только искусственной перегруженности судов, но и принятия противоречивых решений по одному и тому же предмету.

О ПУТЯХ ПОВЫШЕНИЯ ЭФФЕКТИВНОСТИ ИСПОЛНЕНИЯ СУДЕБНЫХ ПОСТАНОВЛЕНИЙ

Колядко И.Н.
заведующий кафедрой гражданского процесса и трудового права БГУ, кандидат юридических наук, доцент

Исполнение судебных решений и иных актов по защите права является важной сферой правоприменения гарантирующей гражданам и юридическим лицам право на эффективные средства правовой защиты. Задача повышения эффективности деятельности органов принудительного исполнения предопределяет необходимость поиска рациональных и возможных в условиях отдельного государства путей её решения. При этом следует исходить из принятых Республикой Беларусь обязательств в рамках подписанных ею

международных договоров, в частности ст. 8 Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной ассамблеей ООН 10 декабря 1948 года, предусматривающих обязательства по эффективному восстановлению в правах компетентными национальными судами в случаях нарушения основных прав, ст. 2 Международного пакта о гражданских и политических правах 1966 года, отражающее обязательство государства, обеспечить любому лицу, права и свободы которого нарушены, эффективное средство правовой защиты, даже если это нарушение было совершено лицами, действовавшими в официальном качестве.

Статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод также гарантирует каждому человеку право на справедливое судебное разбирательство. Хотя Республика Беларусь ещё не подписала её, опыт применения данной Конвенции, а также Протоколов к ней, правовые позиции Европейского суда по правам человека, сформированные в его решениях имеют принципиальное значение для определения соответствия законодательства и практики исполнения решений судов в Республике Беларусь общепризнанным принципам международного права.

В статье на основе анализа законодательства Республики Беларусь и правоприменительной практики в области исполнения судебных постановлений, тенденций его развития и сравнительного анализа зарубежного опыта исполнения судебных постановлений и его современных тенденций предложен ряд научно-обоснованных рекомендаций по дальнейшему совершенствованию законодательства и правоприменительной практики Республики Беларусь в области исполнения судебных постановлений в соответствии с международными стандартами и передовым зарубежным опытом.

Общая характеристика законодательства Республики Беларусь в области исполнения судебных постановлений

Степень реальности исполнения судебных постановлений является показателем не только состояния судебной ветви власти, но и государственной власти в целом. Ослабление государственной ветви власти в период кризиса 90х годов прошлого века в бывших республиках СССР прежде всего сказалось на эффективности и реальности исполнения судебных постановлений и стало причиной реформ в этой сфере. При этом направления реформ зависели от выбора известных в теории гражданского процесса и практике прежде всего европейских стран моделей организации исполнительного производства (государственная служба при судах, государственная служба исполнительной власти, частная модель организации исполнения, параллельное функционирование нескольких государственных служб либо государственной службы и частной организации исполнения). В свою очередь выбор одной из названных форм организации исполнения в ряде стран после провозглашения в конституциях принципа разделения властей зависел от определения

принадлежности судебных исполнителей либо к судебной, либо исполнительной власти.

Традиционно к понятию судебной власти относится осуществление правосудия в форме судопроизводства. Принудительное исполнение судебных решений всегда осуществлялось в иных формах.

Существенную роль в решении вопроса о месте исполнительного производства в Республике Беларусь имели практические рекомендации о понимании судебной власти, закрепленные в Концепции судебно-правовой реформы, принятой 23 апреля 1992 г. Верховным Советом Республики Беларусь[1].

Один из разработчиков концепции профессор И.И. Мартинович в понятие судебной власти относила не только осуществление правосудия, но и совокупность тех ответственных властных полномочий, которыми наделен суд в целях восстановления нарушенного права и справедливости[2], и такое понимание вошло в концепцию.

Такому пониманию способствовали новеллы Конституции Республики Беларусь 1994 г., закрепившие принцип разделения властей. Придание судебной системе функций ветви государственной власти по сравнению с советским периодом, закреплявшим за судами лишь функцию правосудия, требовало усиления судебной власти как путем расширения компетенции судов по рассмотрению и разрешению гражданских и хозяйственных дел, так и с целью придания полноты этой власти – посредством сохранения за судами задач по исполнению решений о присуждении и дополнительно задач по контролю за реализацией всех судебных постановлений, обязательных для государственных органов и должностных лиц (о признании граждан недееспособными и ограниченно дееспособными, об установлении фактов и правоотношений, требующих регистрации и т.п.). Это положение было впервые закреплено в ст. 540 ГПК 1999 г. Наделение судов названными полномочиями, на наш взгляд, обеспечивает выполнение ими функций по защите права как при принудительном исполнении решений судебными исполнителями, так и при реализации подтвержденных судом прав и законных интересов иными органами.

Представляется, что эти принципиальные положения вытекают из ст. 60 Конституции Республики Беларусь[3], гарантирующей каждому защиту его прав и свобод компетентным, независимым и беспристрастным судом в определенные законом сроки и соответствует концепции обеспечения права на защиту.

Тип организации и правила осуществления добровольного и принудительного исполнения судебных решений по гражданским делам, а также иных актов (преимущественно юрисдикционных актов в части

---

[1] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1992. – № 16. – Ст. 270.

[2] Мартинович, И.И. Понятие и значение судебной власти в правовом государстве / И.И. Мартинович // Судебно-правовая реформа: концепция и пути ее реализации в Республике Беларусь: материалы науч.-практ. конф. – Минск, 1992. – С. 91.

[3] Конституция Республики Беларусь 1994 года (с изм. и доп.). – Минск: Беларусь, 1997. – С. 61.

имущественных взысканий) Республика Беларусь унаследовала из советского законодательства. При этом в первые годы после распада СССР это законодательство являлось составной частью гражданского процессуального законодательства (ГПК 1964 г.) Оно обеспечивало нормативное регулирование порядка принудительного исполнения традиционных для гражданского процесса актов защиты права: судебных решений, определений, постановлений, в том числе об утверждении мировых соглашений, а также приговоров судов и постановлений по делам об административных правонарушениях в части имущественных взысканий, решений третейских, товарищеских судов, комиссий по трудовым спорам, решений иностранных судов и арбитражей. Кроме того, с начала 90-х гг. по правилам ГПК исполнялись и решения, определения, постановления хозяйственных судов, созданных наряду с системой общих судов. При этом не имелось явных затруднений, кроме проблем экономического характера в связи с нестабильным имущественным положением должников, как граждан, так и юридических лиц.

Первоначально необходимость реформирования исполнительного производства проявилась в связи с его отрывом от новелл гражданского законодательства, которое бурно развивалось в части установления имущественных прав предприятий, закрепления частной собственности с целью приспособления к новым экономическим условиям. Приведение норм законодательства об исполнительном производстве в соответствие с изменениями в гражданском законодательстве было отложено и осуществлено лишь в ходе реализации концепции судебно-правовой реформы о кодификации материального и процессуального законодательства в 1998–1999 гг. Принятые в Республике Беларусь Гражданский кодекс 1998 г.[4], Гражданский процессуальный кодекс 1999 г.[5] (далее ГПК), Хозяйственный процессуальный кодекс 1998 г.[6] (далее ХПК) закрепили согласованные положения об имущественном статусе юридических лиц и порядке обращения взыскания на принадлежащие им денежные средства и имущество, а для физических лиц – на принадлежащее им имущество либо заработную плату и иные доходы.

Однако кодификация иных отраслей законодательства (земельного, брачно-семейного, об административных правонарушениях и др.) была осуществлена после принятия названных кодексов. Это привело к тому, что хозяйственное и гражданское процессуальное законодательство в части регулирования исполнительных действий не содержит развернутого регламента их совершения с учетом правового регулирования в соответствующих отраслях материального права и, соответственно, не отражает весь перечень мер воздействия к должникам с целью принудительного исполнения. Нормативные акты этих отраслей права являются источниками исполнительного производства и применяются непосредственно в ходе исполнения. Полагаем что в будущем возможно их включение в ГПК и ХПК в части видов мер

[4] Ведомости национального собрания Республики Беларусь. 1999. № 7-9. Ст. 101.
[5] Ведомости национального собрания Республики Беларусь. 1999. № 10-11. Ст. 102.
[6] Ведомости национального собрания Республики Беларусь. 1999. № 13-14. Ст. 195.

принуждения. Одновременно ГПК и ХПК достаточно полно урегулировали основные положения об исполнительном производстве. При этом учитывая, что большинство судебных исполнителей не имели высшего юридического образования, за судом наряду с традиционными вопросами его компетенции – о выдаче исполнительных документов, их дубликатов, восстановлении пропущенных давностных сроков, повороте исполнения, рассрочке, отсрочке исполнения сохранено право на разрешение основных вопросов движения и завершения исполнительного производства – об отложении исполнительных действий, приостановление исполнения, прекращение исполнения, возращения исполнительного документа взыскателю.

Для специализации судей Законом от 13 января 1995 г. «О судоустройстве и статусе судей в Республике Беларусь»[7] в районных (городских) судах были введены должности судей по административным делам и исполнительному производству, к компетенции которых относилось рассмотрение дел об административных правонарушениях, а также исполнение судебных и несудебных постановлений по таким делам. Хотя Кодекс о судоустройстве и статусе судей от 29 июня 2006 г.[8] не предусматривает такого статуса судей, специализация сохраняется в связи с существенным расширением компетенции судов с 1 марта 2007 г. (согласно Процессуально-исполнительному кодексу об административных правонарушениях[9]) по рассмотрению дел об административных правонарушениях и увеличением их количества.

Это привело к ситуации, когда в исполнительном производстве во многих общих судах дела о взыскании административных штрафов достигают половины всех производств, а с учетом иных взысканий в бюджет, и свыше половины. В условиях такой структуры дел ограничены предпосылки использования частной модели исполнения, так как от государства потребуются значительные авансовые платежи.

Первым действием, направленным на совершенствование организации принудительного исполнения, было введение организационно самостоятельной службы судебных исполнителей хозяйственных судов[10] наряду с существовавшим институтом судебных исполнителей общих судов. Служба судебных исполнителей хозяйственных судов первоначально субсидиарно применяла при исполнении решений хозяйственных судов гражданское процессуальное законодательство в части исполнительного производства.

Таким образом, в общих судах была сохранена прежняя модель организации исполнения – судебные исполнители при районных (городских) судах, в отношении которых как государственных служащих можно утверждать о действии двойного подчинения: органам Министерства юстиции и суду. Однако судебные исполнители хозяйственных судов, являясь государственными служащими, не находятся в подчинении Министерства

---

[7] Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1995. – № 11. – Ст. 120.
[8] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2006. – № 107. – 2/1236.
[9] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. – 2007. – № 14. – 2/1291.
[10] О создании службы судебных исполнителей хозяйственных судов в Республике Беларусь: Указ Президента Республики Беларусь от 8 октября 1997 г. № 507 // СДУПиПП Республики Беларусь. – 1997. – № 28. – Ст. 915.

юстиции Республики Беларусь и в отношении них сохраняется подчиненность руководителям служб исполнения хозяйственного суда и хозяйственному суду.

В целом модель организации принудительного исполнения можно охарактеризовать как публично-правовую, основанную на принципах государственной службы, в которую внедряются частно-правовые элементы на этапе реализации имущества должника.

В осуществлении правосудия основная функция судебной власти по защите права, но судебная власть не ограничивается только этой функцией[11]. По законодательству Республики Беларусь, это и функция обеспечения исполнения судебных решений и, в определенной степени, судебного управления в целом, особенно при исполнении судебных решений.

Представляется, что конституционное положение об осуществлении правосудия судами трактуется узко в плане отражения лишь структуры судебной системы, составов суда и значимости статуса судьи без анализа содержательной составляющей о деятельности суда как целого, как субъекта власти. Игнорируется, что как рассмотрение и разрешение гражданских дел, так и исполнение решений связано не только с деятельностью судьи, которая является главенствующей, но и должностных лиц суда (от секретаря судебного заседания, канцелярии до судебного исполнителя), без деятельности которых невозможно осуществление судебной власти. Такой подход к тому же не способствует передаче права на совершение отдельных процессуальных действий должностным лицам суда. Представляет в связи с этим интерес закрепление в ч. 6 ст. 118 ГПК статуса судебных документов не только за судебными постановлениями, но и за документами, составляемыми в исполнительном производстве, в частности за постановлениями судебных исполнителей. Это позволяет расширить их компетенцию по разрешению вопросов процессуального характера от возбуждения производства по делу до действий по завершения исполнительного производства.

При этом, безусловно, деятельность судебного исполнителя происходит с использованием иной, отличной от гражданской процессуальной формы реализации права, которую можно охарактеризовать как административное правоприменение. В этом отношении бесспорно, что действия судебного исполнителя не являются правосудием, но они как функция необходимы для реальности судебной власти в части осуществления правосудия.

Таким образом, концептуально в основу регулирования порядка принудительного исполнения судебных решений была положена традиционная концепция о том, что исполнительное производство является стадией гражданского процесса, в которой завершается защита права. Более того, в период второй кодификации (1998 г.) хозяйственного процессуального законодательства в полном объеме было урегулировано исполнительное производство в хозяйственном судопроизводстве и завершено становление соответствующей стадии процесса. В Республике Беларусь в настоящее время

---

[11] Загайнова, С.К. Судебные акты в механизме реализации судебной власти в гражданском и арбитражном процессе / С.К. Загайнова. – М.: Волтерс Клювер, 2007. – С. 53.

имеется дуализм не только судебной системы (общие и хозяйственные суды), но и процессуального законодательства (гражданское и хозяйственное), в том числе по вопросам принудительного исполнения судебных решений. При тождественности статуса судебных исполнителей различается уровень нормативных актов определяющих их компетенцию, а для судебных исполнителей хозяйственных судов уже прошел процесс расширения их полномочий по совершению процессуальных действий.

Порядок совершения принудительных действий как в отношении различных объектов и имущественных прав должников, так и в части совершения исполнительных действий не имущественного характера судебными исполнителями в общем виде урегулирован в ГПК и ХПК. В этой части правового регулирования не имеется в Республике Беларусь достаточно подробного регламента на уровне закона, и функции более полного нормативного регулирования выполняются подзаконными актами: Инструкцией по исполнительному производству, утверждённой Постановлением Министерства юстиции Республики Беларусь 20 декабря 2004 года № 40[12] и Инструкцией о ведении исполнительного производства по хозяйственным (экономическим) спорам, утверждённой постановлением Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26 апреля 2005 г. № 17[13]. Названные подзаконные акты учитывают специфику круга подлежащих принудительному исполнению дел, оперативно корректируются вслед за изменениями норм материальных законов, однако по своему месту в системе источников права не могут разрешить ряд проблем, возникающих при исполнении решений как по гражданским, так и хозяйственным судам. Они лишь учитывают, например, особенности исполнения приговоров судов или постановлений по делам об административных правонарушениях в части имущественных взысканий, особенности исполнения по ряду семейных дел и т.д. Такое соотношение источников правового регулирования может быть сохранено при отражении в ХПК и ГПК хотя бы в общем виде всей совокупности исполнительных действий.

Статус судебных исполнителей общих судов, помимо единственной статьи Кодекса о судоустройстве и статусе судей, детализируется в подзаконных актах Министерства юстиции. При этом происходит поиск оптимального соотношения полномочий старших судебных исполнителей, судебных исполнителей, форм специализации судебных исполнителей. На будущее необходимо закрепление структуры служб исполнения, полномочий руководителя, судебного исполнителя и иных работников включая технический персонал в законодательном акте.

Общая характеристика зарубежного опыта исполнения судебных решений в европейских странах

[12] Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. 2005. № 2. 8/11871.
[13] Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. 2005. № 13. С. 70-110.

Исполнение судебных решений является такой сферой правоприменения, которая во всех странах урегулирована совокупностью норм права различных отраслей (судоустройственного, гражданского процессуального, административного, гражданского, финансового и др.) Вместе с тем, ключевыми направлениями являются нормативные акты, определяющие статус судебного исполнителя и его компетенцию, гражданское процессуальное законодательство либо отдельные законы в части регулирования порядка осуществления исполнительного производства и отдельных процедур по совершенствованию исполнительных действий; правовой режим объектов права собственности и их обращения, способы реализации имущества и имущественных прав должника. Регулирование этих вопросов в Республике Беларусь и ряде европейских стран (Российской Федерации, Латвии, Литве, Казахстане, Украине, Польше, Франции, ФРГ и др.) существенно отличаются. При этом в России[14], Казахстане[15], Украине[16] приняты отдельные законы о судебных исполнителях и исполнительном производстве, а процессуальные кодексы содержат лишь регулирование вопросов, относящихся к компетенции суда. В Латвии и Литве вопросы функционирования служб исполнения (присяжных исполнителей, исполнителей) регламентируется отдельными законами,[17] а порядок исполнения в гражданско-процессуальном законодательстве[18]. Следует признать, что, несмотря на отсутствие единых подходов, все страны для создания эффективного исполнительного производства обязательно регламентируют в совокупности статус судебных исполнителей, порядок совершения ими исполнительных действий, ведение исполнительного производства, разграничивают компетенцию суда и судебных исполнителей в исполнительном производстве не единственным законом, а системой нормативных актов.[19]

---

[14] См: О судебных приставах. Федеральный закон Российской Федерации от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ // Собрание законодательства РФ, 28.07.1997, N 30, ст. 3590; Об исполнительном производстве: Федеральный Закон Российской Федерации от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ // Собрание законодательства РФ", 08.10.2007, N 41, ст. 4849; Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 года № 96-ФЗ; Гражданско-процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 года № 138-ФЗ.

[15] Закон Республики Казахстан об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей от 30 июня 1998 года; Гражданско-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 13 июля 1999 года № 412-I: См.: Сборник нормативных правовых и других актов по вопросам исполнительного производства в РК. – Астана, 2006. – С. 17-61, С. 164-187.

[16] Закон Украины о государственной исполнительной службе от 19 октября 2000 года; Закон Украины об исполнительном производстве от 19 октября 2000 года; Гражданский процессуальный кодекс Украины от 18.03.2004г. № 1618-IV.

[17] Закон о судебных исполнителях. Принят Сеймом Латвии 24 октября 2002 года; Закон Литовской Республики о судебных исполнителях от 9 мая 2002 года.

[18] Гражданский процессуальный закон Латвии. Принят Сеймом Латвии 14 октября 1998 года. Гражданско-процессуальный кодекс Литовской Республики от 28 февраля 2002 года.

[19] См.: Кузнецов Е.Н. Исполнительное производство Франции – СПб: Издательский Дом С-Петерб.гос.ун-та; 2005; П.Гиллес. Система принудительного исполнения судебных решений по гражданским делам согласно немецкому праву, оценка эффективности принудительного исполнения, а также анализ его проблем//Гиллес П. Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского суда по правам человека: Сб.науч.статей. – Краснодар – Спб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – С. 178-191.

При этом в международном праве отсутствуют обязательные нормы, которые бы непосредственно касались статуса судебных исполнителей, а порядок производства исполнительных действий в процессе исполнения решений судов в целом определяется национальным законодательством.

Исключение составляют вопросы признания и приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, выполнения судебных поручений, которые относятся к исключительной компетенции судов.

В этой части законодательство Республики Беларусь исходит из необходимости соблюдения процедуры признания и приведения в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений на основании международных договоров, а также допускает в силу принципа взаимности такое признание (ст. 542 ГПК, ст. 245 ХПК).

Имеется и опыт отказа от процедуры признания и приведения в исполнение решений арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь в силу специального соглашения[20].

Судебные исполнители – обязательная и неотъемлемая часть системы власти любого государства. Возлагая на себя функцию судебной защиты прав и охраняемых законом интересов физических и юридических лиц, государство должно обеспечить выполнение вынесенных судом решений. Именно в результате исполнения решений правомочные лица получают реальную защиту своих нарушенных или оспоренных прав и законных интересов. Для принудительного приведения в исполнение судебных решений, государство должно иметь соответствующий институт, задачи которой обычно выполняют судебные исполнители. С началом деления государственной власти на отдельные ветви, актуальным стал вопрос о месте судебных исполнителей в государственном устройстве. В теоретическом плане, единое мнение по данному вопросу до сих пор не достигнуто.

Реформа исполнительного производства и организации служб исполнения в России в 1997 году[21] прошла под влиянием идеи, что в соответствии с принципом разделения властей суды освобождаются от несвойственной им функции выполнения собственных решений[22] и привела к созданию единой централизированной службы, подчинённой Министерству юстиции, которая к тому же обеспечена силовой поддержкой судебных приставов на случай сопротивления должников. Такая система организации исполнения имеет некоторые преимущества благодаря её централизации, определения структуры служб исполнения на каждом уровне административного и федерального деления субъектов, выработки методических рекомендаций по применению правил исполнительного производства центральными органами федеральной

---

[20] Соглашение Республики Беларусь и Российской Федерации о порядке взаимного исполнения судебных актов хозяйственных судов Республики Беларусь и арбитражных судов Российской Федерации от 17 января 2001 года // Нац. реестр правовых актов Респ. Беларусь. –2002. – № 69.– 2/858.

[21] О судебных приставах. Федеральный закон Российской Федерации от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ, Об исполнительном производстве: Федеральный Закон Российской Федерации от 21 июля 1997 г. № 118-ФЗ.

[22] Пояснительная записка к проектам Федеральных законов «Об исполнительном производстве» и «О судебных приставах». Цит. по Малешин, Д.Я. Исполнительное производство (функции суда). 2-е изд., перераб. и доп. / Д.Я. Малешин – М.: ОАО «Издательский дом «Городец»», 2005. – С. 9.

службы. Вместе с тем представляется, что практика показала недостаточную её эффективность, что привело к изменению правового регулирования и обновлению законодательства [23]. Полагаем, что одной из причин недостаточной эффективности служб исполнения в Российской Федерации является нарушение взаимодействия судов и судебных исполнителей. Это привело не только к массовым случаям неисполнения судебных решений, но и значительному количеству обращению граждан в Европейский суд по правам человека.

Кроме того, первоначальная редакция закона об исполнительном производстве имела пробелы или неполноту регулирования ряда вопросов (о публичных торгах, обращении взыскания на ценные бумаги и имущественные права, о поручениях судебного исполнителя и др.).[24]

Передача служб исполнения исполнительной власти – особенность российского законодательства, которая предопределяет соответствующие выводы. Однако отсутствие заметного прогресса в эффективности принудительного исполнения в России позволяет сомневаться в правильности такого решения, так как оно не обеспечивает верховенство власти суда в защите права при принудительном исполнении судебных решений. И лишь в этом смысле следует воспринимать известное постановление Европейского суда по делу «Бурдов против России» о том, что исполнение судебного решения должно рассматриваться как составляющая часть судебного разбирательства.

После некоторого периода функционирования государственной службы судебных исполнителей в Литве, Латвии и Эстонии в названных странах с 2002-2003 гг. внедрена частная форма организации исполнения по французской модели. Таким образом, организована система принудительного исполнения также в Бельгии, Люксембурге, Нидерландах, Италии, Греции, а в ряде стран она воспринята в последние годы (Венгрия, Словакия, Польша, Чехия). Следует отметить, что в некоторых из названных стран (Франция, Польша, Словакия) имеется и другая система исполнения. Во Франции для взыскания налогов финансовыми органами[25], в Польше для исполнения решений административных судов[26]. Одной из причин внедрения системы исполнения по французской модели явилось отсутствие необходимости у государства финансировать деятельность судебных исполнителей. При такой системе судебный исполнитель является лицом, выполняющим государственную функцию, которое самостоятельно организует свою деятельность и несет полную имущественную ответственность за её результаты. Источником финансирования являются средства, которые вносят взыскатели согласно, утвержденным государственным тарифам и возлагаемые в конечном счете на должника. Система самофинансирования стимулирует, заинтересовывает

---

[23] Федеральный закон об исполнительном производстве от 2 октября 2007 года № 229-ФЗ.

[24] Винниченко, В.Н. О деятельности службы судебных приставов Российской Федерации/ В.Н.Винниченко // Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. – 2008. – № 21. – С. 119-123.

[25] Кузнецов, Е.Н. Исполнительное производство Франции – СПб: Издательский Дом С-Петерб.гос.ун-та; 2005.

[26] Рибер, Т. Органы исполнения и место исполнительного производства в системе права (сравнительный анализ на примере Республики Беларусь, Российской Федерации и Республики Польша) / Т. Рибер // Вестник Высшего Хозяйственного Суда. – 2004. – № 8. – С. 97–112.

судебного исполнителя к максимальной результативности. Как и иные модели, частноправовая, имеет свои достоинства и недостатки. За основу анализа принято законодательство Латвии и Литвы стран, которые реформировали судебную систему и исполнительное производство, ориентируясь на европейские стандарты перед вхождением в Евросоюз, а также законодательство Российской Федерации, Республики Казахстан, Украины, которые подписали Европейскую Конвенцию о защите прав человека и основных свобод и стремились выполнить европейские стандарты в этой области.

Примеры организации исполнения на частично-правовой основе в ряде стран (Литва, Латвия) сопровождались закреплением их статуса как лиц свободной профессии, занимающихся публично-правовой деятельностью, аналогичной деятельности государственных должностных лиц. При этом сохранено влияние (кроме непосредственного руководства) как Министерства юстиции в сфере привлечения к дисциплинарной ответственности, квотирования количества судебных исполнителей, так и судов, прежде всего в гражданско-процессуальной форме санкционирования отдельных действий судебного исполнителя, рассмотрения жалоб на его действия и иных заявлений участников исполнительного производства при ослаблении непосредственного повседневного контроля за судебными исполнителями и делопроизводством в исполнительном производстве.

Нахождение служб исполнения при судах (даже при сохранении за органами юстиции функций подбора кадров, средств дисциплинарного воздействия, подзаконного нормотворчества и др.) не позволяет их относить исключительно к субъектам исполнительной власти. И наоборот, отделение служб исполнения от судов умаляет пределы судебной власти. Для эффективности исполнения судебных решений необходимо взаимодействие судебной и исполнительной деятельности для обеспечения единой цели – защиты нарушенного права. С этих позиций наиболее приемлемыми является нахождение судебных исполнителей при судах и в меньшей степени частная форма организации исполнения.

Правовой статус судебных исполнителей (исполнителей, присяжных исполнителей) в Литве, Латвии при частной форме организации их деятельности характеризуют по форме организации их деятельности и по выполняемым функциям. Рассмотрим подробнее функционирование данного института на примере Закона О судебных исполнителях Латвии. С одной стороны, присяжные судебные исполнители представляют свободную профессию. Профессиональная деятельность (практика) присяжных судебных исполнителей является интеллектуальным трудом и её целью не является получение прибыли. В своей профессиональной деятельности присяжные судебные исполнители являются самостоятельными в финансовом отношении и не получают вознаграждения от государства. Доходы от практики присяжного судебного исполнителя образуют платежи за осуществление должностных действий и оказание юридической помощи. За

каждое должностное действие, выполняемое присяжным судебным исполнителем, а также за оказанную юридическую помощь, он имеет право брать вознаграждение независимо от государственной пошлины. Размер вознаграждения за должностные действия присяжного судебного исполнителя определяется в соответствии с таксой. Соглашение о размере вознаграждения за должностные действия, отличающемся от таксы, запрещается. Таксу за должностные действия присяжных судебных исполнителей утверждает правительство – Кабинет Министров Латвии (ст.ст. 78-80).

С другой стороны, согласно общим положениям Закона О судебных исполнителях (ст. 3-5) в своей деятельности присяжные судебные исполнители приравниваются к государственным должностным лицам. Присяжные судебные исполнители в должностной деятельности являются независимыми и подчинены только и исключительно закону. Функции присяжного судебного исполнителя в его отсутствие может выполнять его помощник или кандидат в судебные исполнители, если таковой имеется в конторе. Количество присяжных судебных исполнителей и их должностные места, участки и их границы, согласно особому списку устанавливаются министром юстиции.

Присяжные судебные исполнители практикуют только индивидуально. Сотрудничество с другими присяжными судебными исполнителями допускается в технических и хозяйственных вопросах. Однако все судебные исполнители в Латвии объединены в Коллегию присяжных судебных исполнителей, которая является независимой профессиональной корпорацией[27].

Латвийская коллегия присяжных судебных исполнителей заботится о престиже своей профессии, способствует профессиональному росту, развитию творческих способностей присяжных судебных исполнителей и получению ими опыта для выполнения задач и функций исполнительного производства.

Государственные структуры обязаны заслушивать латвийскую коллегию присяжных судебных исполнителей, так же, как и другие учреждения юстиции, по вопросам совершенствования нормативных актов и их проектов с учетом того, что Латвийская коллегия присяжных судебных исполнителей является организацией, легально выражающей мнение присяжных судебных исполнителей.

Исходя из содержания ст.ст. 73-75 Закона о судебных исполнителях Латвии можно выделить 3 вида действий судебного исполнителя.

Присяжные судебные исполнители обязаны осуществлять должностные действия для выполнения постановлений суда и других органов или должностных лиц:

1) о взыскании;

2) об обеспечении иска;

---

[27] Гинтес Хмелевскис. Процедура принудительного исполнения в Латвийской Республике / Хмелевскис Гинтерс // Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. – 2008. – № 21. – С. 128.

3) об освобождении помещений (выселении);

4) о введении во владение;

5) об изъятии определенных предметов у должника и передаче их взыскателю, а также о выполнении других определенных исполнительным документом действий;

6) о принудительном выполнении обязательств;

7) об организации аукциона для добровольной продажи недвижимой собственности с аукциона в судебном порядке;

8) о конфискации имущества;

9) о принудительном выполнении установленных международными организациями санкций.

В этом отношении их полномочия соответствуют классическим полномочиям по применению мер принудительного характера в исполнительном производстве, а реализация санкций международных организаций необходимый компонент полномочий государств-участников таких организаций.

Судебные исполнители принудительно приводят в исполнение упомянутые постановления в порядке, установленном Гражданским процессуальным законом Латвии, принятом 14 октября 1998 года и вступившем в силу с 1 марта 1999 года. Выполняя постановления, судебные исполнители руководствуются и другими нормативными актами, а также соблюдают утвержденную Латвийским Советом присяжных судебных исполнителей методику и юдикатуру судебной практики.[28]

По просьбе заинтересованных лиц, присяжные судебные исполнители осуществляют также другие должностные действия, не связанные с исполнением постановлений суда и иных структур, а именно:

1) доставляют судебные повестки и другие документы;

2) фиксируют факты;

3) производят опись имущества с целью раздела совместного имущества или по делу о наследовании;

4) устраивают публичные аукционы.

Расширение компетенции в этой части представляет интерес при любой организации служб исполнения, так как служит реализации права на судебную защиту и может быть воспринято в Республике Беларусь. Такой же вывод можно сделать в отношении следующих прав присяжного судебного исполнителя, по соглашению с заинтересованным лицом:

1) получать от государственных учреждений, учреждений самоуправлений или частных учреждений, а также от должностных лиц и частных лиц документы, необходимые ему для осуществления профессиональной деятельности;

2) составлять мировое соглашение на стадии исполнения постановлений

---

[28] Розенберг, Я. Реформа института судебных исполнителей в Латвии / Я. Розенберг // Реформа гражданского процесса в суде первой инстанции в государствах региона Балтийского моря и Центральной Европы. – Вильнюс, 2005. – С. 67.

суда и других структур, а также проекты других документов, связанных с деятельностью присяжных судебных исполнителей.

До декабря 2005 года у присяжных исполнителей имелось право – оказывать другую юридическую помощь.

Этот блок полномочий важен в странах, ставящих целью процесс примирения сторон.

Присяжный судебный исполнитель обязан выполнять также другие отданные судом поручения, связанные с выполнением постановлений суда, а также другие установленные законами действия.

По мнению профессора Я. Розенберга[29] к положительным последствиям реформы следует отнести значительное повышение требований, предъявляемых к квалификации судебных исполнителей. В настоящее время присяжными судебными исполнителями могут быть только лица, которые получили высшее профессиональное образование второго уровня по правоведению и квалификацию юриста. Кроме того, претенденты на должность присяжного судебного исполнителя должны иметь специальный стаж работы. Они должны отработать как минимум два года в качестве помощника присяжного судебного исполнителя или, по меньшей мере, пять лет на таких должностях судебной системы, при исполнении которых они могли бы получить знания, необходимые для деятельности присяжного судебного исполнителя.

Кроме того, появляется материальная заинтересованность и инициатива осуществлять все установленные законом средства и методы для быстрого и качественного исполнения постановлений судов и других структур, а также выполнения других своих должностных действий. Помимо этого, при исполнении должностных обязанностей присяжный судебный исполнитель разъясняет сторонам их права и обязанности и, в соответствии со своей компетенцией, помогает сторонам защищать их права и правовые интересы.

Третий важный положительный момент реформы – это страхование риска профессиональной деятельности присяжных судебных исполнителей. Связанный с профессиональной деятельностью присяжного судебного исполнителя возможный риск ущерба подлежит обязательному страхованию.

Страхователем является присяжный судебный исполнитель, заключающий индивидуальный договор страхования риска профессиональной деятельности (гражданско-правовой ответственности) и Латвийский Совет присяжных судебных исполнителей, заключающий страховой договор о страховании риска профессиональной деятельности всех присяжных судебных исполнителей (групповой страховой договор).

Страхование риска профессиональной деятельности присяжного судебного исполнителя обеспечивает требования, которые могут возникнуть в связи с его профессиональной деятельностью и деятельностью его помощника,

---

[29] Розенберг, Я. Реформа института судебных исполнителей в Латвии / Я. Розенберг // Реформа гражданского процесса в суде первой инстанции в государствах региона Балтийского моря и Центральной Европы. – Вильнюс, 2005. – С. 67.

в том числе кандидата в присяжные судебные исполнители, при замещении присяжного судебного исполнителя.

Страхование риска профессиональной деятельности, разумеется, не освобождает присяжных судебных исполнителей от соответствующей юридической ответственности – за свою деятельность они несут дисциплинарную, гражданско-правовую и уголовно-правовую ответственность в установленном законом порядке.

В то же время, профессор Я. Розенберг[30] отмечает отдельные недостатки частной формы организации исполнения в Латвии. Так, например, отрицательно сказывается на деятельности судебных исполнителей раздробленность контроля и надзора за ней. Насчитывается, по меньшей мере, четыре инстанции, занимающиеся этим.

Министр юстиции не только назначает на должность судебных исполнителей. В его компетенции вся полнота дисциплинарной власти над присяжными судебными исполнителями. Он может освобождать их от должности, смещать с должности, отстранять от должности, возбуждать против них дисциплинарные дела или лично наложить дисциплинарное взыскание. Правда, непосредственное руководство деятельностью судебных исполнителей Министерство юстиции теперь не осуществляет. Департамент судебных исполнителей с 1 января 2003 года был упразднен. Постоянный надзор за деятельностью присяжных судебных исполнителей и помощников присяжных судебных исполнителей осуществляет Совет присяжных судебных исполнителей. Он также рассматривает полученные жалобы и заявления на их деятельность, а также налагает на них дисциплинарные взыскания.

Непосредственный надзор за деятельностью присяжных судебных исполнителей возлагается также на тот окружной суд, на территории действия которого находится их должностное место. Деятельность, книги и исполнительные дела присяжных судебных исполнителей, по меньшей мере, один раз в год проверяются судьей, назначенным председателем окружного суда. За устранением обнаруженных в деятельности присяжного судебного исполнителя недочетов следит председатель окружного суда, отдающий присяжному судебному исполнителю указания и распоряжения и, при необходимости, предлагает привлечь его к установленной законом ответственности.

Наконец, надзор за должностными действиями присяжных судебных исполнителей осуществляет районный (городской) суд в порядке гражданского процесса путем рассмотрения жалоб участников исполнительного производства.

Другое отрицательное последствие реформы – это значительное увеличение расходов на исполнительное производство. Должники обязаны возместить взыскателю и судебному исполнителю не только прямые

---

[30] Розенберг, Я. Реформа института судебных исполнителей в Латвии / Я. Розенберг // Реформа гражданского процесса в суде первой инстанции в государствах региона Балтийского моря и Центральной Европы. – Вильнюс, 2005. – С. 67.

издержки исполнения, но за их счет производится и оплата труда присяжных судебных исполнителей в размере установленной таксы. Определенные расходы ложатся и на взыскателей, кроме тех, которые по закону освобождены от таких расходов. Для того, чтобы судебный исполнитель приступил к исполнительным действиям, взыскатель обязан уплатить ему определенную сумму аванса. Размер аванса и срок его уплаты определяет присяжный судебный исполнитель. Неуплата аванса дает право исполнителю отказаться от выполнения должностных обязанностей. Правда, уплаченный аванс в конце исполнительного производства возмещается взыскателю из сумм, вырученных в ходе исполнения. Однако, ни суд, ни присяжный судебный исполнитель не могут освободить взыскателя от уплаты аванса по причине его материального положения. На практике в ряде случаев это становится для взыскателей преградой на пути к тому, чтобы добиться исполнения судебных и иных постановлений. Иными словами, они не могут обеспечить реальную защиту своих нарушенных прав и законных интересов.

Организация исполнения в Литве имеет одинаковую концептуальную основу использования французской модели, однако законодателю удалось смягчить негативные следствия в виде повышения издержек сторон посредством освобождения от авансовых взносов взыскателей по социально значимым категориям дел и установления обязанности государства вносить этот взнос при взыскании в доход государства[31].

Значительный интерес представляет продолжение реформы исполнительного производства в Республике Казахстан[32]. Наряду с государственной системой органов исполнения как альтернативная система (ст. 139 Проекта) предлагается частная форма организации исполнения. При этом частные судебные исполнители могут принимать все исполнительные документы, кроме тех, где в качестве одной из сторон выступает государство (ст. 140 Проекта). Одновременно предлагаются меры, способные нейтрализовать некоторые негативные моменты частной формы организации исполнения. Частные судебные исполнители не могут взыскивать с должника исполнительные санкции (аналог 5%-ых сумм взыскиваемых с должников в Республике Беларусь). Этим правилом уравнивается воздействие на должника в разных системах – угроза оплаты услуг частного исполнителя или взыскание с должника санкций за неисполнение решения добровольно государственным судебным исполнителем и стимулируется добровольное исполнение.

---

[31] В. Некрошюс Гражданско-процессуальная реформа в Литве // Некрюшюс В. Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. № 2. 2002-2003 / Под ред. В.В. Яркова. – СПб.: 2004. – С. 189-191. В. Вишинскис, В. Валанчюс Реформы службы судебных приставов в Литве // Вышинскас В., Валанчюс В. Концепция развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений конституционного Суда РФ, судов общей юрисдикции, арбитражных, третейских судов и Европейского суда по правам человека: Сб. науч. статей. – Краснодар – Спб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2007. – С. 615-626.

[32] Проект Закона Республики Казахстан Об исполнительном производстве и статусе судебных исполнителей. – Астана, 2008.

Выводы и предложения

Эффективность исполнения судебных решений, как показывает анализ опыта ряда европейских государств, зависит от ряда факторов:

1. состояние экономического благополучия граждан и юридических лиц;
2. организации служб исполнения, их заинтересованности и обеспеченности квалифицированными кадрами;
3. достаточности правовых средств для выявления и реализации имущества и имущественных прав должника и принуждения его к исполнению неимущественных обязанностей;
4. развитости форм взаимодействия суда и судебного исполнителя при рациональном распределении их компетенции.

На основании изложенного, следует констатировать, что в Республике Беларусь не полно используется опыт зарубежных стран в регулировании исполнения судебных решений и имеется потребность обновить законодательство о статусе судебных исполнителей и исполнительном производстве для разрешения ряда проблем принудительного исполнения и повышения его эффективности.

1. В системе законодательных актов, обеспечивающих эффективное исполнение судебных решений в Республике Беларусь имеется неполнота регулирования статуса судебных исполнителей. Кодекс о судоустройстве и статусе судей лишь упоминает их.

Это обуславливает целесообразность принятия Закона «О судебных исполнителях» для системного регулирования их статуса, форм организации служб исполнения, компетенции не только по совершению исполнительных действий, но и на получение информации, в том числе в электронном виде, от всех органов, организаций и должностных лиц об имуществе и доходах должников за исключением той, которая предоставляется только суду, определения мер ответственности за непредставление информации, а также полномочий по оказанию дополнительных услуг юридического характера, примирению сторон и др. Концепция данного закона требует широкого обсуждения с учетом наметившейся тенденции регулирования двух альтернативных систем судебных исполнителей (государственных и частных) в Казахстане и наличия аналогичного подхода в регулировании нотариальной деятельности в Республике Беларусь.

В отношении государственных судебных исполнителей с целью повышения их заинтересованности из частной формы организации исполнения следует позаимствовать права на совершение на платной основе ряда услуг (доставка извещений, фиксация фактов, проведение публичных торгов и др.) с распределением основной части оплаты в доход судебных исполнителей.

Выявилась потребность в структуризации служб исполнения в общих судах, где введено несколько должностей старших судебных исполнителей на уровне районного суда, используется специализация, а также введена

должность старшего судебного исполнителя областного суда, но не определены вертикальные взаимосвязи их полномочий и организационные полномочия руководителя службы. Здесь применим опыт организации служб исполнения в России в части непосредственного контроля за делопроизводством и соответственно освобождения судей от этих функций. Кроме того, при этом может быть учтён положительный опыт частно-правовой формы организации исполнения в части введения должности помощника судебного исполнителя и привлечения различных специалистов (бухгалтеров для проверки удержаний из заработной платы нанимателями, оценщиков и т.п.). Экономически это менее затратный способ, который не будет способствовать существенному увеличению затрат по исполнению, что называется в качестве следствия реализации частно-правовой организации исполнения.

Независимо от статуса судебного исполнителя (государственный служащий, а также частный исполнитель) необходимо закрепление его полномочий по фиксации правонарушений сторон и других лиц в исполнительном производстве посредством составления протоколов об административных правонарушениях не только по составам касающимся исполнительного производства, но и за неуважение к суду. Последнее не предусмотрено ПиКоАП Республики Беларусь. Предоставление судебному исполнителю права налагать административные штрафы представляется нецелесообразным в связи с функциональным распределением полномочий между судом и судебным исполнителем как гарантии режима законности.

2. Основные полномочия по совершению исполнительных действий, а также постановлений по процессуальным вопросам, разграничение компетенции общих и хозяйственных судов по исполнению закреплены в ГПК и ХПК Республики Беларусь и по нашему мнению должны этими кодексами регулироваться и в будущем. При этом, не обязательно синхронно, а по мере создания соответствующих условий. Например, расширение компетенции судебных исполнителей хозяйственных судов по разрешению вопросов приостановления, прекращения исполнительно производства по делу и других обусловлено уже достигнутым уровнем их квалификации и осуществлено в 2007 году. Аналогично эти же вопросы могут быть урегулированы в ГПК в ближайшее время.

Кроме того, правила исполнительного производства по обращению взыскания соответственно на имущество юридических лиц и граждан будут постоянно корректироваться с учетом изменений в гражданском и хозяйственном праве.

По этим соображениям отсутствует необходимость разработки и принятия Закона «Об исполнительно производстве». Кроме этого зарубежные законы об исполнительном производстве неосновательно дублируют целый ряд институтов гражданского процесса (о принципах, об участниках исполнительного производства, представительстве, правопреемстве и др.)

В связи с отставанием в отражении новелл гражданского законодательства в исполнительном производстве в виду либерализации гражданского оборота

некоторых ценностей следует предусмотреть общее правило, что при отсутствии специальных правил реализации имущества и иных ценностей судебный исполнитель применяет правила гражданского законодательства, в том числе обязаны заключать договоры на реализацию с профессиональными участниками рынка (например на при реализации ценных бумаг).

Дуализм систем исполнения помимо преимуществ специализации выявил и недостатки такой организации служб исполнения.

Существование отдельных, организационно не связанных служб исполнения, при общих и хозяйственных судах после установления в качестве условия возбуждения дел о банкротстве (несостоятельности) наличия неисполненного исполнительного документа привело к конкуренции прав на обращение взыскания на имущество одного и того же должника между судебными исполнителями общих и хозяйственных судов. В качестве первой меры по устранению этих проблем и с целью организации взаимодействия служб исполнения было предоставлено судебным исполнителям хозяйственных судов право поручить совершение отдельных исполнительных действий (наложение ареста, контроль за реализацией имущества должником и др.) судебным исполнителям общих судов, путём вынесения постановления, к которому прилагается копия исполнительного документа. Такое же право должно быть предоставлено судебным исполнителям общих судов посредством вынесения постановлений о поручениях с приложением заверенной копии исполнительного документа. Институт поручений одного судебного исполнителя другому, находящемуся на другой территории, весьма перспективен для концентрации всей совокупности исполнительных действий в одном производстве, но выполнении их несколькими исполнителями.

Взаимодействие служб исполнения возможно, кроме института поручений урегулировать через институт межотраслевого сводного исполнительного производства, либо посредством института присоединения к исполнительному производству, возбужденному ранее. В последнем случае необходимой предпосылкой является электронный реестр исполнительных производств или должников.

3. Необходимо четче и одинаково урегулировать проблему различной юридической силы судебных и несудебных исполнительных документов. В частности, исполнительные надписи нотариусов, несудебные постановления об административных штрафах являются основанием для бесспорного списания со счетов юридических лиц и индивидуальных предпринимателей и в хозяйственном процессе складывается практика о непризнании исполнительной надписи как исполнительного документа достаточного для обращения взыскания на имущество юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Для реализации контроля суда за обеспечением обращения взыскания на имущество назрела потребность установления судебного порядка выдачи судебного исполнительного документа для принудительного исполнения неисполненных добровольно или в бесспорном порядке несудебных исполнительных документов, либо с целью соблюдения

конституционных ограничений исполнение начинать за счет заработной платы и иных доходов.

Представляется, что факт выдачи судебного исполнительного документа возлагает на суд обязанность по контролю за его исполнением как в гражданской (хозяйственной) процессуальной форме так и в иных формах, включая делопроизводственную, позволяющую иметь реальную статистику исполненных (а также неисполненных) исполнительных документов по количеству и суммам исполнения, а не статистику законченных исполнительных производств (точнее законченных исполнительных процедур), которая не отражает реальное исполнение, а чаще всего факт частичного исполнения. Статистка в рамках исполнительного производства должна быть сохранена.

4. Несмотря на хорошие темпы компьютеризации судов, внедрение ряда компьютерных программ обеспечивающих потребности делопроизводства, архивирование судебных решений имеется отставание в обеспечении оперативного доступа судебных исполнителей ко всем имеющимся в Республике Беларусь реестрам и регистрам (о недвижимости; юридических лиц и предпринимателей и др.) Решение этих технологических и правовых задач в Законе о судебных исполнителях позволило бы значительно усилить оперативность получения информации на стадии подготовки к совершению исполнительных действий, а также оперативному выбору способа исполнения – обращение взыскания на имущество либо заработную плату должника.

В последнем случае очень важно по незначительным суммам взыскания не использовать затратный по времени механизм получения информации об имуществе, а также трудоёмкий процесс обращения взыскания и реализации имущества должника. Это возможно путём увеличения размера сумм, которые подлежат взысканию из заработной платы (30-40 % одноразовое удержание), а также в целом в пределах сумм до средней заработной платы в Республике Беларусь.

Следует продумать возможность по соглашению сторон использовать альтернативные существующие в законе формы реализации имущества, кроме публичных торгов при реализации недвижимого имущества. В частности для реализации технически сложных вещей использовать специализированные магазины. Судебный исполнитель должен обеспечить оформление прав на недвижимость в рамках исполнительного производства, либо утвердить обязательства покупателя по оформлению этого имущества.