Ural Journal of Legal Research

УРАЛЬСКИЙ ЖУРНАЛ ПРАВОВЫХ ИССЛЕДОВАНИЙ №2

URAL JOURNAL OF LEGAL RESEARCH

Первый в России юридический журнал, реализуемый исключительно силами студентов Института государственного и международного права УрГЮУ

ISSN: 2658-512X

Наши контакты:

lawresearch.ru

zakon.ru/Profile/Show/126719

ural.law.journal@gmail.com

instagram.com/ural.law.journal

vk.com/law_journal

facebook.com/groups/180417889265004

ЕКАТЕРИНБУРГ, 2019

РЕГИСТРАЦИОННЫЙ НОМЕР СМИ, ВЫДАННЫЙ РОСКОМНАДЗОРОМ: ЭЛ № ФС 77-73574 от 31.08.2018 г.

ISSN: 2658-512X

Уральский журнал правовых исследований

Периодическое сетевое издание

Основан в октябре 2018 года

Периодичность: 6 раз в год

№ 2 (3), 2019

Учредитель: федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение высшего образования «Уральский государственный юридический университет»
Редакционная коллегия:
Главный редактор: Козырин Александр Александрович
Авдеева Ольга Алексеевна
Васильев Александр Максимович
Калистратов Александр Алексеевич
Кузнецова Полина Владиславовна
Нохова Александра Вячеславовна
Попова Елена Сергеевна
Синицина Елизавета Владимировна
Шалыгина Ульяна Игоревна

Редакционный совет:
Председатель редакционного совета: Сергеев Данил Назипович – к.ю.н., доцент кафедры уголовного права УрГЮУ, ;
Секретарь редакционного совета: Сурина Елизавета Сергеевна
Азаренок Николай Васильевич – к.ю.н., доцент кафедры уголовного процесса УрГЮУ;
Васильев Артем Сергеевич – к.ю.н., доцент кафедры гражданского права УрГЮУ;
Козаченко Иван Яковлевич – Заслуженный деятель науки Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права УрГЮУ;
Корте Густаво – доктор наук, директор центра междисциплинарных исследований (Сан-Пауло, Бразилия);
Лихачев Максим Александрович – к.ю.н., доцент кафедры международного и европейского права УрГЮУ;
Мочалов Артур Николаевич – к.ю.н., доцент кафедры конституционного права УрГЮУ;
Радостева Юлия Викторовна – к.ю.н., доцент кафедры уголовного права УрГЮУ;
Самсон Бенджамин – доктор наук, заместитель прокурора г. Манила (Филлипины);
Ярков Владимир Владимирович – Заслуженный деятель науки Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой гражданского процесса УрГЮУ.

Свидетельство о регистрации от 31.08.2018 г. № ЭЛ № ФС 77-73574
Адрес редакции: 620137, Свердловская обл., г. Екатеринбург,
ул. Комсомольская, д. 23, оф. 307
© ФГБОУ ВО «Уральский государственный юридический университет»

ISSN: 2658-512X

Ural Journal of Legal Research

Periodical online media

Founded in October, 2018

Periodicity: 6 times a year

№ 2 (3), 2019

Founder: Federal State-Funded Educational Institution «Ural State Law University»
Editors:
Chief editor: Kozyrin Alexander Alexandrovich
Avdeeva Olga Alexeevna
Vasiliev Alexander Maksimovich
Kalistratov Alexander Alexeevich
Kuznetsova Polina Vladislavovna
Nokhova Alexandra Vladislavovna
Popova Elena Sergeevna
Sinitsina Elizaveta Vladimirovna
Shalygina Uliana Igorevna

Editorial Committee:
Editorial Committee Chairman: Sergeev Danil Nazipovich – Candidate of Juridical Sciences, assistant professor of the Criminal Law department, Ural State Law University;
Editorial Committee Secretary: Surina Elizaveta Sergeevna
Azarenok Nikolai Vasilievich – Candidate of Juridical Sciences, assistant professor of the Criminal Procedure department, Ural State Law University;
Vasiliev Artem Sergeevich – Candidate of Juridical Sciences, assistant professor of the Civil Law department, Ural State Law University;
Kozachenko Ivan Yakovlevich – Honored Scientist of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences, professor, Head of the Criminal Law department, Ural State Law University;
Gustavo Korte – PhD, Head of the Interdisciplinary Research Center (São Paulo, Brazil);
Likhachev Maksim Alexandrovich – Candidate of Juridical Sciences, assistant professor of the International and European Law department, Ural State Law University;
Mochalov Artur Nikolaevich – Candidate of Juridical Sciences, assistant professor of the Constitutional Law department, Ural State Law University;
Radosteva Yulia Viktorovna – Candidate of Juridical Sciences, assistant professor of the Criminal Law department, Ural State Law University;
Samson Benjamin – PhD, Deputy Prosecutor of the Manila (Philippines);
Yarkov Vladimir Vladimirovich – Honored Scientist of the Russian Federation, Doctor of Juridical Sciences, professor, Head of the Civil Procedure department, Ural State Law University.

Registration Certificate: ЭЛ № ФС 77-73574, 31.08.2018
Adress: 620137, Sverdlovsk oblast, Yekaterinburg,
Komsomolskaya st., 23, office 307
© Ural State Law University

УДК 347.468

Вахрушев Леонид Александрович (vahrushevleo@gmail.com)
Ассистент кафедры гражданского права
Уральского государственного юридического университета
Кандидат юридических наук
Leonid A. Vahrushev
Assistant of Civil Law department
Ural State Law University
Candidate of Juridical Sciences

НЕЗАВИСИМАЯ ГАРАНТИЯ: СПОСОБ ОБЕСПЕЧЕНИЯ ИЛИ СРЕДСТВО ПЛАТЕЖА
INDEPENDENT GUARANTEE: CONTRACT PERFORMANCE BOND OR MEANS OF PAYMENT

Аннотация: Статья посвящена исследованию правовой природы независимой гарантии. Автор ставит вопрос о возможности отнесения независимой гарантии по отечественному праву к средству платежа. Анализируется международное правовое регулирование отношений по независимой гарантии, где гарантия приравнивается к исполнению обязательства с помощью резервного аккредитива. Автор обосновывает, что российский законодатель пошел по пути разграничения механизмов гарантии и резервного аккредитива. Исходя из сформировавшейся в доктрине российской цивилистики позиции об отнесении средств платежа и расчетов к банковской сфере и реформы обязательственного права Российской Федерации 2015 года, позволившей выдавать гарантии любым коммерческим организациям, автор делает вывод, что независимая гарантия в Российской Федерации – исключительно способ обеспечения исполнения обязательств.

Ключевые слова: обязательство, обеспечение обязательства, средство платежа, независимая гарантия, резервный аккредитив.

Abstract: The article is devoted to researching of the legal nature of independent guarantee. The author poses the question regarding the possibility of consideration of an independent guarantee as a form of payment under Russian law. The international regulation of independent guarantee relations (independent guarantees are treated as standby letters of credit) is analyzed. It has been proved that the Russian legislator opted for the differentiation of mechanisms of the independent guarantee and the standby letter of credit. Premised on the opinions established in the Russian civil jurisprudence and the results of the reform of law of obligation carried out in 2015 the author concludes in accordance with Russian law the independent guarantee is only contract performance bond.

Key words: obligation, means of securing an obligation, means of payment, independent guarantee, standby letter of credit.

Согласно современному гражданскому законодательству, по независимой гарантии гарант принимает на себя по просьбе другого лица (принципала) обязательство уплатить указанному им третьему лицу (бенефициару) определенную денежную сумму в соответствии с условиями данного гарантом обязательства независимо от действительности обеспечиваемого такой гарантией обязательства (ст. 368 ГК РФ[1]). Отечественный закон относит независимую гарантию именно к способам обеспечения исполнения обязательства, тем самым указывая на такую функциональную особенность данного правового явления, как обеспечение основного обязательства.

Подобная функциональная особенность проявляется в таком свойстве без исключения всех способов обеспечения исполнения обязательства как акцессорность (дополнительность). Поскольку действующая редакция п. 3 ст. 329 ГК РФ предусматривает, что при недействительности основного

1 Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть первая: федер. закон от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.01.2019 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

обязательства обеспечительное обязательство не прекращается, а обеспечивает возникшее в результате такой недействительности обязательство, постольку под акцессорностью обеспечительных обязательств понимается взаимообусловленность существования основного (даже если оно недействительно) и дополнительного обязательства[2]. Указанная зависимость проявляется в том, что для «внутренней» динамики обеспечительного правоотношения необходимы следующие юридические факты: 1) возникновение основного (обеспечиваемого) правоотношения; 2) нарушение основного (обеспечиваемого) правоотношения.

Для регулирования отношений по независимой гарантии законодатель учитывает международную практику регулирования подобного рода отношений. Речь идет о публикациях МТП № 458 «Унифицированные правила ICC для платежных гарантий» (Унифицированные правила для гарантий по первому требованию) от 1992 года[3], МТП № 758 «Унифицированные правила ICC для гарантий по требованию», включая типовые формы (URDG 758)[4], Конвенция ЮНСИТРАЛ (ООН) «О независимых гарантиях и резервных аккредитивах» от 11 декабря 1995 года [2, с. 633–640]. Естественно, при проведении последних реформ законодатель учитывал отечественный опыт интерпретации (толкования) дискуссионных положений закона судебной практикой [3, с. 250–253].

Однако в международной коммерческой практике указанные выше акты применяются и для тех отношений, в которых стороны заранее оговаривают, что исполнение денежного обязательства будет происходить путем уплаты денежных средств третьим лицом. Иными словами, стороны в договоре

2 Несколько иного мнения об акцессорности способов обеспечения придерживается Р.С. Бевзенко [1].

3 Унифицированные правила ICC для платежных гарантий (URDG 458). Редакция 1993 года: публикация Международной торговой палаты № 458 // КонсультантПлюс: справочно-правовая система. URL: http://www. consultant.ru (дата обращения: 22.06.2019 г.).

4 Унифицированные правила для гарантий по требованию, включая типовые формы (URDG 758). Редакция 2010 года: публикация Международной торговой палаты № 758 // КонсультантПлюс: справочно-правовая система. URL: http://www. consultant.ru (дата обращения: 22.06.2019 г.).

прямо указывают, что обязательство будет исполняться с помощью резервного аккредитива (одно из аналогичных названий «независимой гарантии» в международной практике) третьим лицом, как правило, банком.

Имплементация в отечественное законодательство обычаев торгового оборота неизбежно связана с определением места такого правового явления в уже существующей модели правового регулирования общественных отношений и последовательном различении со смежными правовыми категориями, юридическими практиками [4, с. 9–19]. Возникает вопрос о категориальном совпадении понятия «независимая гарантия» в международном частном праве и отечественном.

Скорее всего, отечественный законодатель, в отличие от международной коммерческой практики, при регулировании отношений по независимой гарантии пошел по пути последовательного разграничения двух понятий: независимой гарантии и резервного аккредитива. Если в первом случае речь идет о способе обеспечения исполнения обязательства, то во втором – о средстве платежа.

Примечательно мнение Д. А. Гаврина, который видит различие между указанными правовыми категориями в том, что выплата по аккредитиву является надлежащим исполнением обеспечиваемого обязательства. Гарантия, напротив, является надлежащим исполнением обязательства по гарантии, поэтому не может рассматриваться в качестве вида аккредитива [5, с. 223]. Действительно, в международных отношениях стороны зачастую прямо указывают, что исполнение обязанности по оплате будет происходить посредством резервного аккредитива, то есть покупатель изначально не собирается самостоятельно оплачивать поставляемый товар. Представляется, что в данном случае обязательство не обеспечивается, а предусматривается специальный порядок исполнения обязательства.

Наибольшая дискуссионность вопроса о правовой природе гарантийного обеспечительного обязательства существовала до проведения реформы

обязательственного права 2015 года[5]. До указанной реформы в законодательстве содержались положения о банковской гарантии, гарантами по которой могли быть как банковские, так и страховые организации. Выбор именно таких организаций главным образом обусловлен их финансовой стабильностью и меньшей зависимостью от каких-либо экономических, политических и иных явлений. Именно участие банка в банковских гарантиях и расчетах указывало на определенное сходство обозначенных категорий.

Сама по себе банковская гарантия как способ обеспечения исполнения обязательства первоначально зародилась именно в банковской практике. Банк как субъект, обладающий экономической мощью и финансовой стабильностью, в состоянии принять на себя риск неисполнения должником (как правило, принципалом) основного обязательства. Экономический интерес сторон заключается в том, что банк (гарант) получает вознаграждение за предоставление такого обеспечения; должник – возможность заключения основного договора с кредитором; кредитор (бенефициар) – возможность в кратчайшие сроки получить возмещение при нарушении имущественного интереса в случае неисполнения основного обязательства должником. Конечно, интересы кредитора могли быть защищены надлежащим образом путем внесения должником денежных средств на хранение депозитарию, тем самым предоставляя кредитору гарантию того, что в случае неисполнения основного обязательства существует определенная «зарезервированная» на случай такого неисполнения часть имущества должника. Однако подобная практика при развитии оборота и увеличении его интенсивности стала неприемлема для должника, поскольку при внесении денежных средств на депозит данные денежные средства не могут быть использованы для иных целей, то есть покупатель в какой-то степени путем подобного «резервирования» теряет часть свой «экономической мощи» [6]. В свою очередь,

5 О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации: федер. закон от 08.03.2015 г. №42-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2015. № 10. Ст. 1412.

банковские организации, обладающие достаточной финансовой стабильностью и «экономической мощью», были согласны возмездно принять на себя риск неисполнения должником основного обязательства.

Несложно заметить, что термин «бенефициар» в законодательстве используется преимущественно для правового регулирования отношений, в которых одной из сторон выступает банк. Так, термин «бенефициар» используется для обозначения лица, которому принадлежат права на денежные средства, поступающие по договору номинального счета (п. 1 ст. 860.1 ГК РФ[6]), лица, у которого право на получение денежных средств может возникнуть в будущем по договору счета эскроу (п. 1 ст. 860.7 ГК РФ), лица, в чью пользу депонированы денежные средства по договору публичного депозитного счета (п. 3 ст. 860.11 ГК РФ), получателя средств по аккредитиву (п. 1 ст. 867, п. 1 ст. 870 ГК РФ).

Такая ситуация обусловлена тем, что для регулирования указанных отношений отечественным законодателем были использованы акты международного банковского права, в которых подробно закреплены соответствующие правила.

Возникновение и развитие явления, которое нашло свое отражение в отечественном законодательстве в конструкции независимой гарантии, детерминировано развитием именно международных коммерческих отношений, не последняя роль в развитии которых принадлежит банковским организациям.

Для того, чтобы выяснить возможность рассмотрения независимой гарантии в качестве способа расчетов, стоит обратиться к определению понятия «расчетов». Поскольку законодательного определения данного термина нет, то придется обратиться к доктринальному определению, одно из которых сформулировано В. В. Витрянским. Ученый считает, что под расчетными правоотношениями следует понимать отношения, возникающие между

6 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): федер. закон от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 29.07.2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.12.2018 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 5. Ст. 410.

владельцем счета – плательщиком (получателем денежных средств) и банком, в котором открыт его банковский счет, а также иными банками, привлеченными к осуществлению соответствующей банковской операции в связи с исполнением поручения владельца счета о переводе (получении) денежных средств, находящихся на банковском счете, в порядке безналичных расчетов [7]. Таким образом, можно выделить следующие отличия гарантийного обязательства от расчетного правоотношения:

1. Если в расчетном правоотношении субъектами являются владелец счета и банк-организация, в которой такой счет открыт, то в гарантии участие принимают бенефициар, гарант и принципал. В гарантийной модели гарант выдает независимую гарантию по просьбе принципала, их отношения (гаранта и принципала), как правило, опосредованы путем заключения специального договора о предоставлении независимой гарантии, то есть существует несколько правоотношений: основное (обеспечиваемое) правоотношение (между бенефициаром и должником), правоотношение о предоставление независимой гарантии (между принципалом и гарантом), гарантийное правоотношение (между гарантом и бенефициаром);

2. В случае с независимой гарантией не происходит открытие отдельного счета гарантом для учета права требования от бенефициара. Вместе с тем, в предложенном определении указывается, что для осуществления расчетных операций могут привлекаться иные банки, что внешне схоже с конструкцией контр-гарантий.

Из вышесказанного следует, что независимая гарантия является все же способом обеспечения исполнения обязательства и не может рассматриваться как один из способов расчёта. Стоит отметить, что в связи с проведением реформы обязательственного права 2015 года, законодательные положения о банковской гарантии были заменены положениями о независимой гарантии, и в настоящее время закон прямо указывает на возможность выдачи подобного рода гарантий любыми коммерческими организациями. Можно

сказать, что законодатель последовательно придерживается позиции об определении независимой гарантии как способа обеспечения исполнения обязательства, указав, что гарантом может быть не только банк, но любая коммерческая организация. Вряд ли можно утверждать, что в тех случаях, когда гарантом выступает банк, то речь идет о способе платежа, а когда гарантом выступает иная коммерческая организация, то перед нами именно способ обеспечения.

Необходима ли законодательная регламентация резервного аккредитива в качестве одного из способов платежа? Во-первых, в доктрине нет единства относительно правовой природы родовой категории – аккредитива. Некоторые исследователи считают, что под аккредитивом следует понимать метод платежа, элемент договора, вид договора комиссии, особый вид сделки, потестативное обязательство [8, 9, 10].

Во-вторых, модель отношений, при которой исполнение денежного обязательства будет производиться не основным должником, возможна и сейчас без обращения к резервному аккредитиву.

Наиболее близким к конструкции резервного аккредитива является конструкция субсидиарного обязательства (ст. 399 ГК РФ). При такой модели субсидиарный должник исполняет обязательство в том случае, если основной должник отказался от его исполнения или кредитор не получил исполнения в разумный срок.

Еще одной смежной с резервным аккредитивом категорией может быть категория исполнения обязательства третьим лицом. Согласно абз. 1 п. 2 ст. 313 ГК РФ, кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом, если должником допущена просрочка исполнения денежного обязательства. В данном случае при нарушении обязательства основным должником кредитор обязан принять исполнение от третьего лица.

Поскольку в качестве плательщика по резервному аккредитиву в большинстве случаев выступает банк, то отношения между всеми заинтересованными лицами могут быть смоделированы по модели договора

купли-продажи товара в кредит. Действительно, в данном случае плательщиком по договору купли-продажи будет банк, а между последним и должником будет существовать кредитный договор[7]. Любопытная попытка объединения в рамках родовой категории «независимого документарного обязательства» таких видовых категорий как «банковская гарантия» и «документарный аккредитив» предпринята Я. А. Павлович [12].

Итак, независимая гарантия имеет разное значение в международной практике и отечественном праве. Если в международной практике под такой гарантией может пониматься как способ обеспечения исполнения обязательства, так и средство платежа, то по отечественному праву под независимой гарантией понимается исключительно способ обеспечения. Необходимость закрепления в отечественном праве такого способа платежа, как резервный аккредитив отсутствует, поскольку в российском законодательстве предусмотрено достаточно инструментов для удовлетворения интереса кредитора (банка), необходимость в заимствовании такого способа отсутствует.

Библиографический список

1. Бевзенко Р. С. Акцессорность обеспечительных обязательств. – М.: Статут, 2013. // Информационный банк «Постатейные комментарии и книги», КонсультантПлюс: справочно-правовая система. URL: www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CMB&n=17390#05331071520339337 (дата обращения: 26.06.2019 г.).
2. Международное частное право. Сборник документов. – М.: БЕК, 1997. – 937 с.
3. Владимирова Д. С. Интерпретация в гражданском праве // Право и экономика: междисциплинарные подходы в науке и образовании.

7 На необходимость законодательного закрепления возможности выдачи резервных аккредитивов обращали внимание К. Карашев, А. Оганесян [11].

IV Московский юридический форум. XII Международная научно-практическая конференция (Кутафинские чтения) материалы конференции. 2017. URL: https://books.google.ru/books?id=5CREDwAAQBAJ&pg= (дата обращения: 26.06.2019 г.).

4. Белова А. П. Понятие «юридическая практика»: основные подходы к пониманию и трактовки в исследованиях теоретиков права // Электронное приложение к «Российскому юридическому журналу» № 6. 2016. С. 9–18.
5. Гаврин Д. А. Гарантия как способ обеспечения обязательств: дис. … канд. юрид. наук. – Екатеринбург, 2007. – 249 с.
6. Алексеев С. С. Право собственности. Проблемы теории: монография // Институт частного права. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: НОРМА: НИЦ Инфра-М, 2012. – 240 с. URL: http://znanium.com/bookread2.php?-book=350003&spec=1 (дата обращения: 26.06.2019 г.).
7. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари: в 5 т. – М.: Статут, 2006. – Т. 2. – 623 с. // Информационный банк «Постатейные комментарии и книги», КонсультантПлюс: справочно-правовая система. URL: www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc&base=CMB&n=13199#06328337944132449 (дата обращения: 26.06.2019 г.).
8. Аверков В. Способы обеспечения выполнения сторонами своих обязательств по договорам // Экономика и жизнь. 1998. № 2. URL: www.hoz-pravo.ru/assets/files/pdf/2008-01-p.pdf (дата обращения: 26.06.2019 г.).
9. Ахмедов А.Ш. Статья: договор или платеж? Проблема юридической природы аккредитивов // Банковское право. 2008. № 6. URL: https://www.lawmix.ru/bux/26988 (дата обращения: 26.06.2019 г.).
10. Овсейко С. Юридическая природа аккредитива // Юрист. 2006. № 5. URL: https://wiselawyer.ru/poleznoe/19263-yuridicheskaya-priroda-akkreditiva (дата обращения: 26.06.2019 г.).

11. Карашев К., Оганесян А. Резервный аккредитив в сравнении с коммерческим аккредитивом и банковской гарантией // Хозяйство и право. 2008. № 1. Приложение. URL: www.hozpravo.ru/ru/e-version/1995-2016 (дата обращения: 26.06.2019 г.).
12. Павлович Я. А. Независимые документарные обязательства. – М.: Волтерс Клувер. 2006. – 160 с. URL: http://civil-raj.narod.ru/download/Pavlovitch_Nezavisim_dokum_obyazat.pdf

УДК 347.440.66

Веревкин Иван Евгеньевич (Verevivan0602@gmail.com)
Студент Института прокуратуры
Уральского государственного юридического университета
Ivan Y. Verevkin
Ural State Law University
Institute of The Prosecutor's Office, Student

Гришанин Александр Юрьевич (grishanin_aleksandr_98@mail.ru)
Студент Института прокуратуры
Уральского государственного юридического университета
Aleksandr Y. Grishanin
Ural State Law University
Institute of The Prosecutor's Office, Student

Научный руководитель:
Алексеева Ольга Геннадьевна
Доцент кафедры гражданского права
Уральского государственного юридического университета
Кандидат юридических наук
Academic supervisor:
Olga G. Alexeyeva
Assistant professor of Civil Law department
Ural State Law University
Candidate of Juridical Sciences

ПРОБЛЕМНЫЕ АСПЕКТЫ И ПЕРСПЕКТИВНЫЕ ВОЗМОЖНОСТИ ПРИМЕНЕНИЯ СМЕШАННОГО ДОГОВОРА
THE CONTROVERSIAL ASPECTS AND PERSPECTIVES OF USE OF MIXED CONTRACTS

Аннотация: В статье анализируются проблемы, связанные с применением института смешанного договора. Авторы показывают истоки смешанных договоров в римском праве (Pactaadiesta) и предлагают определение смешанного договора, основанное на включении в договор существенных элементов других договорных типов, обусловленном общей целью. Исходя из определения авторы предлагают решение таких проблем смешанных договоров как определение возмездности договора в целом, ситуаций, когда возможность составить смешанный договор ограничена (императивное «прикрепление» к определенным отношениям определенных договоров, при обязанности заключить договор, при ограниченном субъектном составе), и возможности включения в смешанный договор наряду с элементами договорной модели гражданско-правового характера элементов договоров иной отраслевой принадлежности.

Ключевые слова: смешанный договор, гражданско-правовой договор, административный договор, договор в земельном праве, договор в трудовом праве.

Abstract: The article is devoted to the issues related with the use of such legal mechanism as a mixed contract. Authors demonstrate the origins of mixed contracts from Roman Civil law (Pactaadiesta) and suggest the definition of the mixed contract founded on composition of elements of different types of contracts with a united aim for all. Drawing on the definition authors propose solutions of such issues as identification of the contract's commutative nature, restrictions for formation of mixed contracts (specificity of certain types of contracts for certain relations, a duty to conclude a contract, restrictions regarding contracting parties) and the possibility of inclusion into mixed contracts elements of contracts from other areas of law along with elements of the civil-law contracts.

Keywords: mixed contract, civil contract, administrative contract, contract in land law, contract in labor law.

«Антилопу» думаю собрать, – жалобно молвил Адам Казимирович, – пойду к ней, посмотрю, ремонт ей дам». Если бы А. К. Козлевич

из известного романа И. Ильфа и Е. Петрова «Золотой теленок» ремонтировал свой автомобиль «Антилопу-Гну» не самостоятельно, а прибегая к помощи профессионалов, заключенный между бывшим вором и автосервисом договор можно было бы считать смешанным. По крайней мере, очень часто в практике договор на ремонт транспортного средства квалифицируется как смешанный, содержащий элементы договоров подряда и возмездного оказания услуг.[1]

Смешанный договор – это яркое проявление принципа свободы договора. Институт смешанного договора функционирует в гражданском праве Германии, Франции, США и др. Его преимущества: возможность в рамках одного договора урегулировать различные отношения сторон, а не прибегать к пакету договоров (с одной стороны, это ведет к экономии, с другой – к упрощению правоотношений). Практическое удобство и сбережение ресурсов контрагентов снискали данной конструкции большую популярность. В России в силу п. 3 ст. 421 ГК РФ[2] стороны могут заключить договор, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами (смешанный договор). К отношениям сторон применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения или существа смешанного договора.

Смешанные договоры берут свое начало еще в римском праве. Pactaadiesta, по сути, представлял собой самый первый прообраз смешанного договора, содержащего элементы договоров купли-продажи и аренды земельного участка (лицо, продавшее земельный участок, договаривалось с покупателем о том, что участок передаётся ему не сразу, а на определённый срок остаётся в аренде у продавца [1, с. 254]). С развитием права появились

1 Постановление АС Северо-Кавказского округа от 25.09.2013 г. по делу № А53-32050/2012

2 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.06.2019 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 05.12.1994. № 32. Ст. 3301

contractus innominati, которые имели место тогда, когда лица договаривались об имущественных предоставлениях, причём их соглашение не подходило ни под один вид контрактов, существовавших в римском частном праве [2, с. 330]. Они включали элементы различных поименованных контрактов, что позволяет говорить об их сходстве со смешанными договорами. В их числе выделялись мена [3, с. 23], комиссия [4, с. 539] и др. Преобладающему элементу такого договора предоставлялась исковая защита [5, с. 136].

Количество используемых в современном гражданском обороте смешанных договоров возрастает. Однако в гражданском законодательстве РФ отсутствует единая модель смешанного договора, что порождает неоднозначные правоприменительные решения. В начале статьи говорилось о квалификации договора о ремонте транспортного средства как смешанного, наряду с этим существует практика квалификации указанной сделки только как договора возмездного оказания услуг[3], как договора подряда.[4] Представляется, что устранить неясность возможно при установлении понятия смешанного договора.

М. И. Брагинский указывал на следующие признаки смешанного договора: в состав должно входить не менее двух договоров, которые должны быть поименованными, сам смешанный договор к числу поименованных не относится (за исключением случаев, прямо указанных в законе) [6, с. 60–62]. Исходя из формального смысла п. 3 ст. 421 ГК РФ договор, содержащий элементы поименованного и непоименованного договоров, не будет считаться смешанным. В то же время можно встретить критику данного законоположения [7, с. 51]. Представляется, что, с развитием гражданского оборота следует признавать смешанным также договор, содержащий элементы, в том числе и непоименованных договоров [8, с. 71]. Условие о предмете договора, в совокупности с особенностями субъектного состава [3, с. 23],

3 Постановление АС Уральского округа от 27.12.2010 г. № Ф09-10986/10-С3 по делу № А07-6266/2010

4 Постановление АС Волго-Вятского округа от 28.04.2010 г. по делу № А82-5527/2009.

а также элементами различных договоров позволяет определять смешанные договоры через систему их характерных признаков. Судебная практика исходит из того, что правовая связь элементов в составе смешанного договора обусловлена наличием общей цели, с которой он заключается контрагентами.[5] Под элементами различных договоров следует понимать не отдельные изолированные права и обязанности, включенные в содержание договора, а определенную их совокупность, характерную для соответствующего договора [9, с. 40].

Судебная практика исходит из того, что совокупность признаков конкретного договора, без которых он не может существовать, следует отличать от второстепенных, которыми наделяется данный договор в силу тех или иных причин – процессуальной экономии, упрощения, более эффективного регулирования сложившихся отношений и т. д.[6] Данный принцип также может быть положен в качестве критерия выделения смешанного договора. Так, не является смешанным договор аренды, содержащий обязанность арендатора совершить работу с целью восстановления, ремонта помещения для нормального его использования самим арендатором (на первый взгляд усматриваются признаки договора аренды и подряда, однако, указанные обстоятельства позволяют говорить о том, что производство данных действий – необходимость самого арендатора для использования предмета аренды, что не свидетельствует о смешанном характере данного договора).[7]

Можно предложить следующее определение смешанного договора. Под смешанным договором надлежит понимать такой договор, в котором содержатся совокупности существенных элементов, характерных для различных как предусмотренных законом или иными правовыми актами, так и непоименованных договоров, наличие которых обусловлено общей целью.

5 Постановление АС Волго-Вятского округа от 02.11.2009 г. по делу № А11-10022/2008.

6 Постановление АС Волго-Вятского округа от 02.06.2010 г. по делу № А17-6425/2009.

7 Постановление АС Центрального округа от 03.11.2010 г. по делу № А14-19742-2009/567/8.

Смешанный договор не всегда будет считаться заключенным. Существенными условиями всего договора являются совокупности существенных элементов, характерных для различных договоров. В силу п. 1 ст. 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. При незаключенности целостная конструкция рушится, т. е. в смешанном договоре для признания его незаключенным необходимо отсутствие какого-либо существенного элемента в той совокупности хотя бы одного из «составных договоров». К примеру, стороны заключили договор аренды земельного участка с предоставлением арендатору права выкупа земельного участка. Договор признается незаключённым, поскольку контрагенты не предусмотрели установленное законом (п. 1 ст. 555 ГК РФ[8]) существенное условие одной из совокупностей договорных элементов, включённых в смешанный договор, – цену договора[9]. В приведенном казусе незаключенность одного договора, входящего в состав смешанного, приводит к незаключенности договора в целом. Таким образом, смешанный договор представляет собой не просто совокупность элементов, а договор, являющийся системой совокупностей существенных элементов соответствующих договоров, между которыми существует реальная связь.

Для ответа на вопрос: «Каким образом решается вопрос о возмездности договора?» следует обратиться к судебной практике. Например, в Постановлении ФАС СКО отмечено: «Если указана цена, явно неэквивалентная стоимости имущества, следует признать направленность воли на безвозмездную передачу части данного имущества, что в силу п. 4 ст. 575 ГК РФ запрещено между коммерческими организациями»[10]. В то же время, указанное судебное

8 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая): федер. закон от 26.01.1996 г. № 14-ФЗ (ред. от 29.07.2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 30.12.2018 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 29.01.1996. № 5. Ст. 410

9 Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 01.03.2005 г. № 12102/04.

10 Постановление АС Северо-Кавказского округа по делу № Ф08-3240/2004

решение представляется спорным. Согласно ст. 431 ГК РФ при толковании условий договора принимается во внимание буквальное значение содержащихся слов и выражений. Буквальное значение в случае его неясности устанавливается путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. В данном случае из буквального толкования не следует, что воля сторон направлена на отчуждение имущества по частям. Более того, «в отношении неделимой вещи одновременный режим таких взаимоисключающих конструкций, как купля-продажа и дарение, невозможен… собственник вещи не может распорядиться своей неделимой вещью иначе, чем передача такой вещи другим лицам. Отчуждение доли в такой вещи невозможно, поскольку режим долевой собственности до поступления вещи 2 и более лицам еще не возникает» [10, с. 1219]. Занижение цены никогда «не приветствуется». Ст. 61.2 ФЗ «О банкротстве»[11] содержит понятие подозрительной сделки. Также судебная практика называет определенные негативные последствия занижения цен[12]. Безвозмездные сделки регулируются с учетом личных отношений между сторонами. С учетом этого законодатель позволяет отменить дарение, хранитель по безвозмездному договору хранения отвечает за сохранность вещи при условии его вины. Такой режим не следует распространять на договоры, в которых «дающий» получает вознаграждение, пусть даже несколько меньшее, чем рыночная цена [11, с. 31].

Поэтому представляется, что дарение не может входить в качестве «компонента» в смешанный договор.

Наконец, право на «комбинирование» различных элементов в смешанном договоре может быть ограничено. Во-первых, к отдельным отношениям нормативно разрешено использование лишь строго определенной конструкции (п. 2 ст. 671 ГК РФ: юридическим лицам жилое помещение не может

11 О несостоятельности (банкротстве): федер. закон от 26.10.2002 г. № 127-ФЗ (в ред. от 27.12.2018 г.) // Собрание законодательства Рос. Федерации. 2002. № 43. Ст. 4190.

12 Обзор практики применения арбитражными судами положений главы 24 ГК РФ : информационное письмо Президиума ВАС РФ от 30.10.2007 г. № 120 // Вестник ВАС РФ. 2008.

быть предоставлено по договору найма жилого помещения). Во-вторых, в случаях, когда законодатель возлагает на контрагентов обязанность заключить договор, он указывает на то, какая именно договорная модель должна использоваться (п. 1 ст. 527 ГК РФ – государственный или муниципальный контракт). В-третьих, некоторые договорные модели могут быть использованы только ограниченным кругом субъектов, (участником договора банковского вклада должна быть кредитная организация, которая принимает вклады (депозиты) от вкладчика) [12, с. 94].

Интересен также вопрос – может ли в смешанный договор наряду с элементами договорной модели гражданско-правового характера быть включен элемент договорной конструкции иной отраслевой принадлежности?

Административный договор дает широкое поле для подобного «творчества». Административные договоры все более входят в практику деятельности публичной администрации, хотя их режим до сих пор недостаточно урегулирован. Такой договор определяется как «основанный на административно-правовых нормах и выработанный в публичных интересах в результате добровольного согласования воли двух и более субъектов административного права, одним из которых выступает субъект публичной власти, многосторонний акт, устанавливающий (прекращающий, изменяющий) взаимные права и обязанности его участников» [13, с. 422]. Из определения не следует, что административный договор не может быть смешанным. Более того, административное право и не может содержать запрета на включение в состав административного договора элементов договорной конструкции гражданско-правового характера. В этой части договор, в составе которого имеются элементы различных договоров, будет регулироваться нормами соответствующих отраслей. Административное право как развивающееся прогрессивно стирает границы между отраслями.

Несколько иная ситуации в земельном праве. Земельное законодательство детально регулирует договоры купли-продажи, аренды земельных

участков, а также договор ипотеки. В отношении других земельно-правовых договоров преимущественно применяются нормы ГК РФ. Согласно п. 3 ст. 3 ЗК РФ[13] отношения по совершению сделок с земельными участками регулируются гражданским законодательством, если иное не предусмотрено земельным, лесным, водным законодательством, законодательством о недрах, об охране окружающей среды, специальными федеральными законами. Нормы гражданского и земельного законодательства в этой области соотносятся как общие и специальные. В данном случае имеет место, по сути, вообще не смешанный договор. Из-за специфики предмета договора приоритет отдается отраслевому регулированию, гражданско-правовой метод – в оставшейся части. И это, в какой-то мере, не соответствует понятию смешанного договора в уже привычном смысле.

В трудовом праве ситуация сложнее. В силу ст. 15, 16, 19.1 ТК РФ[14] неустранимые сомнения при рассмотрении судом споров о признании отношений, возникших на основании гражданско-правового договора, трудовыми отношениями толкуются в пользу наличия трудовых отношений. Поэтому в определенной степени можно говорить о существовании презумпции трудового договора, что должно обеспечить преимущественную защиту социальных интересов работника [14, с. 328]. Исходя из складывающейся практики, суды, определяя природу сложившихся между сторонами отношений, при наличии в договоре указания на выполнение конкретной трудовой функции, вознаграждение в форме заработной платы, объект – непосредственно процесс труда, а не результат и т. д., признают факт трудовых правоотношений со дня фактического допущения физического лица, являющегося исполнителем по указанному договору, к исполнению предусмотренных

13 Земельный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 25.10.2001 г. № 136-ФЗ (ред. от 25.12.2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.06.2019) // Собрание законодательства РФ. 29.10.2001. № 44. Ст. 4147.

14 Трудовой кодекс Российской Федерации: федер. закон от 30.12.2001 г. № 197-ФЗ (ред. от 01.04.2019 г.) // Российская газета. 31.12.2001. № 256.

указанным договором обязанностей[15]. Указанный смешанный договор, содержащий лишь некоторые элементы трудового договора, по формальным критериям (зачастую даже воля сторон судами не учитывается) будет являться основанием возникновения трудовых отношений, которые регулируются приоритетно нормами трудового права, и лишь в случае пробела допускается аналогия гражданского права.

Конструкция ученического договора (ст. 199 ТК РФ) похожа на договор оказания услуг (ст. 779 ГК РФ), однако имеется различие не только в сфере действия и субъектном составе, но и в том, что ученик сам не платит обучающему. Кроме того, ученикам в период обучения выплачивается стипендия, оплачивается выполняемая ими работа, что свидетельствует о принадлежности договоров ученичества только к сфере трудового права [15, с. 288]. Обязанность работодателя, связанная с предоставлением ученику работы наряду с обязанностями работодателя и ученика по обеспечению и, соответственно, прохождению обучения является необходимым условием ученического договора [16, с. 177]. Согласно ст. 205 ТК РФ на учеников распространяется трудовое законодательство, в то время как на лиц, заключающих гражданско-правовые договоры, нормы ТК РФ и иного законодательства о труде свое действие не распространяют (ст. 11 ТК РФ).

По сути, договор оказания услуг в сфере образования с лицом, ищущим работу, обретя гарантию трудоустройства и обязанность отработки после обучения на основании трудового договора (ст. 199 ТК РФ), перешел из разряда гражданско-правового в сферу регулирования нормами трудового права.

Гражданско-правовой подход используется при определении размера материальной ответственности за нарушение норм трудового права [17, с. 16]. И это пример легального ухудшения положения работника [18, с. 69]. Напрашивается формулировка, получившая широкое распространение в гражданском праве – «если иное не предусмотрено договором». В ст. 244

15 Определение Верховного Суда РФ от 25.09.2017 г. № 66-КГ17-10; Апелляционное определение Свердловского областного суда от 13.07.2016 г. по делу № 33-11917/2016.

ТК РФ закреплена возможность заключения письменных договоров о полной индивидуальной или коллективной (бригадной) материальной ответственности. Но ошибочно полагать, что договор о полной индивидуальной или коллективной (бригадной) материальной ответственности регулируется нормами гражданского права [19, с. 61]. Принцип свободы договора сведен к минимуму. Если необходимость заключить договор о полной материальной ответственности возникла после заключения с работником трудового договора и обусловлена тем, что в связи с изменением законодательства занимаемая должность или выполняемая работа отнесена к перечню должностей и работ, замещаемых или выполняемых работниками, с которыми работодатель может заключать договоры о полной материальной ответственности, однако работник отказывается заключить такой договор, работодатель в силу ч. 3 ст. 74 ТК РФ обязан предложить ему другую работу, а при ее отсутствии либо отказе от предложенной работы трудовой договор прекращается по п. 7 ч. 1 ст. 77 ТК РФ.[16]

К коллективному договору частично применимы принципы свободы договора [15, с. 287]. Согласно ст. 22 ТК РФ его заключение – и право, и обязанность работодателя. В соответствии со ст. 43 ТК РФ действие коллективного договора распространяется на всех работников организации, ИП, в том числе и на тех лиц, которые поступили на работу позднее его принятия, т. е. в процессе заключения не участвовали. Ученые рассматривают коллективный договор как: НПА; локальный нормативный акт [20, с. 65]. В теории разрабатывается концепция договора как нормативного акта [17, с. 17].

Ко всем рассмотренным договорам трудового права нормы гражданского законодательства не применяются даже субсидиарно. Указанные конструкции, по своей сути, можно считать смешанными договорами, однако правила о применении в частях правил о договорах, элементы которых

16 О применении судами РФ Трудового Кодекса РФ: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 17.03.2004 г. № 2 // Официальные документы в образовании. 2016. № 12–14.

содержатся в указанных конструкциях, не могут использоваться. В силу специфики трудовое право предполагает приоритет своего регулирования. Если договор содержит элементы договорной конструкции, принадлежащей трудовому праву, он будет регулироваться только нормами трудового законодательства, источники гражданского права не применимы (за исключением оправданной аналоги, например, в вопросах о добросовестности сторон, однако и это является спорным [21, с. 6]).

Таким образом, следует отметить, что на практике сложилась благоприятная ситуация для активного использования смешанных договоров. Проблемы применения данной конструкции возникают, но в то же время существуют возможности для их преодоления. Все достоинства смешанного договора явно «перевешивают» негативные последствия. Представляется, что в ближайшем будущем смешанные договоры будут использоваться контрагентами чаще, в том числе и в смежных с гражданским правом отраслях, что пока прослеживается не столь явно (за исключением административного права). Однако представляется, что с развитием гражданского оборота будут разрабатываться более сложные условия смешанных договоров, в том числе содержащих элементы иной правовой принадлежности, которые будут регулироваться в части нормами «своей» отрасли. Основная задача законодателя, так и правоприменителя на данном этапе – стараться «успевать» реагировать на потребности участников экономического оборота, создавая новые нормы права и толкуя их, исходя из текущей ситуации и потребностей субъектов права, в целях обеспечения единообразия правоприменения.

Библиографический список

1. Новицкий И. Б. Римское право: учебник: 4-е изд., стер. – М.: КНОРУС, 2016. – 304 с.
2. Санфилиппо Ч. Курс римского частного права: учебник / под. ред. Д. В. Дождева. – М., 2002. – 400 с.

3. Татарская Е. В. Правовая природа смешанных договоров // Российская юстиция. 2010. № 4. С. 22–25.
4. Дождёв Д. В. Римское частное право: учебник для вузов. – М.: Норма Инфра-М, 1996. – 704 с.
5. Бычков А.И. Смешанный договор в римском частном праве // Ленинградский юридический журнал. 2011. № 4 (26). С. 130–136.
6. Брагинский М. И. Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах. – М.: Статут, 2007. – 79 с.
7. Огородцев Д. В., Челышев М.Ю. Смешанные договоры в частном праве: отдельные вопросы теории и практики // Законодательство и экономика. 2005. № 10. С. 50–53.
8. Бычков А. И. Признаки, понятие и существо смешанного договора // Бизнес в законе. Экономико-юридический журнал. 2011. №4. С. 71–74.
9. Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. – Минск: Наука и техника, 1967. – 260 с.
10. Практика применения Гражданского кодекса Российской Федерации части первой: 2-е изд., перераб. и доп. / под общ. ред. В. А. Белова. – М.: Юрайт: Юрайт-Издат, 2011. – 1301 с.
11. Останина Е. А. Отдельные проблемы заключения непоименованного и смешанного договора // Вестник Челябинского государственного университета. 2017. № 17 (308). С. 29–31.
12. Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: общ. положения. – М.: Статут, 1998. – 682 с.
13. Бахрах Д. Н., Россинский Б. В., Старилов Ю. Н. Административное право: 3-е изд., пересмотр. и доп. – М., 2008. – 816 с.
14. Лушников А. М., Лушникова М. В. Презумпции в трудовом праве: общеправовые и отраслевые // Юридическая техника. 2010. №. 4. С. 327–331.
15. Головина С. Ю. Договорные конструкции трудового права // Цивилистические записки. Межвузовский сборник научных трудов: К 80-летию

С. С. Алексеева. – М., Екатеринбург: Статут, Ин-т частного права. 2004. № 3. – 462 с.

16. Брюхина Е. Р. Право на труд и право на образование: регулирование отношений по профессиональной переподготовке работников в России: дис. ... канд. юрид. наук. – Пермь, 2007. – 215 с.
17. Козлова Е. Б. Договор как межотраслевая категория // Правовая информатика. 2015. № 3. С. 10–18.
18. Головина С. Ю. Трудовой договор как юридическая конструкция // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2013. № 3 (21). С. 65–72.
19. Архимандритова М. А. Материальная ответственность работника и работодателя: общее и особенное в правовом регулировании // Журнал российского права. 2010. № 11 (167). С. 54–65.
20. Филипцова Н. А. Правовая природа коллективного договора. // Современное право. 2015. № 2. С. 64–71.
21. Орловский Ю. П. Трудовое право не ответило на вызов экономического кризиса // Трудовое право. 2009. №3. С. 5–9.

УДК 343.7

Ковальчук Анна Олеговна (79827115290.@yandex.ru)
Студентка Института юстиции
Уральского государственного юридического университета
Anna O. Kovalchuk
Ural State Law University
Institute of Justice, Student

Научный руководитель:
Сергеев Данил Назипович
Доцент кафедры уголовного права
Уральского государственного юридического университета
Кандидат юридических наук
Academic supervisor:
Danil N. Sergeev
Assistant professor of Criminal Law department
Ural State Law University
Candidate of Juridical Sciences

ТЮРЬМА ИЛИ КОЛОНИЯ: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ
PRISON OR COLONY: COMPARATIVE ANALYSIS

Аннотация: В качестве предмета исследования выступает сравнительная характеристика тюрьмы и колонии, их эффективность в соответствии с целями уголовно-исполнительного законодательства, и недостатки. Автор демонстрирует такие недостатки системы колоний как неэффективность трудоустройства в колониях и распространение криминальной субкультуры, предлагает меры по изменению системы исправительных учреждений на тюремную.

Ключевые слова: тюрьма, колония, реформирование, наказание, лишение свободы, исправительное учреждение.

Abstract: The subjects of the research are the comparative characteristics of prisons and colonies, their effectiveness in accordance with the objectives of the penal legislation, and shortcomings. The author points out such disadvantages of the system of colonies as inefficiency of employment measures and spreading of criminal subculture, proposes to change the system of correctional institutions into a prison system.

Key words: prison, colony, reform, punishment, imprisonment, correctional institution.

В настоящее время является актуальным вопрос о реформировании уголовно-исполнительной системы, а именно искоренение колонийской системы и переход к тюремной. Такие изменения связаны с рядом проблем, которые в первую очередь касаются целей исполнения наказания. В соответствии со ст. 43 Уголовного кодекса и ст. 1 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации[1] (далее – УИК РФ) целями наказания в виде лишения свободы являются восстановление социальной справедливости, исправление осужденного и предупреждение совершения новых преступлений. В связи с указанными целями законодатель в ч. 2 ст. 9 УИК РФ закрепил основные средства их достижения, а именно: режим, воспитательная работа, общественно полезный труд, получение общего образования, профессиональное обучение и общественное воздействие.

Необходимо отметить, что в Российской Федерации именно колонийская система, несмотря на существование тюрем, так как:

- во-первых, количество указанных исправительных учреждений имеет колоссальную разницу,

1 Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 08.01.1997 г. № 1-ФЗ (ред. от 27.12.2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2019 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 2. Ст. 198.

- во-вторых, число преступлений и категорий лиц, осуждаемых к отбыванию наказания в виде лишения свободы в колонии, значительно превышают тюремное число.

Причиной становления такой системы является исторически широкое применение ссылки в отдаленные места на поселения для расширения государственных границ и выполнения поставленных государством задач с помощью труда заключенных. В связи с этим начала приобретать развитие именно колониальная, а не тюремная система содержания осужденных к лишению свободы.

В социалистический период пенитенциарная система состояла в основном из колоний, что сохранилось и по сей день. По состоянию на 1 апреля 2019 года по статистическим данным ФСИН насчитывается 705 исправительных колоний, 123 колонии-поселения, 23 воспитательных колонии и всего лишь 8 тюрем. Но такая ситуация не целесообразна по нескольким причинам [1].

Во-первых, в социалистический период упор делался на перевоспитание и исправление осужденных путем труда, так как государственная идеология была направлена на борьбу с «тунеядством» не только в колониях, но и во всех сферах жизни общества. Из-за плановой экономики такой подход давал позитивный результат и рецидив был минимален. Особое значение в данном вопросе имел Исполнительно-трудовой кодекс РСФСР 1970 г., задачей которого было исправление и перевоспитание осужденных в духе честного отношения к труду (ст. 1).[2]

В настоящее же время экономика России является рыночной, и труд заключенных уже не используется в той мере, в которой использовался для решения экономических задач в социалистическом обществе. Наоборот, уголовно-исполнительная система не может обеспечить всех осужденных

2 Исправительно-трудовой кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 18.12.1970 г.): Исправительно-трудовой кодекс РСФСР от 18 декабря 1970 г. // Свод законов РСФСР, Т. 8. 753 с.

трудоустройством, несмотря на созданные центры трудовой адаптации осужденных, поскольку спрос на продукцию, производимую в системе ФСИН, очень низок.

Во-вторых, помимо общественно-полезного труда, законодательно закрепляется еще одно средство – режим (установленный порядок исполнения и отбывания наказания – ст. 9 УИК РФ).[3] Но, как показывает практика, в колониях такое средство малоэффективно. В одном исправительном учреждении могут содержаться абсолютно разные категории осужденных. Поскольку в колониях проживание осуществляется в общежитиях, то преступники имеют возможность общаться между собой, обмениваться преступным опытом, образовывать новые преступные группы. Такое общение заключенных также ведет к процветанию криминальной субкультуры. Последнее негативно сказывается не только на самих осужденных, преступления которых при совершении их в дальнейшем могут быть признаны рецидивом, но и на обществе, потому что распространение криминальной субкультуры проникает практически во все слои населения.

Особенно важно, что данный фактор создает угрозу распространения преступности несовершеннолетних. Их приобщение к криминальной субкультуре служит одной из причин антиобщественного и криминального поведения. Носители криминальной субкультуры оказывают влияние на несовершеннолетних, являясь вдохновителями и организаторами их преступной деятельности. Немаловажная роль в этом принадлежит атрибутике и образу жизни так называемых «авторитетов», которые часто выполняют функции наставников и даже образцов подражания для несовершеннолетних.

Несовершеннолетние, приобщаясь к криминальной субкультуре, в силу своей психологии, вовлекают сверстников в свой круг общения, пропагандируют криминальный образ жизни, рекрутируют из их среды соучастников для совершения преступлений. Так, исследования показывают, что те, «кто

3 Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 08.01.1997 г. № 1-ФЗ (ред. от 27.12.2018 г.) (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2019 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 2. Ст. 198.

совершает первое преступление, будучи несовершеннолетними, впоследствии становятся рецидивистами», потому что именно в возрасте до 18 лет закладываются основы мировоззрения и поведения личности [2, с. 4–5].

В то же время в тюрьмах содержание осуществляется по камерному типу, что затрудняет общение и влияние между осужденными, но обеспечивает более тщательный контроль и воспитание. Согласно ст. 9 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными (приняты на первом Конгрессе ООН по предупреждению преступности и обращению с правонарушителями, состоявшемся в Женеве в 1955 году), осужденные к лишению свободы должны содержаться в одиночных камерах, особенно в ночное время.[4] Сторонники одиночного содержания утверждают, что при такой системе арестант сохраняет свое человеческое достоинство, чувство чести и индивидуальной ответственности, что невозможно при общем содержании. Однако, многолетнее заключение человека в четырех стенах будет разрушать его психику, подавлять нравственность и истощать жизненные силы. Одиночное заключение озлобляет заключенных, приводит к душевным болезням, самоубийствам, отчаянию [3, с. 9].

Заслуживает внимания оценка условий заключения в Америке Ч. Диккенсом. Он отмечал, что одиночное заключение сопряжено «с такими страданиями, всю глубину которых могут измерить лишь сами страдальцы, и на которые ни один человек не вправе обрекать себе подобных. Это медленное, ежедневное давление на тайные пружины мозга неизмеримо более ужасно, чем любая пытка, которой можно подвергнуть тело, этот метод наказания, будучи тайным, не пробуждает в сердцах людей дремлющее чувство человечности, которое заставило бы их вмешаться и положить конец этой жестокости» [4, с. 28].

В мире существует много различных тюремных систем. Филадельфийская или Пенсильванская тюремная система славится своим строгим

4 Минимальные стандартные правила обращения с заключенными (Правила Нельсона Манделы) (утверждены ООН 30 августа 1955 г., одобрены Экономическим и Социальным Советом на 994-ом пленарном заседании 31 июля 1957 г.) // Советская юстиция. 1992. № 2. Ст. 19.

и устрашающим одиночным содержанием, а также архитектурой зданий. Одиночные тюрьмы устраивались обычно в виде нескольких наполненных камерами корпусов, расположенных вокруг центра в виде креста (крестообразная система) или веером (веерообразная система). Были и тюрьмы, построенные в виде звезды (звездообразные или лучистые). Тюрьма такого типа была создана в 1776 г. в Филадельфии (штат Пенсильвания) религиозной сектой квакеров. Примером применения данной системы в настоящее время являются лишь Голландия и Бельгия, но и в этих странах существуют некоторые ограничения. В других государствах одиночное содержание применяли и применяют по сей день, однако в чистом виде тюрем Пенсильванской тюремной системы не существует, в системе каждого государства есть свои особенности.

Не менее известной является «система реформаториев», предполагающая, что осужденные должны «самоисправляться». Данную идею пытался реализовать Д. Мэконочи, но ее подвергли критике и практически отвергли. С первой половины 70-х годов XIX столетия в США стали возникать особые тюрьмы-реформатории, которые быстро привлекли к себе внимание общественности и, по мнению некоторых ученых, до настоящего времени являются идеалом. Тюрьма такого типа представляла собой здание, которое включало множество келий для одиночного ночного содержания и общее помещение для работы, обучения и приема пищи. В «одиночках» заключенные находились в праздничные и выходные дни, а также в то время, когда они не работали, не обучались или не были заняты иными обязательными делами (военные игры, спорт и т. д.). Первый реформаторий был открыт в г. Эльмире (штат Нью-Йорк) в 1876 году. Но поставленные цели и возложенные надежды не увенчались успехом.

Последней является английская и ирландская прогрессивные системы, которые отбывание тюремного наказания делят на четыре ступени: *Первую ступень* составляет одиночное заключение, пребывание в котором

определяется дифференцированно, в зависимости от того, к какому классу относится заключенный. По отбытии положенного срока одиночного заключения наступает *вторая ступень:* осужденные переводятся в общее заключение, в котором делятся на пять классов и переходят из низшего класса в высший по числу заработанных марок. *Третью ступень* составляют самостоятельные переходные тюрьмы, в которые переводятся заключенные высшего класса. Пребывание в этих тюрьмах связано с элементами доверия и «полусвободы» с целью приучения к полной свободе. Здесь заключенные работают, и в этом отношении их положение похоже на положение вольнонаемных рабочих – свое содержание они должны оправдывать сами. *Последняя* завершающая ступень – условное освобождение [5, с. 29–30].

Хочется обратить внимание, что в мире существуют тюрьмы, которые представляются в определенных сегментах общественного мнения как «идеальные». В СМИ таким тюрьмам посвящаются статьи, составляются рейтинги. Возникает вопрос, как выглядят такие тюрьмы и что в них идеального? [6]. Так, например, Хальден Фенгсель считается самой гуманной тюрьмой в мире. Она рассчитана на 250 заключенных. Условия содержания максимально гуманны, потому что подход к исправлению осужденных отличается от российского. В Норвегии считают, что целью отбывания наказания человека является не устрашение возмездием, наоборот, следует показывать, что жизнь без совершения преступления лучше, чтобы лицо, почувствовав это, отказалось от совершения преступлений в будущем. И такой подход дает свои положительные результаты: статистка рецидивов после отбытия наказания в этой тюрьме снизился на 20%, что ниже показателей других стран.

В российских СМИ существует иной рейтинг – топ самых страшных и опасных тюрем [7]. Лидером является тюрьма «Черный дельфин», которая рассчитана на содержание 1500 человек и считается самой крупной зоной строгого режима для тех, кто получил пожизненный срок. Несмотря на устрашающие отзывы и рассказы побывавших там людей, на данный

момент тюремные камеры уже выглядят не так как раньше и больше напоминают номера дешевых гостиничных номеров, однако криминальный быт по-прежнему остается жестоким и опасным. Второе место занимает тюрьма «Белый лебедь», рассчитанная на 500 заключенных.

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод, что переход к тюремной системе вполне целесообразен, но очень сложен. Финансовые затраты на построение и содержание тюрем велики, но часть из них можно покрыть благодаря труду заключенных, что заодно поможет решить проблему с безработицей. Представляется целесообразным создавать тюрьмы не в крайних точках, расположенных на географической карте РФ, а максимально рассредоточить их по всей стране, чтобы удаленность от места жительства/пребывания была минимальна, так как это поспособствует более тесному поддержанию семейных связей, а следовательно и уменьшению жалоб осужденных на нарушение их права на уважение семейной жизни. Подобные жалобы очень часто поступают в Конституционный Суд РФ, а также Европейский Суд по правам человека. Последний же в свою очередь уже неоднократно находил подобные нарушения в делах против России и даже установил, что сама система распределения заключенных по колониям, существующая в России и описанная в ч. 2 и 4 ст. 73, а также в ст. 81 УИК РФ, не соответствует требованиям Конвенции (п. 118).[5]

Несмотря на достоинства и недостатки как тюремной, так и колонийской систем, по мнению автора, необходимо заменить колонии тюрьмами, но содержать в них заключенных не одиночно, а по два человека. При этом лучше всего будет установить режим, который будет соответствовать назначению наказания.

Помимо этого важно, чтобы на местах были сотрудники, которые имеют юридическое образование, обладают знаниями в области пенитенциарной

5 Постановление Европейского суда по правам человека по делу «Полякова и другие (Polyakova and Others) против Российской Федерации» от 07.03.2017 г. № 35090/09 и три других // Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2018. № 8.

науки, а также отдельные единицы сотрудников, которые будут заниматься моральным, физическим и нравственным состоянием заключенных. В частности, сейчас уже имеются психологические и социальные службы, но из-за участившихся случаев пыток, насилия и превышения полномочий со стороны сотрудников учреждений необходимо наличие лица, ответственного за контроль права на безопасность (ст. 13 УИК РФ).[6]

Поскольку на данный момент несовершеннолетних преступников определяют отбывать наказание в воспитательные колонии, то с переходом к тюремной системе необходимо создание отдельных тюрем для данной категории преступников. Иначе, при совместном отбывании наказания с взрослой категорией осужденных, несовершеннолетние будут подвержены риску подавления девиантным и аморальным поведением, что является неэффективным в достижении цели исправления.

Английская прогрессивная система по сей день остается одной из ведущих, а потому является примером для других стран. Представляется, что наше государство также может использовать подход данной системы, но с учетом нашего национального законодательства и менталитета граждан нашей страны.

Помимо вышесказанного, стоит отметить, что если исходить из целей исполнения наказания в виде лишения свободы, то можно сделать вывод о неэффективности использования ужесточенных режимов, которые действуют в нашей стране сейчас. При учреждении новых тюрем нужно создавать в них те условия, которые будут соответствовать всем существующим рекомендациям и Минимальным стандартным правилам обращения с заключенными.

Законодатель определяет исправление осужденных как формирование у них уважительного отношения к человеку, обществу, труду, нормам,

6 Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 08.01.1997 № 1-ФЗ (ред. от 27.12.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2019) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1997. № 2. Ст. 198.

правилам и традициям человеческого общежития и стимулирование правопослушного поведения (ст. 9 УИК РФ). Но трудно представить себе появление уважительного отношения у осужденных, если при этом с ними не проводятся даже беседы о нормах этикета и морали. Более половины заключенных фактически лишены права на труд в силу отсутствия рабочих мест. В существующих на данный момент условиях представляется невозможным привить традиции человеческого общежития. Все эти факторы еще раз указывают на необходимость изменения системы исправительных учреждений и на изменение подхода к средствам, используемым для достижения целей.

Такая задача является сложно выполнимой из-за необходимости больших финансовых затрат бюджета РФ. Однако можно также обратить внимание, что в Хальден Фенгсель («лучшей» тюрьме мира) содержится всего 250 заключенных, а в «Белом лебеде» – в два раза больше. Следовательно, существует некая возможность сэкономить на некоторых составляющих тюрьмы и в будущем, если будет положительный результат, восполнить недостающие элементы. Еще одной причиной того, что переход к тюремной системе достаточно затруднителен, может служить уровень общественной лояльности, потому что общество может не принять факт того, что преступники, отбывающие наказания, живут в лучших условиях чем некоторые слои населения России. Однако, несмотря на сложности, замена в Российской Федерации колонийской системы тюремной остается актуальной и необходимой мерой.

Библиографический список

1. Краткая характеристика уголовно-исполнительной системы // Сайт Федеральной службы исполнения наказаний. URL: http://xn--h1akkl.xn--p1ai/structure/inspector/iao/statistika/Kratkaya%20har-ka%20UIS/ (дата обращения: 24.04.2019 г.).

2. Денисов Н. Л. Влияние криминальной субкультуры на становление личности несовершеннолетнего преступника: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08: – М., 2002. – 194 с.
3. Минимальные стандартные Правила обращения с заключенными (Приняты в г. Женеве 30.08.1955) // Международная защита прав и свобод человека. Сборник документов. – М.: Юридическая литература, 1990. С. 290–311.
4. Диккенс Ч. Американские заметки. Глава VII. Филадельфия и ее одиночная тюрьма. // Собр. соч.: в 30 т. – М., 1958. – Т.9. – 125 с.
5. Малинин Б. В., Смирнов Л. Б. Уголовно-исполнительное право. – М.: Юридическая фирма «Контракт», 2009. С. 29–64.
6. Самые шикарные тюрьмы мира // Рейтинг тюремных учреждений. URL: https://www.infoniac.ru/news/Samye-shikarnye-tyur-my-mira.html (дата обращения: 24.04.2019 г.).
7. Топ-5 самых страшных и опасных тюрем России // Рейтинг тюремных учреждений. URL: https://udiwis.ru/top-5-samyh-opasnyh-tyurem-Rossii (дата обращения: 24.04.2019 г.).

УДК 740

Gustavo Korte (gustavokorte@korte.com.br)
PhD, chairman of the Law Firm «Korte and Korte»
Director of the Center for Interdisciplinary Studies
Sao Paulo, Brazil

Густаво Корте
Доктор наук, председатель юридической фирмы «Korte and Korte»
Директор Центра междисциплинарных исследований
Сан-Паулу, Бразилия

OBSERVATION AND TRANSCENDENCE
НАБЛЮДЕНИЯ И ТРАНСЦЕНДЕНТНОСТЬ

Abstract: The article is devoted to the human's preceprion process and particulary to the difference between what we can observe through perception and what is actually happening in the cosmos. In that course author exemplifies «context» (human will, wording in oral and written communications including grammar rules, policy and so on) as the main influencing force that impacts our understanding of the world through the «space-time-matter-energy-entelechy--entropy» paradigm. In conclusion the author states that there are two simultaneous processes – observance as the reflection of the reality and transcendence as the imaginary amendments to what was observed within the perception by which human understanding of the world is constructed.

Key words: perception, social entelechy, entropy, observation, transcendence.

Аннотация: Статья посвящена процессу человеческого восприятия окружающего мира, и, в частности, той разнице, которая существует между тем, что мы можем воспринимать органами чувств и тем, что происходит в действительности. В этом контексте автор приводит в пример «условия»

(человеческую волю, словесное оформление мыслей, в том числе и в рамках грамматических категорий, политику и так далее) как оказывающую влияние на процесс восприятия силу, существующую в парадигме «пространство--время-материя-энергия-энтелехия-энтропия». В заключении автор формулирует мысль о том, что в процессе восприятия окружающей действительности человек одновременно отражает реально происходящие события и накладывает на них оттенок воображаемого, продиктованного вышеупомянутыми «условиями». Из этих двух составляющих и формируется в дальнейшем миропонимание каждого из нас.

Ключевые слова: восприятие, социальная энтелехия, энтропия, наблюдение, трансцендентность.

What we assume as reality and what we can observe through it quantitatively and qualitatively has little relation to what actually occurs in the cosmos. The imaginary dominates our ways of thinking.

I admit that other beings and entities can process stimulus-response relations from which electromagnetic fields like those in human beings that contain thoughts are created.

The meaning of the word imaginary is emphasized and should be preliminarily clarified, in the same way that observation shall be differentiated from experience, here understood as individualized natural process, directed, controlled and partially subjected to the human will.

To be or to be aware of your experience is to reflect free from the conceptual restrictions delimited by space-time-matter-energy-entelechy-entropy. To experience transcends the biophysical-chemical reality that involves context, attitude, forms of perception and imaginary.

I experience the restlessness that generates the will to learn and to become aware of the things that exist around me, parts of my context. But, concretely, I can’t observe that restlessness. I can rationalize virtually its temporary incidence and, occasionally, try to understand the restlessness phenomenon by stating

probabilities of causes and effects. However, outside an essentially verbal language, I will hardly be able to communicate and transfer to whoever it is the results obtained by this incidence of the imaginary.

My ways of thinking, even in the face of self-reflection, are implicated in some language. I notice that it is not possible to reflect and organize ideas and thoughts without using empirical and verbal images.

By being literate, I became a slave to forms of communication dependent on the verbal language proper to my context. Language, musical scale, rhythm of activities, basic notions, traditions and models were and continue to be part of this conditioning set. I am intellectually involved in the dependence of what I assimilate by words, logical and grammatical constructions in verbal, sound, family, social and institutional relations.

In the search for intellectual liberation, after more than seven decades during which I moved through several fields of knowledge, I have been frustrated by not being able to reflect without resorting to verbalization. Consequently, without other immediate options and without subjective vocabulary, since it is not common sense to create a unique language, I have imposed to myself a thoughtful silence. It is obvious that my failure in this search has been frequent.

The intellect is flawed and imprecise in proceeding without recurring to grammar and logic. I recognize in the mother tongue some figures of language on which the resources available in my verbal memory have been implemented.

I note that I have distanced myself from unspoken forms of communication. This distance has become abysmal to the extent that, no matter how hard I try, I can hardly decipher the language of birds, cats, dogs, cows, horses, plants, birds and entities that are part of my context. The forms of communication between the members of the ichthyological fauna are also inaccessible to me. I wonder why I experience this difficulty.

Afterwards, by trial and error, I have noticed that the images are also treacherous in that they are poorly identified. The verification of stocks by direct means

depends on the sensitive acuity of those who recognize them. Some details are inaccessible due to our biological limitations and can be learned within the limits of our empirical perception, although in some cases they may be the result of advanced forms of perception, that is, of transcendental perception.

Outside the limits of our sensory acuity, i.e. insensibly, we are hit by ultraviolet and infrared rays, by ultra and infrasound waves, electromagnetic waves that resonate lights, shadows and contrasts. Such phenomena induce to the transcendence of forms of empirical perception and the conception of forms, contours and dimensions that are sometimes teratological.

The mental process in the form of thoughts suggests the implied existence and simultaneous between space-time-matter-energy-entelechy-entropy.

I am referring to entelechy as the dynamic system of forces and orderly movements present in each being or entity, aimed at perfecting and making effective the reason for its existence. In other words, it corresponds to the energetic set contained in the conditioning DNA of who we are or will be. The entelechy propels us toward the ordering and materialization of that available in the genetic imperatives to which all beings and entities seem to be limited.

In the contours of this entropy approach expresses the set of forces that resist, oppose and hinder the forces directed to the ordering, realization and improvement of the being itself. I substitute the isolated result of the empirical observation as a generating source of the concepts by one combination of intuitive cognition fragments, I try to transcend what seems to me to be observable by having as instrument supposed advanced forms of perception.

Through intuition I allow myself to enter the fields of knowledge whose forms of perception transcend the empirical relations. I assume to coexist in imaginary contexts and simultaneous to empirical contexts, but without the limitations determined by my sensory capacity. Relations space-time-matter-energy--entelechy-entropy induce this transcendence.

I intuitively adopt some postulates by which I assume that God exists not only in Himself (eins Sein) and by Himself (das Sein), but simultaneous with the Cosmos (mit Sein), integrated in the relations space, time, matter, energy, entelechy and entropy. This set is, in my opinion, the safest and least relative referential of existence.

I use material, virtual and abstract images if they seem fundamental to the establishment, coordination and development of cognitive processes. Therefore, only in a fragmented and incomplete form can I empirically observe what comes to me through the perception of the sensitive contextual. Observations transcend the results of transcendental perceptions that escape the senses. I add patches and complements imaginary and transcendent to reflection as a result of observation seeking to perfect it.

In Aristotelian writings there are some references to entelechy [1; 2].

Imaginary and entelechy provide reflections on the truthfulness of what we think. In relying on observations and transcendences I feel the need for the categorization of words and what they refer to.

The orderly principle that intuitively and rationally governs the cognitive process requires the subliminal framing of the word in the grammatical and logical categories that is proper to it. Before the game I should now under which rules and with which players it can be carried out. Before we think about it, the game of words requires rules and players able to follow them.

In order to organize, process and express ideas and thoughts and act on them, it becomes imperative to have in mind some essential meanings regarding nature, grammatical and logical categories, qualitative attributes, functions and values of beings and entities that are contextual.

Grammatically, I recognize observation as an abstract noun that designates a human action. It is action because it is derived from the observer's will. The will is implicated in the resultant of a multiple force system which is also composed of entelechy and entropy, i.e., willingness to order occurring simultaneously

to that of confusing and cluttering. A rule emerges from these reflections: each observation is the result of an arrangement between a desire for improvement and a desire to confuse.

Since Aristotle's concern with identifying word processing by grammatical categories [1] to the current times, in which the cosmic context reveals itself as dynamic, changeable and all-important, the process of recognizing the grammatical categories in which we classify words occurs in an almost intuitive manner obeying impulses that require rationalization. Hence the effort of the teachers so that their students get used to rationally processing the use of the words respecting the grammatical categories. However, if someone is asked when it is speaking or writing about the grammatical categories of the words that are being used, it will be surprised. It will interrupt its verbalization and will have to resort to verbal memory to provide a response.

The immediate identification of grammatical categories in the use of forms of verbal communication has become a process so unusual that routine makes us proceed without reflecting on this framework. The cognitive process has its course aided by the verbal memory recorded in previous communications.

The observation is grammatically identified as a noun of abstract nature, without form, color, odor, surface, mass and volume. It is a cognitive process.

There are natural reasons leading to the identification and classification of words into grammatical categories, especially in view of their logical role in the formulation of thought.

The categories can be accessed by several means on different philosophical bases. Aristotle resorts to what can be called as order of grammatical categories, being this ordering activated and driven by the inductor genius that has originated the language.

Kant numerates among the concepts a priori twelve grammatical categories [3]. Without going any further, in a generic way, scholars of Philosophy see categories as comprehensive concepts under which facts and ideas are linked.

Subjectively, I understand the categories as an intrinsic imperative to verbal language in view of the undeniable relationship between the empirical and the transcendent. Within our understanding the categories themselves result from a preordaining of relations, either real (empirical) or virtual. This interaction is unconsciously processed in the adjustment of the electromagnetic fields that constitute our verbal memory. The regent code for this preordination follows a connatural system of forces governed by patterns peculiar to each genus, species or individual. They reinforce this understanding of the studies concerning the connaturality, developed from Tomás de Aquino [4] to today in the field of Genetics.

The inclusion of grammatical categories in this very brief text was only intended to clarify what can be observed and what, outside observation, can only be accessed by the transcendent.

Easy adjectivizing leads us to admit a rational imaginary and an irrational imaginary. Other adjectives are also compatible, namely:

a) secular imaginary, of a pragmatic nature,

b) skeptical imaginary simultaneous to the gullible imaginary,

c) authoritarian imaginary, governed by the credibility attributed to information source,

d) empirical imaginary generated in sensitive experiences,

e) love imaginary,

f) intuitive imaginary.

Under any of these aspects or approaching faces, observation always occurs subordinate to the capacity to transcend sensitive reality. Therefore, from these beliefs, I recognize that I am verbally imprisoned in grammatical and logical categories under whose implication I am able to assimilate something that transcends the context. The result to which I am led by the observation relies on the subjective ability of empirical perception added to the imaginary potential, both depending on the memory.

I try not to adjective creative competence with the same characteristics of the imaginary ability, since both are clearly differentiated in their results, although they seem to originate in similar intuitive roots.

Entelechy and entropy are designed to give name to ideas, therefore abstractions, supposedly regulating physical phenomena. They are grammatically classified as nouns of an abstract nature because they are outside our threshold of sensible perception, although refer to physical phenomena, therefore of concrete nature. They result from philosophical observations, of ancient nomenclature and reveal beliefs of illustrious thinkers. They are phenomena of impossible direct observation, extremely dynamic and whose occurrence is intuited. The human impotence of observing them objectively is limited by the acuity of our senses. To understand entelechy and entropy it is important to recognize the quantum dimensions in which they occur.

Entelechy. In a few words: the etymology identifies in this designation what is over, perfect and complete in its own characteristics and reasons of existence. Originally Plato used the noun to refer to the inner movements directed to fulfill and complete the proper nature of each being or entity.

I have assimilated by reading the Platonic work that the idea of entelechy resembles the mystical definition of what the will of the Creator is. It aims to express the dynamics and internal movements implied in the existence of each being or entity aiming at its improvement and finish by completing the complementation of the original project referred to them. It is to lead to the conclusion of the Creation project, mystically named Divine Will. By the action of these inner movements all are responsible and shall answer for their reasons, actions, omissions, thoughts and practices.

Aristotle understood the entelechy as the seed of perfection implied in the existence of each being or entity. With some similarity this concept can be compared to DNA (Nuclear Deoxyribose Acid), that is, individualized microscopic arrangement of molecules and nanoentities with function determining the physical characteristics of each living being.

To understand entelechy, the imaginary mystic or scientific induces to the belief that we live under the action of an internal system of forces and movements

directed to the perfection of each entity. At the origin, this system seeks to respond to a predetermined dictated by Nature, revealing a system of forces and movements implied in the very existence of is, will be, was or is being.

In simple language, I understand entelechy as an open set of forces integrating electromagnetic fields and acting on each being or entity. The cosmic function of this set corresponds to directing everything that exists to reach and satisfy the natural order of things.

Entropy. In the first readings given me by Thermodynamics I was surprised by the information that it would be possible to measure, increase, and reduce the internal confusion present in isolated physical systems. The measure of the variations of the entropy corresponds to the size of the internal disorder of the systems.

In high school, when I first heard of entropy, it seemed to me out of the question to scale the internal confusion in thermodynamic systems, even when isolated. Especially imagining the quantum fields where particles and molecules integrate and disintegrate at a speed impossible to imagine. It was not easy to let me be convinced about the veracity of the expansion of knowledge in the only recognized fields of the imaginary. They looked like the researchers' fantasies. I was fleeing to my basis of supposedly scientific formulations the possibility of proving reality only in an indirect way, with the essential assistance of apparatus and instruments even of very high acuity and precision. It was impossible for me to believe in observations that had as their object beings or phenomena impossible to be reached by our senses. It was from then on that I began to reflect on the power of transcendence. Nanoparticles, atoms, molecules, atomic and subatomic structures that signal designatives to products of the human imaginary, whose possible materiality has only been indirectly signaled. To assimilate intuitively order and disorder by ruling nanophenomena correspondent to imagining them in endless sequences between the infinitely small and the infinitely large. What makes it difficult to believe in limitations defining existences!

The physical sciences succeed by operational definitions and with the help of mathematics to advance much in studies on what occurs in Nature and whose

supposed existence we reach by the empirical forms of perception. Newtonian physics testifies to this statement.

Theoretically, I cannot rationalize and match transcendental information only recurring to laboratory practice. I am not satisfied with the teachings of Isaac Newton. In order to overcome the difficulties of expanding knowledge, I do not see how to base reasons solely on empiricism. By such arguments I let myself lead to the verbal enunciation of imaginary relations, although I usually question the empirical supports that signal causes and effects. I allow myself to open the doors and windows of the intellect, giving it infinite horizons of the transcendental approach. Through this attitude, I receive and assimilate very generous contributions from mysticism.

By transcendent forms of perception, the concepts of entelechy and entropy lead to the understanding of what happens in contemporary societies. Values can be assigned to dynamic variations of the characteristics of collectivities, whether they are reasonably organized or not. I verify by analogy that human societies behave as thermodynamic systems. The social entropy and the entelechy can be dimensioned when operationally we study its variations within the communities.

Since entropy and entelechy are opposing force systems, it can be assumed that they are always included in all contexts. Mystics and religious can take advantage of the concepts and teach in the studies of mystical ethics the entelechy as an expression of the set of good forces inserted in the nature of each being or entity and the entropy as the set of evil forces, the feeder of disorder. Both sets coexist and occur simultaneously.

Back to the beginning. Observation and transcendence are simultaneous phenomena. When we observe and transcend the context we depend essentially on the empirical and the imaginary. We act out of these different forms of perception. The collectivities act similarly.

Those who are aware of this simultaneity are encouraged to exercise leadership. The leader begins to enjoy this phenomenological integration by initially

arousing the forces that induce order. They integrate the existential dynamics of each human being. The entropy reacts to the entelechy. The leader sees himself facing opposing forces, also connatural. When dealing with crowds, the leader takes advantage of the collective imaginary giving him the colors, shapes and dimensions he wants. Ethical concepts are altered in the scale of moral values. The exercise of power contaminates and alters the rules of the political game.

History teaches that prominent leaders act positively for some time. In this period, they excite and serve the collective entelechy. Once the collective demands have been met, the personal ones will prevail. The exercise of power becomes oligarchic. In the sequence, leaders are contaminated by entropy. The exercise of power causes moral wear and tear. Society is disorganized. Excited by political insanity avenges above all the personal ambition of the rulers. The leadership is exhausted, and the social entropy is expanded.

There have been reports of historical episodes in which, reacting to entelechy generative of leadership, the entropic reactions lead collectivities to teratological tragedies. It is what those who direct their lives to the knowledge processes seek to avoid!

Bibliography

1. Metaphysics of Aristotle. / translated by W. D. Ross. URL: http://www.documentacatholicaomnia.eu/03d/-384_-322,_Aristoteles,_13_Metaphysics,_EN.pdf (access date: 27.06.2019)

2. Ronald Polansky. Aristotle's De anima. // Cambridge University Press. The Edinburgh Building, Cambridge CB2 8RU, UK. 2007. URL: https://static1.squarespace.com/static/58d6b5ff86e6c087a92f8f89/t/5913cbf59f-7456878ba4e3b1/1494469633808/De+Anima+Commentary.pdf (access date: 27.06.2019)

3. Kant I. Critique of pure reason. // The Cambridge edition of works of Immanuel Kant. URL: http://strangebeautiful.com/other-texts/kant-first-critique-cambridge.pdf (access date: 27.06.2019)

4. St. Thomas Aquinas The Summa Theologica. / translated by Fathers of the English Dominican Province. // URL: http://www.documentacatholicaomnia.eu /03d/1225-1274,_Thomas_Aquinas,_Summa_Theologiae_%5B1%5D,_EN.pdf (access date: 27.06.2019).

УДК 342.71

Лазарев Александр Евгеньевич (alexanderlazarev97@gmail.com)
Студент Института государственного и международного права
Уральского государственного юридического университета
Alexander Y. Lazarev
Ural State Law University
Institute of State and International Law, Student

Научный руководитель:
Колобаева Наталия Евгеньевна
Доцент кафедры конституционного права
Уральского государственного юридического университета
Кандидат юридических наук
Academic supervisor:
Natalia Y. Kolobaeva
Assistant professor of Constitutional Law department
Ural State Law University
Candidate of Juridical Sciences

ПРАВОВОЙ СТАТУС ПАСПОРТА ГРАЖДАНИНА МИРА
THE LEGAL STATUS OF THE WORLD PASSPORT

Аннотация: Анализируется проблема определения правового статуса паспорта гражданина мира – документа, выдаваемого некоммерческой организацией «Всемирное правительство граждан мира». Приводятся показательные сравнения документов, удостоверяющих личность человека, и их отграничение от паспорта гражданина мира. С точки зрения данных отличий анализируются способы использования паспорта гражданина мира в гражданско-правовых и административных отношениях, а также случаи

мошенничества посредством предъявления исследуемого документа. В ходе анализа выявлено, что паспорт гражданина мира не может быть использован как документ, удостоверяющий личность, поскольку он не указан в качестве такового ни в одном акте, содержащем перечень обязательных для гражданина документов. Более того, подтверждается невозможность признания паспорта гражданина мира официальным, так как он выпускается в оборот неправомочным субъектом.

Ключевые слова: паспорт, всемирное правительство, гражданство, правовой статус, удостоверение личности.

Abstract: The article analyses the legal status of the World Passport as the document issued by the non-profit organization «World Service Authority». The author exemplifies different documents of identification and points out the distinctions between them and World Passports. Particularly the article highlights differences in World Passports' usage in civil and administrative law relations and also fraudulent scums with them. During the analysis, the author founds out that such document could not be used as an identification instrument because it is absent in the acts which prescribes the list of legally necessary instruments of identification for citizens. Moreover, the inability of admitting World Passport's validity is proved by the fact that it is issued by inappropriate authority.

Key words: passport, world government, citizenship, legal status, identity card.

Четвертого сентября 1953 года некогда летчик ВВС США Гарри Дэвис, ранее отказавшийся от американского гражданства и заявивший о необходимости создания мирового правительства на Генеральной Ассамблее ООН в 1948 году, основывает некоммерческую организацию «Всемирное правительство граждан мира» (англ. World Service Authority), ставшую самой известной космополитической организацией в истории. Так, помимо самих политических идеей объединения человечества в единое государство, организация получила популярность благодаря выпуску «паспорта гражданина

мира» (англ. World Passport) – документа, удостоверяющего личность владельца по аналогии с паспортами национальных государств.

Основной аргумент в юридической состоятельности паспорта гражданина мира представители «Всемирного правительства граждан мира» строят на положениях Всеобщей декларации прав человека[1], а именно на пункте 2 статьи 13 Всеобщей декларации прав человека, согласно которой каждый человек имеет право покидать любую страну, включая свою собственную, и возвращаться в нее. Положение, по мнению указанной организации, провозглашает свободу передвижения без границ. На этом правовые аргументы заканчиваются. Организация не проводит юридический анализ основополагающих норм международного права, в частности положений статьи 2 Устава Организации Объединенных Наций[2], постулирующих незыблемость государственного суверенитета.

Необходимо отметить, что понятие паспорт исторически сопутствует понятию документа, удостоверяющего личность, но не совпадает с последним. Так, под паспортом принято понимать два типа документа: документ, удостоверяющий личность внутри страны и документ для пересечения границ и использования за рубежом. В США основными документами, удостоверяющими личность внутри государства, признаются водительские права и идентификационная карта, не дающая права управления транспортным средством (для лиц, не имеющих права на управление транспортным средством), а также карта, выдаваемая Администрацией социального страхования. Во Франции, Великобритании Южной Корее, Израиле, Германии, Казахстане и многих других государствах применяется документ, именуемый удостоверение личности, идентификационная карта или ID-карта. Паспорт в таких странах действует либо в качестве дополнительного

1 Всеобщая декларация прав человека (принята резолюцией 217 A (III) Генеральной Ассамблеи ООН от 10 декабря 1948 г.) // Официальный интернет-портал ООН. URL: http://www.un.org (дата обращения: 10.06.2019 г.).

2 Устав Организации Объединенных Наций (принят в г. Сан-Франциско 26.06.1945 г.) // Официальный интернет-портал ООН. URL: http://www.un.org (дата обращения: 10.06.2019 г.).

документа, либо в качестве заграничного паспорта для пересечения государственных границ и идентификации в иностранных государствах.

Главной задачей паспорта в общемировой практике является идентификация гражданства лица в административных отношениях с органами иностранного государства. Документы, удостоверяющие личность, не имеют строгого количественного или качественного ограничения, представляя собой идентификационную карточку, либо документ, подтверждающий какой-либо административный статус, выданный соответствующим органом.

Для установления правового статуса паспорта гражданина мира проанализируем правовые позиции государственных учреждений. Так, согласно письму Генерального секретариата Совета Европейского Союза (далее по тексту – «ЕС») Визовой Рабочей Группе (англ. Visa Working Party) от 1 декабря 2008 года №16225/08[3] паспорт гражданина мира (англ. «World Passport»/«World Service Authority Passport») отнесен к V категории документов, удостоверяющих личность, по которым не может быть предоставлена виза ЕС. В соответствии с данным распоряжением, документ, выдаваемый Всемирным правительством граждан мира, признается «выдуманным паспортом» (англ. fantasy passport). Однако, паспорт гражданина мира не причисляется ЕС к другим группам документов, таким как «маскировочные паспорта» (англ. camouflage passports) и документам, не признанным на международном уровне (англ. documents of territories which are not internationally recognised), что с одной стороны означает, что Генеральный секретариат Совета ЕС не считает данный документ, преднамеренно создаваемым с целью недобросовестного ухода от процедуры идентификации личности, но другой стороны, причиной недопущения документа не является отсутствие международного признания.

3 Table of travel documents entitling the holder to cross the external borders and which may be endorsed with a visa - (Parts II and III) and Part V (documents to which visas cannot be affixed). № 16225/08. Brussels, 1 December 2008. URL: https://regIster.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2016225%202008%20INIT (дата обращения: 17.05.2019 г.).

В Соединенных Штатах Америки паспорт гражданина мира не признается документом, удостоверяющим личность. Так, согласно пункту 30 параграфа 1101(a) раздела 8 Кодекса США[4] под «паспортом» понимается любой выданный компетентным органом проездной документ, удостоверяющий происхождение, личность и гражданство носителя, если таковые имеются, действительный для въезда носителя в иностранную страну. Данное положение применялось для оценки паспорта гражданина мира судьями США при рассмотрении апелляции Высшим судом Мариона в деле № 49G01-9611-CF-194134[5] о мошенничестве с применением данного документа. Так, обвинение оценивало указанный документ как недействительный, с чем согласился суд первой инстанции. Необходимо заметить, что в конкретном деле суд апелляционной инстанции оценивал субъективную сторону преступления и не высказал позиции относительно паспорта.

В соответствии с пунктом 1.1.4 страницы 6 Главы С части III Тома II программы вспомогательных грантов на некоммерческие потребности Департамента социальных услуг штата Вирджиния (англ. Virginia Department of Social Services)[6] документы, выпускаемые «Всемирным правительством граждан мира», признавались неприемлемыми для идентификации личности гражданина при получении соответствующих государственных услуг.

Международная организация гражданской авиации (далее – ИКАО) по итогам регионального семинара ИКАО по машиночитаемым проездным документам (MRTD), биометрии и безопасности границ 27–29 ноября 2012 года опубликовала на официальном интернет сайте доклад

4 U.S. Code // Legal Information Institute. URL: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/8/1101 (дата обращения: 17.05.2019 г.)

5 APPEAL FROM THE MARION SUPERIOR COURT The Honorable Richard Gilroy, Judge Pro Tem Cause No. 49G01-9611-CF-194134 // Official website of the government of Indiana. URL: https://www.in.gov/judiciary/opinions/archive/090304.par.html (дата обращения: 17.05.2019 г.)

6 Virginia Department of Social Services // Auxiliary grant program non-financial requirements. URL: https://web.archive.org/web/20111001104226/http://www.dss.virginia.gov/files/division/dfs/as/auxillary_grants/intro_page/manual/ag_chapc.pdf (дата обращения: 17.05.2019 г.)

инспектора миграционной службы Португалии Хелены Эстевес[7]. Согласно нему паспорт гражданина мира признавался разновидностью поддельного документа. В обоснование своей точки зрения автор указал на то, что эмитент (организация, выпустившая документ) не является ни государством, ни уполномоченным лицом или органом. Хотя данная позиция не нашла закрепления в документах ИКАО, факт, что инспектор миграционной службы указывает на юридическую несостоятельность документа, говорит об устоявшейся практике оценки последнего уполномоченными лицами.

В Российской Федерации вопрос применения паспорта гражданина мира не нашел отражения в нормативно-правовых актах, а также в правоприменительной практике органов государственной власти. Однако его юридический статус можно определить путем анализа документов, удостоверяющих личность в РФ, их количественного и качественного состава [1, с. 42–45].

Определим нормативный перечень документов, удостоверяющих личность в РФ. Так, согласно статье 7 Федерального закона от 15.08.1996 г. № 114-ФЗ «О порядке выезда из РФ и въезда в Российскую Федерацию»[8] основными документами, удостоверяющими личность гражданина России, по которым граждане Российской Федерации осуществляют выезд и въезд, признаются: паспорт, дипломатический паспорт и служебный паспорт.

Согласно статье 24 ФЗ № 114-ФЗ иностранные граждане могут въезжать в Российскую Федерацию и выезжать из Российской Федерации при наличии визы по действительным документам, удостоверяющим их личность и признаваемым Россией в этом качестве, если иное не предусмотрено международными договорами Российской Федерации, настоящим Федеральным

7 Helena Esteves. Introduction to Fraudulent Methods used in Travel, Identity and Visa Documents // International Civil Aviation Organization. URL: https://www.icao.int/MeetIngs/mrtd–ZImbabwe2012/Documents/2-11-Esteves_Portugal-forensic.pdf (дата обращения: 15.05.2019 г.)

8 О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию: федеральный закон от 15 августа 1996 г. № 114-ФЗ // Официальный интернет портал правовой информации «pravo.gov.ru» URL: https://legalacts.ru/doc/federalnyi-zakon-ot-15081996-n-114-fz-s/ (дата обращения: 17.05.2019 г.)

законом или указами Президента Российской Федерации. Лица без гражданства могут въезжать в Россию выезжать из Российской Федерации при наличии визы по действительным документам, выданным соответствующими органами государства их проживания, удостоверяющим их личность и признаваемым Российской Федерацией в этом качестве, если иное не предусмотрено международными договорами Российской Федерации, настоящим Федеральным законом или указами Президента России.

В статье 10 Федеральный закон от 25.07.2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»[9] документами, удостоверяющими личность иностранного гражданина в России, являются паспорт иностранного гражданина либо иной документ, установленный федеральным законом или признаваемый в соответствии с международным договором РФ в качестве документа, удостоверяющего личность иностранного гражданина. Документами, удостоверяющими личность лица без гражданства в России, являются:

1. Документ, выданный иностранным государством и признаваемый в соответствии с международным договором Российской Федерации в качестве документа, удостоверяющего личность лица без гражданства;

2. Разрешение на временное проживание;

3. Вид на жительство;

4. Иные документы, предусмотренные федеральным законом или признаваемые в соответствии с международным договором России в качестве документов, удостоверяющих личность лица без гражданства.

Таким образом, в Российской Федерации предусмотрен закрытый перечень документов, допустимых для предъявления при преодолении национальной границы. Паспорт, как документ, удостоверяющий личность, допускается только при условии, что выдан иностранным государством или

9 О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации: федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ // Информационно-правовой сайт legalacts.ru «Законы, кодексы и нормативно-правовые акты в Российской Федерации» URL: https://legalacts.ru/doc/115_FZ-o-pravovom-polozhenii-inostrannyh-grazhdan-v-rossijskoj-federacii/ (дата обращения: 17.05.2019 г.)

признан международным договором России. Категория иных документов отсылает к федеральному законодательству, а также международным договорам, что делает невозможным включение паспорта гражданина мира в соответствующий перечень путем неофициального толкования.

Верховный суд Российской Федерации, рассмотрев дело по исковому заявлению о признании частично недействующим абзаца второго пункта 88 Административного регламента Министерства внутренних дел РФ исполнения государственной функции по контролю и надзору за соблюдением участниками дорожного движения требований в области обеспечения безопасности дорожного движения[10], устанавливающего широкий перечень документов, допускаемых в качестве документов удостоверяющих личность, в своем решении от 15.09.2016 г. № АКПИ16-784[11] высказал позицию согласно которой вероятность подделки того или иного удостоверения личности не может служить основанием для признания недействующей правильной по своей сути нормы, направленной на максимально возможное установление личности участника дорожного движения. В том числе исходя из того, что этим лицом может быть гражданин, который не является гражданином России. Также, суд признал допустимость отступления от положений Постановления Правительства Российской Федерации от 8 июля 1997 г. № 828 «Об утверждении Положения о паспорте гражданина Российской Федерации, образца бланка и описания паспорта гражданина Российской Федерации»[12] и Указа Президента РФ от 13 марта 1997 г. № 232 «Об основном документе, удостоверяющем личность гражданина Российской Федерации

10 Об утверждении Админ. регламента исполнения МВД РФ гос. функции по осуществлению фед. гос. надзора за соблюдением участниками дорожного движения требований законодательства РФ в области безопасности дорожного движения: приказ МВД России от 23.08.2017 № 664 // Официальный интернет портал правовой информации «pravo.gov.ru» URL: https://legalacts.ru/doc/prikaz-mvd-rf-ot-02032009-n-185/ (дата обращения: 17.05.2019 г.)

11 Решение ВС РФ от 15.09.2016 г. по делу № АКПИ16-784.

12 Об утверждении Положения о паспорте гражданина РФ, образца бланка и описания паспорта гражданина РФ: постановление Правительства РФ от 8 июля 1997 г. № 828 // Официальный интернет портал правовой информации «pravo.gov.ru» URL: http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody=&nd=102048192 (дата обращения: 17.05.2019 г.)

на территории Российской Федерации»[13], из которых следует, что паспорт гражданина России является основным документом, удостоверяющим личность на территории Российской Федерации.

Подобный подход Верховного суда РФ указывает на теоретическую допустимость расширения перечня документов, удостоверяющих личность, для целей идентификации лица органами исполнительной власти в рамках действующего законодательства. Но действующие на данный момент акты приводят исчерпывающие перечни допустимых документов и не включают в себя паспорт гражданина мира или категорию документов, к которой он мог бы относиться.

Ключевой проблемой применения паспорта гражданина мира остаются нормы материального права, согласно которым гражданин может иметь национальное гражданство, гражданство иностранного государства или являться лицом без гражданства. Статус последней категории не предполагает наличия документа, удостоверяющего личность, кроме выданного органами национальной юрисдикции в соответствии с законом государства или международным договором, участником которого является конкретное государство. Так, человек, предъявляющий паспорт гражданина мира, не может ссылаться на гражданство конкретного государства и требовать больших прав, чем предусмотрено для лица без гражданства. В последнем случае документ, выдаваемый «Всемирным правительством граждан мира», не допускается к рассмотрению и использованию органами административного контроля, поскольку не указан в конкретном нормативно-правовом акте [2].

Рассуждая на тему соотношения понятий «паспорт» и «удостоверение личности» с точки зрения национального регулирования, можно отметить, что на данный момент не существует паспорт гражданина мира. Он не имеет юридической силы паспорта, как документа, подтверждающего статус лица при пересечении границ, но может быть признан документом,

13 Об основном документе, удостоверяющем личность гражданина РФ на территории РФ: Указ Президента РФ от 13 марта 1997 г. № 232 // Информационно-правовой сайт legalacts.ru «Законы, кодексы и нормативно-правовые акты в РФ» URL: https://legalacts.ru/doc/ukaz-prezidenta-rf-ot-13031997-n-232/ (дата обращения: 17.05.2019 г.)

удостоверяющим личность при непосредственном применении норм материального права конкретного государства. Так, в США, где нет единого внутригосударственного документа, удостоверяющего личность, в конце 20-ого века сложилась практика применения документа «Всемирного правительства граждан мира», после чего органы власти ввели ограничение на его использование внутри страны и запретили его применение при въезде и выезде из США в качестве паспорта. Однако, практики внесения данного документа или категории, схожих документов, в перечень документов, удостоверяющих личность, национальными органами власти не выявлено, что с одной стороны дает возможность применять паспорт гражданина мира со ссылкой на отсутствие прямых указаний в законе (при отсутствии таковых или при наличии открытого перечня документов, удостоверяющих личность), а с другой не дает возможности предъявлять его при наличии иных документов, удостоверяющих личность, имеющих нормативное закрепление.

В средствах массовой информации можно найти множество упоминаний о различных судебных разбирательствах, связанных с незаконным пересечением границы или мошенничества с использованием паспорта гражданина мира. Однако зачастую речь идет о попытке намеренного сокрытия личности в гражданско-правовых и административных отношениях. В российских средствах массовой информации представлены не подтвержденные сведения о том, что владельцами документа становились такие люди, как Барак Обама, Дуайт Д. Эйзенхауэр, Эдвард Сноуден, Джулиан Ассанж, другие [3]. Подобные заявления не описываются достоверными источниками, а случаи применения указанными лицами данного документа в политической деятельности также не известны.

Давая оценку паспорту гражданина мира, стоит отметить, что некоммерческая организация «Всемирное правительство граждан мира» проводит существенную, по меркам истории, работу в части пропаганды космополитических идей, а создание документа, способного в теории заменить собой национальные паспорта, не имеет исторических прецедентов. Организация

с одной стороны создает документ, отражающий приверженность его владельца идеалам объединенного человечества, с другой предпринимает попытки создать из паспорта реальных документ, удостоверяющий личность. Однако «Всемирное правительство граждан мира» использует только юридические тонкости положений Всемирной декларации прав человека, забывая про ее вторичный статус по отношению к актам высшей юридической силы национальных законодательств, постулирующих незыблемость государственного суверенитета. Подход, при котором организация использует акты государственных органов и их объединений в борьбе с этими же организационно-правовыми структурами, по мнению автора, не имеет перспектив с юридической точки зрения, но может способствовать продвижению космополитических идей в общественные массы, скрепить сторонников единого человечества декларативным документом.

Подводя итоги, стоит отметить, что нормативного обоснования применения паспорта гражданина мира в качестве документа, удостоверяющего личность, не существует ни в одном государстве. Факты же совершения административных и гражданско-правовых действий с его использованием отражают пробелы в регулировании вопросов, связанных с определением документов, удостоверяющих личность, порядком и способами их применения в национальных законодательствах.

Библиографический список

1. Музыченко П. Б. Об основных документах, удостоверяющих личность гражданина Российской Федерации на территории РФ // Нотариус. 2013. № 8. С. 42–45.
2. Benson H. A Talk With the Holder Of World Passport No. // The New York Times. URL: https://www.nytimes.com/1970/10/18/archives/a-talk-with-the-holder-of-world-passport-no-1-passports-are-a-joke.html (дата обращения: 06.06.2019 г.)

3. Паспорт гражданина мира // Википедия: свободная энциклопедия, 2019. URL: https://ru.wikipedia.org/?oldid=100259978 (дата обращения: 06.06.2019 г.)

УДК 347

Мещерякова Валерия Вадимовна (meshcheryakovavaleriya@mail.ru)
Магистрантка Института юстиции
Уральского государственного юридического университета
Valeria V. Meshcheryakova
Institute of Justice
Ural State Law University, Master's degree student

Научный руководитель:
Федотов Дмитрий Витальевич
Старший преподаватель кафедры гражданского права
Уральского государственного юридического университета
Кандидат юридических наук
Academic supervisor:
Dmitry V. Fedotov
Senior lecturer of the Civil Law department
Ural State Law University
Candidate of Juridical Sciences

ПРОБЛЕМА ОПРЕДЕЛЕНИЯ СУЩЕСТВЕННЫХ УСЛОВИЙ ЛИЦЕНЗИОННОГО ДОГОВОРА О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ ПРАВА ИСПОЛЬЗОВАНИЯ МУЗЫКАЛЬНОГО ПРОИЗВЕДЕНИЯ

THE ISSUE OF DEFINITION OF THE ESSENCE OF THE CONTRACT IN LICENSE AGREEMENTS ON GRANTING RIGHTS TO USE MUSICAL PRODUCTS

Аннотация: В статье рассмотрен актуальный вопрос об определении существенных условий лицензионного договора о предоставлении права

использования музыкального произведения, которые широко используются при осуществлении коммерческой деятельности, и авторские права на которые часто нарушаются. Автор обосновывает необходимость расширения легального перечня существенных условий для данных договоров: в качестве существенных предлагается закрепить такие условия как предмет, способ передачи прав, срок передачи, территория действия договора, условия выплаты вознаграждения. Для устранения проблем в правоприменительной практике относительно того, может ли музыкальное произведение быть предметом лицензионного договора или нет, предлагается внести в ГК РФ конкретные виды музыкальных произведений в качестве охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Анализируются релевантные позиции законодателя, ученых, а также практика судов высших инстанций и нижестоящих судов, которые подтверждают предложения автора по изменению законодательства об интеллектуальной собственности.

Ключевые слова: лицензионный договор, музыкальное произведение, существенные условия договора, исключительные права, правообладатель.

Abstract: The article deals with the actual question of definition of the essential terms of a license agreement granting the right to use musical products, which are widely used in commercial activities, and the copyrights to which are often violated. The author proves the importance of widening of the list of legally named essential terms of the license agreement: such as a subject of the contract, a method of a cession of rights, license territory, conditions of payment. For solving the problem of identification of such subject of the license contract as the musical product, it is suggested to widen the intellectual property's list in the Russian Civil Code by certain musical products. The relevant positions of the legislator, scientists, as well as the judicial practice of courts of higher instances and lower courts, are analyzed.

Keywords: license agreement, musical composition, essential terms of a contract, exclusive rights, owner of rights.

Об актуальности выбранной темы свидетельствуют факты: 1) законодательство, регулирующее лицензионные отношения недостаточно совершенно, так как имеются правовые пробелы и противоречия; 2) в практической деятельности использование музыкальных произведений очень распространено на настоящий момент; 3) очень часто нарушаются исключительные права на произведения и ущемляются интересы правообладателей, в том числе лицензиаров, в связи с незаконным договорным и внедоговорным использованием музыкальных произведений; 4) имеется значительное число споров, в которых суды не всегда обоснованно защищают правообладателя или пользователя музыкального произведения. Далее в данной статье проанализируем существенные условия лицензионного договора, предметом которого выступает только музыкальное произведение, а не любой другой результат интеллектуальной деятельности.

Стоит отметить, что несогласование сторонами и невключение в договор всех существенных условий, предусмотренных законодателем и предложенных автором статьи в рамках совершенствования гражданского законодательства, приведет к увеличению количества случаев признания договоров незаключенными. Несомненно, это отразится на гражданском обороте в сфере музыкального творчества. С одной стороны, правообладателям будут предоставлены большие гарантии правомерного использования исключительного права на музыкальные произведения. С другой стороны, потенциальным пользователям будет дан некий ориентир, который позволит действовать в рамках закона, не нарушая авторские права. Ни в коем случае не стоит считать расширение перечня существенных условий усложнением процедуры заключения договора или ограничением принципа свободы договора. Наоборот это позволит избежать судебных споров, связанных с защитой авторских прав на музыкальные произведения, устранит пробел в нормах гражданского законодательства, а также будет являться консенсусом для учёных-цивилистов, дарованным законодателем, по поводу конкретного перечня существенных условий.

Целью установления существенных условий лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения будет являться определение всех необходимых условий, по которым сторонами должно быть достигнуто соглашение, чтобы договор считался заключенным. При этом предметом рассмотрения будут не все существенные условия, определенные п. 2 ст. 432 Гражданского кодекса Российской Федерации[1] (далее – ГК РФ), а только условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, т.е. так называемые объективно существенные условия [1, с. 30]. Законодателем существенные условия лицензионного договора прямо не сформулированы: ст. 1235 ГК РФ перечисляет лишь требования о том, какие условия должен содержать лицензионный договор, что следует расценивать как подобие правового пробела, которые несомненно должен быть устранен.[2]

Исходя из п. 6 ст. 1235 ГК РФ предметом и условиями, названными законом существенными или необходимыми для договора данного вида, т. е. существенными в силу закона, являются: 1) предмет договора путем указания на конкретный результат интеллектуальной деятельности (музыкальное произведение), право использования которого предоставляется по договору; 2) способы использования результата интеллектуальной деятельности (музыкальное произведение). Таким образом, исходя из понимания существенных условий как условий, названных именно в законе существенными или необходимыми для договоров данного вида, приходим к выводу, что для лицензионного договора законодатель в качестве таковых установил только два условия [1, с. 53–54]. Это отнюдь не соответствует ни практической деятельности субъектов права, ни научным воззрениям, представляющим собой расширенный перечень существенных условий.

1 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон Рос. Федерации от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 03.08.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 01.06.2019 г.) // Собрание законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

2 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая): федер. закон Рос. Федерации от 18.12.2006 г. № 230-ФЗ (ред. от 23.05.2018 г.) // Российская газета. 2006. № 289.

Проанализируем теоретические точки зрения по поводу существенных условий лицензионного договора. В рамках первой позиции цивилисты согласны с отнесением законодателем к числу существенных только двух условий. На это указывает, например, И. С. Чупрунов, говоря о солидарности с законодателем, посчитавшим существенными условиями лишь условия: (а) о предмете договора, каковым признается «интеллектуальный продукт» (музыкальное произведение), (б) о конкретных способах использования предмета договора [2, с. 123]. О. Ю. Шилохвост также отмечает, что законодатель верно поступил, определив условия о предмете договора и о способах использования результата интеллектуальной деятельности как существенные [3, с. 15]. Представляется, что такая позиция законодателя, принятая некоторыми представителями научного сообщества, не в полной мере отражает специфику лицензионного договора, предметом которого выступает музыкальное произведение. Поэтому нерационально занимать обозначенную научную позицию, необходимо подойти к решению вопроса о существенных условиях исследуемого вида договора более тщательно.

Вторая позиция. Так, в теории представлено и несколько другое видение перечня существенных условий лицензионного договора: 1) предмет договора; 2) способ передачи прав; 3) срок передачи прав; 4) территория, на которой допустимо использование результата интеллектуальной деятельности; 5) условия выплаты вознаграждения [4, с. 24]. В этой точке зрения не упоминается передача оригинала (копии) результата интеллектуальной деятельности и объект договора. Что касается способа передачи прав, то это условие сформулировано не через применение конструкции предела (объёма) использования произведения. По поводу позиции об обычном характере условия о территории высказывалась О. А. Степанова [5, с. 70], в целом разделяя мнение о некотором расширении существенных условий, но не в полной мере отстаивая ее. В свою очередь, Л. А. Новоселова полагает, что существенными условиями лицензионного договора бесспорно являются:

1) указание на произведение и способы его использования (имеет в виду предмет договора); 2) размер вознаграждения или порядок его определения в возмездном договоре (это условия выплаты вознаграждения). Также она выделяет в качестве существенных условий территорию использования произведения и срок действия договора (иначе формулируют как срок передачи прав), но Л. А. Новоселова вносит оговорку, так как относительно этих двух условий в науке возникают споры [6, с. 331–332]. Представляется верным, что территория и срок использования произведения как существенные условия ставятся под сомнения, так как не всегда признаются правоприменительной практикой в качестве таковых, а также не обладают характером однозначности. Имеется в виду тот факт, что нельзя с полной уверенностью сказать, что такие условия обладают той же важностью с практической точки зрения по сравнению с предметом договора и способами его использования, что их можно ставить на одну линию с ними.

Представленные точки зрения в рамках позиции о несовершенстве законодательного перечня существенных условий лицензионного договора не позволяют достичь наиболее полного согласования сторонами (лицензиаром и лицензиатом) условий о передаче для использования музыкальных произведений. Следовательно, эти научные наработки не позволят при условии внесения изменений в ГК РФ с их учетом, достичь полной гарантированности прав правообладателя и прав пользователя от нарушений со стороны друг друга, а также со стороны третьих лиц, и не предотвратит споры между ними. Более того, в рамках самой позиции некоторых представителей науки гражданского права нет единства мнений, в связи с этим трудно представить эту позицию более унифицировано.

В рамках третьей позиции авторы научных работ высказывают мнение, что перечень существенных условий, установленный законодателем для конструкции лицензионного договора, следует расширить. Как отмечает В. С. Витко, указанные законодателем существенные условия являются

не всеми необходимыми условиями для лицензионного договора, и они должны быть дополнены следующими условиями: 1) размер вознаграждения (порядок его определения) для возмездного договора; 2) объект договора; 3) предел (объем) использования результата интеллектуальной деятельности тем или иным способом; 4) срок использования; 5) территория, на которой допускается использование; 6) передача оригинала (копии) предмета договора [1, с. 54]. Видится, что представленный расширенный перечень существенных условий договора отнюдь не противоречит функциональной направленности договора, характеризует его сущность наиболее полно.

Следует отметить, что применительно к музыкальным произведениям указанные условия сохраняют свою актуальность, так как правообладатель заинтересован в получении сумм лицензионных платежей за предоставление использования музыкальных произведений (при частичной передаче исключительных прав) конкретными способами, на определенный срок и на определенной территории, что позволяет достичь целей распространения произведения для повышения уровня популярности автора и уровня его дохода в условиях, позволяющих обеспечить надлежащий уровень защиты прав автора от нарушений со стороны пользователей (лицензиатов) и третьих лиц.

Думается, что обязательное согласование указанных условий также соответствует интересам лицензиатов, так как обеспечивает законные возможности использовать музыкальные произведения в коммерческой деятельности для повышения спроса на услуги, например, оказываемые в ресторанном бизнесе или шоу-бизнесе (продюссирование, реклама товаров, кинематограф и т. д.), а также для создания новых музыкальных произведений путем переработки, аранжировки, создания кавер-версий, использования части произведения и т. д.

Следовательно, представляется, что эта точка зрения о необходимости расширения перечня существенных условий лицензионного договора

наиболее правильная, так как перечень данных условий позволяет более полно и конкретно установить договорное регулирование между сторонами, предотвратить появление спорных ситуаций, в целом, снизить риски негативного протекания лицензионных правоотношений. Соответственно, в цивилистической доктрине имеются споры относительно вопроса о существенных условиях лицензионного договора. Притом законодатель, прямо не предусмотрев перечень всех существенных условий, отдал на откуп решение поднятого вопроса теоретикам и практикам, в том числе судам.

Обратимся непосредственно к каждому из существенных условий, которые названы в качестве таковых законодателем, что можно вывести, исходя из буквального толкования определенных норм ГК РФ, а также которые выделяют в качестве таковых в доктринальных позициях.

Во-первых, предмет, как существенное условие лицензионного договора, представляет собой передаваемые права. Иначе, если права не указаны в договоре в качестве передаваемых, они считаются непереданными [4, с. 24], что вполне логично и не вызывает каких-либо иных суждений и противоречий. Касаемо предмета такого типа лицензии (лицензионного договора) как свободная лицензии, то им считается право использования произведения искусства в предусмотренных договором пределах, которые заранее сообщаются правообладателем неопределенному кругу лиц, что проистекает из признака своевременного размещения условий правообладателем. Сообщение может осуществиться, например, путем опубликования в сети Интернет условий, содержащих перечень действий, которые должен произвести потенциальный лицензиат для правомерного использования предмета (музыкального произведения в данном случае) (переход по ссылке, скачивание программы, нажатие на клавишу о согласии с условиями использования). Примечательно, что этот тип лицензии наиболее широко используется в отношении объектов, использование которых осуществляется в сети Интернет.

Следует заметить, что существует проблема, связанная с идентификацией предмета лицензионного договора по типу свободной лицензии

на использование музыкального произведения. Обратив внимание на положения пункта 1 ст. 432 ГК РФ, необходимо указать на то, что свободные лицензии включают в сферу действия первоначального договора все созданные на его основе производные музыкальные произведения, причем с появлением каждого нового пользователя в цепочке преобразования музыкального произведения будет меняться предмет договора. Это будет происходить притом, что правообладатель, предоставивший лицензию, даже не будет знать, что теперь он предоставляет лицензию на уже измененное другим лицом музыкальное произведение [7, с. 67]. Решить такую проблему возможно путем выдачи лицензии правообладателем исключительно на использование первоначального музыкального произведения. В последующем пользователь должен выдавать другим свою лицензию: на использование производного музыкального произведения (то есть могут быть применены такие механизмы (способы использования), как аранжировка, обработка, кавер-песни, и т. д.), то есть двойная выдача лицензий. Избежав такой процедуры, не решим обозначенную проблему [8, с. 73]. Отметим, что возможность выдачи лицензии на использование первоначального произведения и лицензии на использование производного произведения позволит не только преодолеть проблему нарушения прав правообладателей, но и усовершенствует гражданский оборот, связанный с лицензионными отношениями, путем законодательного закрепления такой гарантии правового статуса лицензиара.

Приведем пример из судебной практики. Российское Авторское Общество обратилось в суд с исковым заявлением к ИП ФИО о взыскании суммы авторского вознаграждения, ответчик считает, что лицензионный договор не соответствует действующему законодательству, является незаключенным, этот довод не состоятелен, так как, во-первых, сторонами в тексте договора с достаточной степенью определенности был указан его предмет – право использования Общенародных произведений, входящих в Репертуар Общества, способом публичного исполнения, как в живом исполнении,

так и с помощью технических средств или с помощью технических средств в помещении кафе; во-вторых, определены срок действия и размеры вознаграждения.[3] Этот пример иллюстрирует тот факт, что требование истца о признании договора в части по основанию неурегулированности существенных условий, в том числе предмета договора, не будет удовлетворено, если суд на основании представленных доказательств и из буквального толкования договорных положений придет к выводу об обратном. В подобного рода делах суды всегда придерживаются вывода о заключенности договора, что положительно отражается на деятельности лица, добросовестно полагающегося на правомерность заключения договора. Кроме того, суды, занимаясь толкованием договора, в полной мере учитывают все конкретные обстоятельства по делу, что позволяет принять верное решение, свидетельствующее об эффективности правосудия по спорам данной категории дел.

Обратимся к позициям высших судебных инстанций относительно предмета лицензионного договора. Так, в определениях Верховного суда Российской Федерации обращено внимание на необходимость для применения правовых последствий неисполнения договора определить правовую природу договора, по которому передаются права, например, на фильмы, для создания которых использованы музыкальные произведения, а также достижение соглашения по всем существенным условиям, в том числе перечню фильмов, возмездному или безвозмездному характеру договора.[4] Этот факт свидетельствует о том, что для существенных условий договора и правовые последствия, вытекающие из договорных отношений, напрямую связаны друг с другом. Правильное установление судами существенных условий договора влияет на выбор мер защиты нарушенных прав и эффективности их защиты. Далее, в постановлениях Суда по интеллектуальным правам отмечено, что, поскольку в самом договоре отсутствует указание, в том числе

3 Постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда (11 ААС) от 25.03.2014 г. по делу № А65-23079/2013.

4 Определения ВС РФ от 30.05.2016 г. № 167-ПЭК16, от 21.12.2015 г. № 305-ЭС15-9673.

на музыкальные произведения, исключительные права на которые передаются в пользование, то сторонами лицензионного договора не согласовано условие о предмете договора, а значит, договор не был заключен.[5] В самом деле, прямое указание на наименование, жанр, другие данные о произведении идентифицируют его, позволяют контрагентам (лицензиару и лицензиату) гарантировать исполнение и осуществление корреспондирующих прав и обязательств друг друга. Таким образом, в правовых позициях судов отмечается вынужденная необходимость согласовывать предмет договора, тем самым содержание этих позиций подтверждает мнение законодателя.

Вместе с тем возникает проблема правового регулирования, так как законодательство об авторском праве традиционно не содержит легального определения произведения, в том числе музыкального, что стоит рассматривать как негативный фактор для практической деятельности по заключению и исполнению договоров. Дело в том, что сторона имеет больше шансов на защиту своих прав, если четко обозначено, в отношении чего должен исполнить контрагент обязательство. Стоит заметить, что данный пробел отчасти восполнен в юридической науке: в трудах отечественных ученых, специализирующихся в области авторского права, можно обнаружить множество различных вариантов определения произведения. Наибольшее распространение получило определение, данное В. И. Серебровским: произведение есть совокупность идей, мыслей, образов, получивших в результате творческой деятельности автора свое в доступной для восприятия человеческими чувствами конкретной форме, допускающей возможность воспроизведения [9, с. 81]. Довольно просто, в строгом соответствии с законом определяет произведение Э. П. Гаврилов: как результат творческой деятельности автора, выраженный в объективной форме [10, с. 44]. В. Я. Ионас понимал произведение с материалистической точки зрения. Следовательно, на сегодняшний момент имеется множественность позиций в определении сущности

5 Постановления Суда по интеллектуальным правам от 14.05.2015 г. № С01-221/2015 по делу № А40-66891/2014, от 07.08.2014 г. № С01-511 по делу № А41-26230/2013.

категории произведение. С одной стороны, одни позиции сводятся к пониманию произведения как совокупности идей, мыслей, образов, представленных в конкретной форме, с другой стороны, – это результат деятельности автора, представленный в объективной форме. Авторы теорий не сходятся во мнении, что важно для раскрытия сущности произведения: его содержание, состоящее из идей, мыслей, образов, форма, в том числе объективная, либо необходимы и содержание, и форма. Касаемо формы произведения как его признака, также нет единства. Одни полагают, что она должна быть конкретной, другие, – объективной, третьи, – любой. Так как легальное определение произведения и единство в его понимании учеными отсутствует, то представляет определенную трудность определить сущность музыкального произведения как конкретного вида произведения как объекта авторского права.

Ситуация усугубляется тем, что понятие «музыкальное произведение» в юридической литературе обычно не раскрывается, оно несколько разработано в теории музыки как одного из направления искусства. Для того чтобы сформулировать соответствующее определение, необходимо обратиться к одному из его составляющих – понятию «музыка». Музыка определяется как вид искусства, который отражает действительность и воздействует на человека посредством осмысленных и особым образом организованных по высоте и во времени звуковых последовательностей, состоящих в основном из тонов – звуков определенной высоты [11]. Исходя из этого, музыкальное произведением можно определить как совокупность идей и образов, получивших в результате творческого процесса отражения человеком реальной действительности свое выражение в форме организованных по высоте и во времени звуковых последовательностей [12, с. 210].

Стоит также заметить, что официально принятое и утвержденное определение музыкального произведения отсутствует не только на национальном, но и на международно-правовом уровне, в то время как музыкальное произведение – один из важнейших объектов авторского права [13, с. 103–104].

Это связано с тем, что такие произведения используются не только в качестве самостоятельного объекта авторских прав, но и в составе других произведений искусства, то есть могут выступать как часть сложного аудиовизуального произведения, например, кинематографического произведения (фильма, сериала) и т. д. (п. 1 ст. 1263 ГК РФ), что свидетельствует о широкой распространенности музыкальных произведений в сфере искусства и коммерческой деятельности.

Законодательная дефиниция музыкального произведения важна, так как музыкальное произведение при признании его охраноспособным может выступать предметом лицензионного договора, а предмет – первое существенное условие договора данного вида. Для признания произведения охраноспособным необходимо учитывать признаки (критерии), которые позволяют считать произведение объектом авторского права, которые будут рассмотрены ниже. Без наличия определения будут и дальше возникать трудности в правоприменительной практике, связанные с анализом произведения и постановлением факта признания его музыкальным и подлежащим охране, а не являющимся совокупностью действий технического характера и т. д.

Стоит отметить, что в части четвертой ГК РФ не закреплен конкретный перечень видов охраняемых музыкальных творений (произведений), имеются лишь общие указания на музыкальные произведения с текстом или без текста. В связи с этим можно выделить среди произведений без текста инструментальные произведения, например, сонаты, трио, квартеты и т. д., среди произведений с текстом – романсы, песни [9, с. 97]. Следует в качестве признаков музыкального произведения выделять форму выражения (внешнюю и внутреннюю) и творческий характер создания. Сущность внешней формы музыкального произведения составляет звуковой ряд (представляющий собой определенную последовательность звуков и созвучий различной высоты и длительности), потому что именно он образует эту форму произведения. Иными словами, можно сказать: внешнюю форму произведения

образует язык, то есть конкретные выразительные средства, которые используются автором для передачи образов [12, с. 26–28]. Что касается внутренней формы музыкального произведения, то она по своей природе не может охраняться правом. Данный тезис вытекает из того факта, что образы в музыке передаются с помощью различных по высоте, частоте, силе и длительности звуков, не имеющих четкой смысловой нагрузки. Многообразие форм выражения музыкальных произведений может быть представлено в виде закрепления в рукописи (в виде нот), то есть на бумаге, записи на пластинке (грампластинке), магнитной пленке (ленте) и кинопленке или иным механическим путем (на валиках, дисках и т. п.) [11; 14, с. 11–12]. Примечательно, что музыка может быть устным произведением. Так, музыку можно воспроизвести с того момента, как она прозвучала, хотя бы автор не прибег к записи. В практике музыкантов-профессионалов тоже встречаются случаи, когда произведение стало жить в объективной форме, хотя его автор умер, не успев занести его на нотную бумагу. Достаточно известный пример. А. П. Бородин скончался, не записав увертюры к опере «Князь Игорь», которую, однако, играл на рояле в кругу друзей. После его смерти А. К. Глазунов восстановил по памяти увертюру в том виде, в каком она исполнялась автором. Объективированной формой для нее служит не только запись в любом из видов, но и простое исполнение [14, с. 11–12]. Следует отметить, что музыкальное произведение может существовать и быть использовано также и в устной форме (без фиксации в виде нот), путем не только публичного исполнения, но и, в частности, в узком кругу друзей. Дефиниция творческого характера музыкального произведения как его признака не закреплена законодателем. Однако, не определяя прямо значение творчества, отечественный законодатель косвенно, а судебная практика прямо признают творческий характер интеллектуальной деятельности как условие охраны авторского права на музыкальное произведение. В частности: «при анализе вопроса о том, является ли конкретный результат объектом авторского права, судам следует

учитывать, что по смыслу статей 1228, 1257 и 1259 ГК РФ в их взаимосвязи таковым является только тот результат, который создан творческим трудом… Пока не доказано иное, результаты интеллектуальной деятельности предполагаются созданными творческим трудом».[6,7]

В п. 1 ст. 1259 ГК РФ после слов «от способа его выражения» логично добавить фразу «обладающие критерием творческого характера». В связи с этим, будет внесен в законодательство критерий творчества для придания музыкальному произведению большей охраны и защиты, для устранения дискуссионности вопроса о необходимости выделения этого критерия для признания произведения объектом авторского права, для применения судами единообразного похода при разрешении споров, связанных с защитой нарушенных авторских прав по лицензионному договору, предметом которого, в том числе, может выступать музыкальное произведение.

Среди иных признаков музыкального произведения, в частности, встречаются в литературе новизна, оригинальность, неповторимость и объем музыкального произведения. Новизна произведения. Утверждается, что признак новизны музыкального произведения в авторском праве имеет право на самостоятельное существование наравне с признаком творчества. Представители этой точки зрения аргументируют свою позицию тем, что творческая деятельность предполагает создание нового произведения, поэтому рационально выделять понятие новизны произведения. Раскроем эту точку зрения посредством обращения к трудам В. Я. Ионас, который детально исследовал проблему новизны в авторском праве. Суть его рассуждений сводилась к тому, что музыкальное произведение состоит из множества компонентов, например, из увертюры, кульминации и окончания, а также из сочетаний

6 О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации № 5, Пленума ВАС Рос. Федерации № 29 от 26.03.2009 г. абз. 2 п. 28. // Российская газета, № 70. 22.04.2009 г.

7 О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 23.04.2019 № 10. // Российская газета, № 96, 06.05.2019 г.

звуков разной высоты в виде аккордов, из разных тем, голосов (сопрано и альт) при сопровождении мелодии словами (текстом). Кроме того, с одной стороны, возможно создание произведения, в котором все его составляющие будут новыми; но, в то же время, возможно создание такого произведения, в котором часть элементов будет заимствовано из другого, ранее созданного произведения (при этом новизна той части элементов, которые не являются заимствованными, далеко не всегда свидетельствует о творческом характере произведения в целом). Автор приходит к выводу, что возможны новые произведения без творческой самостоятельности. В связи с этим в авторском праве целесообразно ввести понятие существенной новизны произведения [15]. О критерии (признаке) оригинальности музыкального произведения высказывается А. П. Сергеев. На его взгляд, следует учитывать: 1) общепринятое значение слова «оригинальный», то есть нетипичный, не похожий на что-то; 2) признанное в цивилистической науке положение: для возникновения авторско-правовой охраны достаточно, чтобы созданный объект обладал хотя бы незначительной степенью оригинальности [16, с. 2]. С. А. Степанов считает, что условием охраны, в том числе музыкального произведения, является признание его оригинальным [17, с. 750]. А. В. Кашанин [18, с.103–104] и Э. П. Гаврилов [19] высказывались против смешения критериев оригинальности и новизны и против подмены одного другим. Но, не смотря на их самостоятельность, тесно связаны с критерием творчества. Вместе по-разному отражают сущность музыкального произведения: критерий оригинальности – как произведение, имеющее свои особенности в технике и манере исполнения, в структуре, критерий новизны – как создание ранее не существовавшего, критерий творчества – как произведение, в которое был вложен интеллектуальный труд автора, его идеи. В российской судебной практике наблюдается тенденция применять к объектам авторского права только критерий оригинальности без упоминания новизны. Так, в судебном акте указывается, что к объектам авторского права могут

относиться названия произведений, фразы, словосочетания и иные части произведения, которые могут использоваться самостоятельно, являются творческими и оригинальными.[8] Однако, необходимо также иметь в виду, что само по себе отсутствие новизны, уникальности и (или) оригинальности, в том числе в музыкальном произведении, не может свидетельствовать о том, что оно не создано творческим трудом и, следовательно, не является объектом авторского права.[9]

Ещё одним критерием музыкального произведения является неповторимость произведения. Идея о принципиальной неповторимости, строгой индивидуальности и уникальности произведения традиционно высказывалась отечественными учеными, такими, как О. С. Иоффе [20, с. 8–10], О. А. Красавчиков [21, с. 16] при характеристике, в том числе музыкального произведения. Однако, вероятнее всего, критерий творчества поглощает критерий неповторимости, так как автор создает всегда то, что не имеет полного аналога, то есть в результате творчества могут оказаться некие заимствования из других произведений, но создатель обязательно вносит что-то свое. Думается, что рассмотрение неповторимости в качестве отдельного критерия музыкального произведения не совсем рационально потому, что действующая презумпция творчества не нуждается в подтверждении неповторимостью.

Следует отметить, что авторское право традиционно не предъявляет требований к объему музыкального произведения. Отсюда ясно: музыкальное произведение подлежит правовой охране независимо от его продолжительности. Но риск признания неохраноспособным краткого произведения

8 О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах: постановление Пленума Верховного суда Рос. Федерации от 19.06.2006 г. № 15. // Российская газета, № 137. 28.06.2006 г.

9 О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 г. // Российская газета, № 70. 22.04.2009 г.

выше, поскольку чрезмерная лаконичность может свидетельствовать об отсутствии признаков творчества в действиях лица, объявившего себя автором [16, с. 4]. Но возникает вопрос: стоит ли оценивать уровень творчества, количество вложенного автором времени, интеллектуальных затрат в результат своей деятельности. Рационально и обоснованно ли это? Думается, что нет, так как определить это с большей долей вероятности не получится в силу оценочного характера обозначенных категорий, принципа субъективности в авторском праве. Однако законодатель и судебная практика отчасти идут по пути простой констатации творческого характера интеллектуальной деятельности, без применения категорий уровень и степень авторства в произведении, что весьма логично, так как иначе могли бы появиться определенные трудности с воплощением этих категорий на практике, а также с проверкой результатов их воплощения.

Помимо рассмотренного выше существенного условия вторым существенным условием лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения является способ передачи прав: передача единственному правопреемнику исключительного права с сохранением за правообладателем переданного права (единственная передача) либо передача любому числу правопреемников исключительного права с сохранением за правообладателем переданного права (неисключительная передача). При единственной передаче исключительное имущественное право полностью переходит к правопреемнику, но первичный правообладатель не теряет соответствующее исключительное право, то есть он может продолжать использовать соответствующий объект интеллектуальной собственности. При неисключительной передаче исключительное право в части может переходить к нескольким правопреемникам, причем первичный правообладатель не теряет соответствующее исключительное право, то есть может продолжать использовать соответствующий объект интеллектуальной собственности [4, с. 264].

Третьим существенным условием лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения является срок передачи прав [4, с. 264], он не может превышать срока действия передаваемого исключительного права. Если в лицензионном договоре срок его действия не определен, договор считается заключенным на пять лет, если ГК РФ не предусмотрено иное.[10] Существует проблема соотношения и разграничения срока, на который заключается договор, и срока предоставления права на использование музыкального произведения, в частности [6, с. 334]. В судебной практике нередко эти сроки отождествляются. Так, Президиум ВАС РФ указывает на то, что суды при рассмотрении конкретного дела не установили: издавалось произведение после истечения срока действия договора о передаче исключительных прав на использование произведения, то есть в период после этой даты.[11] В юридической литературе сегодня представлены различные точки зрения на возможность отнесения срока использования охраняемого результата (музыкального произведения) к числу существенных условий лицензионного договора.

Е. А. Дедков и Е. Б. Александров пишут, что срок, подразумевая под ним срок использования музыкального произведения, в частности, не является существенным условием лицензионного договора, так как условие о нем установлено законодателем, ссылаются на п. 4 ст. 1235 ГК РФ [22, с. 416]. Представляется, что авторы допускают смешение двух различных понятий – срок действия договора и срок использования музыкального произведения [1, с. 129]. Нельзя не отметить, что, несмотря на то, что законодатель прямо назвал срок использования произведения существенным условием, тем не менее, в арбитражной практике этот срок отождествляется со сроком действия договора. Президиум ВАС РФ в Постановлении высказал правовую позицию, согласно которой под сроком действия договора

10 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон Рос. Федерации от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 29.12.2017 г.) // Собрание законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

11 Постановление Президиума ВАС РФ от 21.07.2009 г. № 2658/09.

о передаче исключительных прав на использование произведения следует понимать срок, на который передаются права.[12] Разграничение срока, на который заключается договор и срока предоставления права на использование произведения имеет практическое значение, в том числе при определении размера вознаграждения, которое может быть поставлено в зависимость от срока действия права лицензиата на использование объекта.[13] По истечении срока действия исключительного права объект переходит в общественное достояние, а лицензионный договор, если он был заключен на более длительный срок, прекращается.

В качестве четвертого существенного условия лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения рассмотрим территорию, на которой допускается использование музыкального произведения (то есть территория действия договора) [4, с. 264], если территория в договоре не указана, лицензиат вправе осуществлять использование на всей территории Российской Федерации.[14] Не все разделяют мнение законодателя. Так, О. Ю. Шилохвост, например, это условие считает обычным условием, так как его несогласование не влечет признание договора незаключенным [3, с. 16], в виду того, что ст. 1235 ГК РФ содержит диспозитивную норму. Противоположную точку зрения выражают Э. Гаврилов [24, с. 31], И. С. Чупрунова [2, с. 123] и И. А. Зенина [24, с. 33].

Пятое существенное условие лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения – условие выплаты вознаграждения [4, с. 264]: может быть указан размер вознаграждения и (или) порядок определения размера вознаграждения, а также порядок и сроки его выплаты. Размер вознаграждения может устанавливаться в виде: 1) части дохода за разрешенный способ использования объекта интеллектуальной

12 Постановление Президиума ВАС Рос. Федерации от 21.07.2009 г. № 2658/09.

13 Определение Верховного Суда Рос. Федерации от 16.04.2015 г. № 305-ЭС15-2164 по делу № А40-177813/2013.

14 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая): федер. закон Рос. Федерации от 30.11.1994 г. № 51-ФЗ (ред. от 29.12.2017 г.) // Собрание законодательства Рос. Федерации. 1994. № 32. Ст. 3301.

собственности («роялти» – экономическая категория); 2) твердо зафиксированной суммы («паушальная сумма» – экономическая категория); 3) иным образом [4, с. 264]. Л. А. Новоселова выделяет такие возможные формы выплаты вознаграждения: 1) фиксированные разовые или периодические платежи; 2) процентные отчисления от дохода (выручки); 3) иная форма. В правоприменительной практике встречается форма выплаты вознаграждения в виде отчислений от дохода от проданных экземпляров произведений [6, с. 333]. В случае, если стороны лицензионного договора согласовали размер вознаграждения в форме процентных отчислений от дохода (выручки) (п. 4 ст. 1286 ГК РФ), а соответствующее использование произведения не осуществлялось, сумма вознаграждения определяется исходя из цены, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за правомерное использование произведения. Конституционный Суд Российской Федерации посчитал, что п. 1 ст. 1235 ГК РФ направлен на защиту права стороны лицензионного договора – обладателя исключительного права на произведение, в том числе на музыкальное, (лицензиара) и на получение вознаграждения за предоставление другой стороне (лицензиату) права использования в указанных в договоре пределах и в соответствии с предусмотренными данным договором формами выплаты вознаграждения, формулировка указанной нормы поэтому не является неконституционной.[15] В Постановлении № 5/29 от 26.03.2009 г. и Постановлении № 10 от 23.04.2019 г.[16,17] подчеркнуто, что, исходя из п. 5 ст. 1235 ГК РФ лицензионный договор предполагается возмездным, если самим договором прямо не предусмотрено иное. Исходя из вышесказанного,

15 Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Хасанова Ильмера Юсуповича на нарушение его конституционных прав пунктом 5 статьи 1235 и статьей 1367 Гражданского кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда Рос. Федерации от 22.01.2014 г. № 96-О.

16 О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации № 5, Пленума ВАС Рос. Федерации № 29 от 26.03.2009 г. // Российская газета, № 70. 22.04.2009 г.

17 О применении части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации: постановление Пленума Верховного Суда Рос. Федерации от 23.04.2019 г. № 10. (п. 40). // Российская газета, № 96, 06.05.2019 г.

отметим, что вопрос о существенных условиях лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения весьма дискуссионен. Тем не менее, имеются объективные причины выделять то или иное условие в качестве существенного, несмотря на то, что законодатель определил узкий перечень существенных условий. Расширение этого перечня необходимо в силу того, что лицензионный договор обладает своей спецификой, которую необходимо согласовывать сторонам через формулирование всех существенных условий, чтобы не допустить наступления негативных последствий и добиться законного и обоснованного использования музыкального произведения.

Таким образом, был проанализирован проблемный вопрос об определении существенных условий лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения. Выявлен целый ряд проблем, связанных с перечнем существенных условий, с определением значения категорий, в том числе оценочных, входящих в предмет договора, с определением формы и размера вознаграждения правообладателю, разграничением правовых и экономических аспектов конкретных условий договора. Также были проанализированы различные точки зрения по поводу конкретных существенных условий, признанных таковыми законодателем и (или) (не) признаваемых научным миром. Помимо этого, исследованы материалы из судебной практики, связанной со спорами о нарушении авторских прав на музыкальные произведения в связи с неправомерным (внедоговорным) использованием их третьими лицами для осуществления коммерческой деятельности. Без внимания не остались правовые позиции судов высших инстанций. На основании проделанной работы приведены соответствующие промежуточные выводы, сформулированы предложения по совершенствованию гражданского законодательства в рамках субинститута авторского права – лицензионного договора, которые обоснованны необходимостью ликвидации правовых пробелов, стабилизации гражданского оборота, складывания единообразной судебной практики.

В итоге, акцентируем вниманием на том, что законодательное расширение перечня существенных условий лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения позволит «укрепить» правовой статус сторон, так как позволит осуществлять правомерное использование предмета договора, пользователь будет информирован о содержании добросовестного поведения, ожидаемого от него, правообладатель сможет вступать в договорные отношения с большими гарантиями своих прав. Определение перечня существенных условий указанного договора и представленный анализ последствий такого определения имеет отношение в рамках данной работы только в отношении музыкальных произведений, как было отмечено в начале. Это связано с тем, что, во-первых, объектом изучения явилось именно музыкальное произведение как возможный предмет лицензионного договора, а, во-вторых, как следствие, автор не берет на себя ответственность рассуждать о других результатах интеллектуальной деятельности, так как они имеют свои особенности, влияющие на договорные правоотношения.

Библиографический список

1. Мещерякова В. В. Проблемы, связанные с введением института свободных лицензий в российскую правовую систему, и пути их решения // Бизнес, менеджмент и право: материалы Межрегион. науч.-практ. конф. студентов и молодых ученых. Екатеринбург, 2017. С. 71–75.
2. Витко В. С. Гражданско-правовая природа лицензионного договора: монография. – М.: Статут, 2011. – 301 с.
3. Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону об авторском праве и смежных правах (постатейный): 4-е изд., перераб и доп. – М.: Экзамен, 2005. – 384 с.
4. Гаврилов Э. П. Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда РФ от 19.06.2006 г. «О вопросах применения законодательства

об авторском праве и смежных правах (постатейный)» // Хозяйство и право. 2006. № 9. С. 23–52.

5. Гаврилов Э. П. Общие положения права интеллектуальной собственности: Краткий комментарий к главе 69 ГК РФ // Хозяйство и право / отв. ред. Т. Н. Петрова. – М., 2007. № 9. С. 24–35.
6. Гордон М. В. Советское авторское право. – М.: Госюриздат, 1955. // URL: http://www.pravo.vuzlib.su/book_z377_page_10.html (дата обращения: 24.10.2017 г.).
7. Дадян П. Г. Музыкальное произведение как самостоятельный объект авторского права: теоретико-правовое исследование: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М., 2015. – 148 с.
8. Дедков Е. А., Александров Е. Б. Сделки по распоряжению правом на товарный знак // Сделки: проблемы теории и практики / под ред. М. А. Рожковой. – М.: Статут, 2008. С. 389–432.
9. Зенин И. А. Право интеллектуальной собственности. Ч. 2: Учебник для академического бакалавриата: 10-е изд. – М.: Юрайт, 2019. – 169 с.
10. Зильберштейн Н. Л. Авторское право на музыкальные произведения. – М.: Советский композитор, 1960. – 188 с.
11. Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. – М.: Юридическая литература, 1972. // URL: https://www.twirpx.com/file/127308/ (дата обращения: 02.04.2018 г.).
12. Иоффе О. С. Советское гражданское право: Курс лекций. Ч. III. Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности. Семейное право. Наследственное право. – Л.: Изд-во Ленинградского ун-та, 1965. – 347 с.
13. Калятин В. Гражданское право как наука: проблемы истории, теории и практики: материалы международной научно-практической конференции в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 70-летию М. К. Сулейманова / отв. ред. М. Сулейманов. – Алматы:

НИИ частного права КОУ, 2012. // URL: https://publications.hse.ru/books/68389326 (дата обращения 08.10.2017 г.).

14. Кашанин А. В. Творческий характер как условие охраноспособности произведения в российском и иностранном авторском праве // Вестник гражданского права / отв. ред Е. А. Суханов. – М.: Издательский дом В. Ема, 2007. № 2. С. 75–119.
15. Келдыш Г. В. Музыкальный энциклопедический словарь. М.: Советская энциклопедия, 1990. // URL: https://www.twirpx.com/file/1650900/ (дата обращения: 29.12.2018 г.).
16. Красавчиков О. А. Творчество и гражданское право (понятие, предмет и состав подотрасли) // Правоведение / отв. ред. С. А. Белов. – СПб: Санкт-Петербургский государственный университет, 1984. № 4. С. 14–23.
17. Право интеллектуальной собственности. Авторское право: учебник / под общ. ред. д. ю. н., проф. Л. А. Новоселовой. – М.: Статут, 2017. – Т. 2. – 367 с.
18. Авторские и смежные права в музыке: монография: 2-е изд. / под общ. ред. д. ю. н., проф. А. П. Сергеева. – М.: Проспект, 2018. – 328 с.
19. Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. – М., 1956. // URL: http://www.twirpx.com/file/182647 (дата обращения: 24.10.2017 г.).
20. Степанова О. А. Договоры об использовании идеальных результатов интеллектуальной деятельности: дис. … к., ю., н. – М., 1998. – 240 с.
21. Гражданское право: учебник: в 2 т.: 2-е изд., перераб. и доп./ под ред. С. А. Степанова. – М.: Проспект, 2016. – 928 с.
22. Судариков С. А. Авторское право: учебник для бакалавров. – М.: Проспект, 2013. – 464 с.
23. Чупрунов И. С. Договор об отчуждении исключительного права и лицензионный договор как формы распоряжения исключительным правом // Вестник гражданского права. Т. 8. 2008. № 1. С. 116–127.
24. Шилохвост О. Общие положения о договорных способах распоряжения исключительным правом // Хозяйство и право. 2008. № 9. С. 3–8.

УДК 343.8

Неупокоева Ольга Васильевна (neupokoeva.o.v@yandex.ru)
Магистрантка Института юстиции
Уральского государственного юридического университета
Olga V. Neupokoeva
Ural State Law University
Institute of Justice, Master's degree student

Научный руководитель:
Козаченко Иван Яковлевич
Профессор кафедры уголовного права
Уральского государственного юридического университета
Доктор юридических наук
Academic supervisor:
Ivan Y. Kozachenko
Professor of Criminal Law department
Ural State Law University
Doctor of Juridical Sciences

ЧАСТНАЯ ПРЕВЕНЦИЯ ПРИ ПРИМЕНЕНИИ НАКАЗАНИЯ В ВИДЕ ЛИШЕНИЯ СВОБОДЫ
PRIVATE PREVENTION IN THE APPLICATION OF INPRISONMENT AS A CRIMINAL PUNISHMENT

Аннотация: Анализируются сущность частной превенции как цели уголовного наказания и проблемы её достижения при применении наказания в виде лишения свободы. Отмечается, что высокий уровень рецидивной преступности в России указывает на неэффективность достижения данной

цели наказания. Предлагаются варианты снижения негативных последствий работы пенитенциарной системы за счет уменьшения тюремного населения, облегчения условий содержания, привлечения к службе в органах пенитенциарной системы квалифицированных кадров, взаимодействия с предприятиями, предоставляющими рабочие места осужденным и т. д.

Ключевые слова: частная превенция, лишение свободы, пенитенциарная система, исправление осужденных, ресоциализация, условия содержания осужденных.

Abstract: The essence of private prevention as the purpose of punishments for crimes and the problem of its achievement in the application of such punishment as imprisonment are analyzed. It is noted that the high level of recidivism in Russia indicates the ineffectiveness of achieving this purpose. The author offers to reduce the negative consequences of the work of the penitentiary system by reducing the number of prison population, alleviating the conditions of detention, recruiting qualified staff for work in the penitentiary system, interacting with enterprises that provide work for convicts and et cetera.

Key words: private prevention, imprisonment, penitentiary system, correction of convicts, resocialization, conditions of imprisonment.

Уголовный кодекс Российской Федерации[1] один из немногих в мире, который на уровне текста закона раскрывает перечень целей наказания [1, с. 259–260]. Так, к их числу относятся: исправление осужденного, восстановление социальной справедливости и предупреждение совершения новых преступлений. Последняя цель, в свою очередь, подразделяется теоретиками на общую и частную (специальную) превенцию, то есть предупреждение совершения преступлений иными лицами и самим осужденным, к которому применено наказание [2, с. 12–18].

Тем не менее, нужно понимать, что регламентация целей никогда не является залогом успешности их достижения, гораздо важнее наличие

1 Уголовный кодекс Российской Федерации: федер.закон от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 29.05.2019 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

механизмов, которые позволяют их достигать. Так, российский законодатель указал направление, которого следует придерживаться правоприменителю при применении к осужденным уголовного наказания. При его рассмотрении наблюдается некоторое влияние современных гуманистических тенденций, так, например, перечень целей был лишен понятия кары, которое ещё использовалось в Уголовном кодексе РСФСР 1960 года[2]. Однако же, о качественном переходе от карательного к гуманному типу отношения к осужденным говорить рано, поскольку репрессивный оттенок сохраняет определение наказания через понятие «принуждение», завуалированно кара также скрыта за формулировкой «восстановление социальной справедливости». Также современный российский закон ещё не выделил такие цели наказания, выделяемые в законодательствах отдельных государств, как, например, ресоциализация осужденного, возмещение вреда пострадавшим от преступления, примирение преступника с потерпевшим и другие.

К тому же, законодатель фактически оставил без ответа вопрос о том, как приведенные в законе цели раскрывать при применении различных видов наказания. Так, остается неизвестным, как, например, достигается цель исправления осужденного при назначении ему наказания в виде штрафа, особенно в случаях, когда его выплачивает законный представитель за несовершеннолетнего, преступившего уголовный закон. Либо можно ли говорить о предупреждении совершения новых преступлений лицами, приговоренными к лишению свободы, когда в России наблюдаются весьма неутешительные показатели рецидивной преступности [3, с. 172–173]?

Тем интереснее отмечать, что зачастую страны, которые добились наибольших успехов при достижении данных целей наказания, даже не раскрывают их в законе. К числу таких государств относится, например, Норвегия, которая по сравнению со многими другими государствами добилась заметных успехов в предотвращении рецидивной преступности [4]. Как полага-

2 Уголовный кодекс РСФСР (утв. ВС РСФСР 27.10.1960 г.) (ред. от 30.07.1996 г.) // Ведомости ВС РСФСР. 1960. № 40. Ст. 591.

ют, успехи объяснимы последовательной, гуманной и криминологически обоснованной уголовно-правовой политикой, наличием механизмов, которые сдерживают преступные порывы осужденных и позволяют после отбытия наказания вернуться в общество в качестве его полноправных членов. Так, например, по результатам исследований норвежского криминолога Нильса Кристи была построена тюрьма Бастой, предназначенная для наиболее опасных преступников. Её особенностью является не только расположение на острове, по которому осужденные могут беспрепятственно передвигаться, но и выполнение осужденными различных земледельческих и животноводческих работ. «Мы даем заключенному чувство гармонии с природой. Это отвращает от насилия», – говорил Кристи [5].

Вроде как логично предположить, что положительный опыт других государств можно скалькировать на нашу почву и получить ожидаемый результат. Однако всё не так просто. Каждое государство имеет собственный путь развития во всех общественно важных сферах жизни, включая исполнение наказаний. Выбор направлений для достижения целей наказания остается за законодателем и может быть обусловлен множеством факторов, особенностей, определенных историческим путем развития страны, менталитетом граждан, доминирующей религией, географическими признаками, отнесением её к той или иной правовой системе, целями внутренней и внешней политики, экономической ситуацией в стране и т. д.

Вернемся непосредственно к такой цели наказания как частная превенция и определим, каким образом она может проявлять себя на практике, и какие проблемы препятствуют эффективному её достижению в современной российской пенитенциарной системе.

Как уже отмечалось ранее, считается, что используемая в Уголовном кодексе Российской Федерации формулировка «предупреждение совершения новых преступлений» охватывает как общую, так и частную превенцию. Однако если толкование первой практически не вызывает споров

относительно характеристик, отражающих его сущность, то подходы к определению сущности частной превенции далеко не так однозначны. Одними учеными частная превенция может толковаться в качестве понятия, синонимичного другой цели наказания, исправлению, ввиду общности достигаемых данными целями результатов (отсутствие новых преступлений), в то время как вторыми она определяется через ограничения прав, создающих условия, затрудняющие или лишающие физической возможности совершить новые преступления, либо вызывающие боязнь вновь подвергнуться наказанию [6, с. 235].

Рассматривая вопрос через призму достижения желаемого результата применения наказания – отсутствия со стороны осужденных новых преступлений, можно прийти к выводу, что и лишение лица физической возможности совершить преступление, и исправление осужденного при их грамотной реализации могут быть отнесены к разновидностям частной превенции. Более того, если рассматривать частную превенцию как цель-результат, то можно увидеть, что большое количество целей, как правило выделяемых в различных законодательствах и доктринах в качестве самостоятельных, являются целями-средствами, которые могут приводить к необходимому результату. Такие цели, как исправление осужденного, его ресоциализация, осуществление контроля со стороны специальных органов, изоляция от общества или даже физическое уничтожение опасного для общества лица посредством применения смертной казни при их достижении приведут к одному результату – отсутствию совершения новых преступлений.

Так, пожизненное лишение свободы весьма эффективно в достижении цели частной превенции. Оно сокращает вероятность совершения новых преступлений до минимума, то есть возможности совершения преступлений в стенах исправительного учреждения, а также в случае возможного условно-досрочного освобождения или побега из мест лишения свободы. Как минимум, данный вид наказания удобен для государства тем, что позво-

ляет с высокой долей вероятности защитить значительную часть общества, а значит и большую долю потенциальных жертв от возможных преступных посягательств со стороны конкретного лица. Данный вид наказания в простоте решения проблемы, как обезопасить общество от лиц, имеющих устойчивую склонность к совершению тяжких и особо тяжких преступлений, уступает только смертной казни. При применении данных видов наказания опасный элемент либо подвергается изоляции и постоянному строгому наблюдению за ним, либо просто уничтожается. Здесь не следует изобретать методики, которые бы позволили по отбытию наказания вернуть лицо в общество с наименьшим вредом для него самого и общества в целом.

Пожизненное лишение свободы может быть назначено лишь небольшому числу лиц, действительно опасных для общества. При этом действующая практика применения данного вида наказания, а именно фактическое отсутствие права на условно-досрочное освобождение при его юридической регламентации, неприемлема даже по отношению к наиболее опасным преступникам, поскольку она по своей сути не признает за такими людьми права на исправление. Данный факт не только свидетельствует о нарушении прав человека и гражданина, но и, порождая обстановку, где преступнику уже нечего терять, является фактором, оказывающим влияние на рост преступности в стенах исправительного учреждения.

Применение данного вида наказания к лицам, очевидно не представляющим непосредственной угрозы для окружающих, может свидетельствовать о нездоровом состоянии системы исполнения наказаний и государства в целом, неспособности найти рациональные способы снижения количества деяний, признаваемых нежелательными для государства.

Как было отмечено ранее, для лиц, в отношении которых применяется самое строгое из наказаний, назначаемых в современной российской пенитенциарной системе, практически закрывается дверь к возможности исправления. Однако далеко не все признают саму возможность исправления ре-

альной. Так, в двадцатом веке приобрела популярность доктрина, сущность которой Роберт Мартинсон определил фразой ‘Nothing works’ («Ничего не работает»). Её суть состоит в том, что различные средства исправления преступников не дают положительного результата, уровень рецидива остается прежним, исходя из чего сторонники данной доктрины приходят к выводу, что исправление попросту невозможно. Последствием принятия широкими слоями общества, а также официальными властями значительного числа государств данной доктрины стало усиление контроля в отношении лиц, совершивших преступление [7, с. 326–330]. Однако одна и та же теоретическая концепция привела к едва ли не прямо противоположным путям реализации. Так, например, в отдельных штатах США отсутствие результата в достижении цели исправления осужденных привело лишь к укоренению лишения свободы в качестве доминирующего наказания, а также к сохранению смертной казни. Тем не менее, показатели рецидивной преступности в США весьма неблагоприятны, чтобы рассматривать подобную модель в качестве образца для подражания. Гораздо интереснее путь Финляндии, гармонично вписавший идею «ничего не работает» в общую гуманистическую направленность реформирования законодательства. Данное государство реализовало политику, сущность которой заключается в снижении негативных последствий работы самой пенитенциарной системы, посредством планомерного снижения количества тюремного населения, поскольку места лишения свободы во многом не столько содействуют исправлению осужденных, сколько, наоборот, являются школами преступности.

Данный подход не указывает на отказ Финляндии от концепции превенции, а лишь говорит о том, что в государстве был принят оригинальный подход к её пониманию не как продукта устрашения, которое вызывает уголовное наказание, не как способа изоляции преступника от общества и не как следствия исправления преступника. Превенция тем самым проявляется в снижении доли наказаний в виде лишения свободы, после которых процент рецидива наиболее высокий, с их заменой иными видами наказа-

ний, носящими контрольный характер [8, с. 26–27].

Как уже отмечалось ранее, нет смысла вести спор о том, благодаря чему достигается снижение уровня рецидивной преступности: исправлению осужденных, выражающемся в изменении системы ценностей, отношения к обществу и месту лица в нём, либо грамотному осуществлению контрольных функций, направленных на внешнее удержание от совершения преступлений. Главное – это достижение позитивной динамики в отношении числа совершаемых преступлений лицами, которые ранее были подвергнуты наказанию.

Тем не менее, наказания, связанные с применение жестоких методов обращения с осужденными, в число полноправных средств снижения рецидивной преступности можно включать лишь с большой осторожностью либо не включать вовсе. Смысл заключается не столько в том, чтобы соответствовать современным гуманистическим принципам, сколько в том, что данные методы действительно «не работают». Жестокое отношение и ужасные условия содержания осужденных к пожизненному лишению свободы могут подавить волю данных лиц, в том числе для совершения новых преступлений, но они же могут и, наоборот, спровоцировать на дополнительную агрессию, а значит и на совершение новых преступлений. При этом не следует забывать, что поощрение, в том числе негласное, подобных мер приводит к злоупотреблениям со стороны персонала исправительных учреждений, а значит и к новым преступлениям уже с их стороны. Об этом эффекте хорошо свидетельствуют результаты Стэнфордского тюремного эксперимента, проведенного в 70-х годах двадцатого века американским психологом Филипом Зимбардо. В ходе него среднестатистических студентов, не имеющих проблем с психикой и законом, случайным образом разделили на две группы: лиц, которые исполняли роли заключенных импровизированной тюрьмы, расположенной в подвале Стэнфордского университета, и лиц, которым досталась роль надзирателей. Всего

за шесть дней из четырнадцати, запланированных на эксперимент, иллюзия тюрьмы стала пугающе реалистична, воля и эмоциональное состояние «заключенных» значительно пошатнулись, а злоупотребления «надзирателей» начали приводить в ужас как наблюдателей, так и самих участников эксперимента [9, с. 50–61].

Что говорить о реальных тюрьмах, в которых подобные ситуации не прервешь окончанием эксперимента и в которых и заключенные, и персонал проводят не дни, а годы своей жизни. Выйдя из такой тюрьмы, человек не сможет жить в обычном обществе, подавленная воля, озлобленность, неумение действовать как обычный законопослушный член общества и клеймо преступника практически с неизбежностью возвращают освобожденного в исправительное учреждение, и никакой страх перед тюрьмой не способен перекрыть указанные причины рецидивов.

Основанием для применения наказания в виде лишения свободы должна быть, в первую очередь, необходимость защиты общества от возможных со стороны лица опасных насильственных посягательств. Так, невозможно отказаться от применения данного наказания, например, в отношении серийного убийцы или насильника. В отношении лиц, которые ввиду их опасности для общества и тяжести совершенных ими преступлений не могут избежать наказания в виде лишения свободы, задачей, направленной на минимизацию возможности злоупотреблений со стороны работников уголовно-исполнительной системы, должно являться максимальное повышение прозрачности работы исправительных учреждений посредством осуществления постоянного надзора за их деятельностью различными государственными и общественными наблюдателями, включая средства массовой информации и правозащитников.

В отношении же категорий лиц, не представляющих постоянной и непосредственной опасности для общества, вполне можно отказаться от применения данного вида наказания. Например, его можно не применять в отношении рядового члена группы сбыта наркотических средств,

дальнейшие действия которого можно бы было контролировать, например, посредством применения наказания в виде ограничения свободы. Уменьшение тюремного населения – задача, которую уже давно ставят перед собой многие государства. Поместить лицо под стражу – самый простой путь предупреждения совершения новых преступлений на период исполнения наказания, но он при настоящих условиях отбывания наказания может лишь усугубить положение преступности в стране. Часть лиц, которые в настоящее время помещаются под стражу, вообще не нуждались в исправлении, оказавшись преступниками по воле случая, но отбыв срок заключения, а также столкнувшись с обычными проблемами осужденных, покидающих места лишения свободы, уже могут не иметь другого выхода, кроме как пойти на новое преступление.

Облегчение условий содержания также необходимо. Суровые условия не могут способствовать достижению целей уголовного наказания, а лишь усугубляют чувство отчуждения от общества и настраивают преступника против мира. Условия содержания российских преступников в целом оцениваются как довольно суровые. Однако прямое заимствование моделей западных тюрем, внешне скорее напоминающих приличные гостиницы, невозможно ни экономически, ни исходя из условий жизни большинства граждан Российской Федерации. В нашем обществе наблюдается значительная социальная стратификация, огромное число людей живут за чертой бедности и не могут позволить себе условия жизни, даже отдаленно напоминающие условия содержания, например, в тюрьмах Норвегии. Прямая калька стала бы абсурдной, не отвечающей условиям жизни в стране. Обстановка в тюрьмах должна предоставлять минимально необходимый набор удобств, которыми в повседневной жизни обеспечен среднестатистический житель России. В противном случае можно свести на нет общую превенцию. Наказание не может исполнять мечты о лучшей жизни малообеспеченных граждан, но при этом и не должно достигаться за счет ущемления

человеческого достоинства и прав человека.

Даже минимальное улучшение условий требует вложения значительных денежных средств. Уже в настоящее время пенитенциарная система требует значительных государственных расходов. Решить данную проблему мог бы элемент частности, самоокупаемости в исправительных учреждениях, осуществляемый посредством регулярного и повсеместного сотрудничества исправительных учреждений с производственными, которые бы как давали рабочие места осужденным, так и приносили доход обеим сторонам сделки [10, с. 52–55]. Решению ещё одной наболевшей проблемы, ресоциализации преступников, способствовало бы также сотрудничество с различными организациями с целью предоставления рабочих мест лицам, отбывшим наказания. Страх организаций перед такими работниками понятен, но его преодоление можно было бы стимулировать, например, посредством предоставления им налоговых льгот и иных мер поощрения. Ставку при этом логично было бы сделать на тех специальностях, на которые зафиксирована наибольшая востребованность на рынке труда в настоящее время. Обучение данным специальностям при этом можно бы было осуществлять в процессе отбытия наказания.

Необходима и грамотная система подготовки кадров органов уголовно-исправительной системы. В настоящее время к числу требований, предъявляемых к данным работником, не относится даже наличие высшего образования, на работу с наибольшей охотой принимают физически здоровых, сильных мужчин, в то время как, например, в Норвегии число женщин, работающих в органах пенитенциарной системы, практически соответствует числу мужчин, а в Польше давно разработана многоуровневая система подготовки кадров, включающая овладение будущими работниками уголовно-исправительной системы комплексными знаниями в области юриспруденции, психологии и педагогики, а также узкоспециализированными навыками, направленными на разрешение конкретных задач

уголовно-исполнительной системы [8, с. 15–16]. Именно благодаря работе грамотных специалистов, способных увидеть истинные причины совершения конкретными людьми конкретных преступлений, содействовать исправлению осужденных, формированию у них полезных навыков, и возможна ресоциализация осужденных, подготовка их к жизни на свободе, и при благоприятном исходе пресечение совершения ими новых преступлений. Данная система бы положительно сказалась как на осужденных и пенитенциарной системе в целом, так и повысила бы ценность юридического образования уголовно-правового профиля, которое на современном российском рынке труда практически не востребовано.

Абсолютная эффективность в достижении цели предупреждения совершения новых преступлений лицами, подвергшимися наказанию в виде лишения свободы, вряд ли возможна, но даже частичная частная превенция, имеющая результатом положительное воздействие на отдельных осужденных, должна быть непременной целью государственной уголовной политики. Необходимо не бояться признавать существующие ошибки, искать новые подходы в регламентации и практической реализации положений об уголовных наказаниях, учитывать положительный опыт других государств, принимать иные возможные меры по минимизации отрицательных воздействий при применении наказаний, и тогда станет возможным говорить об успехах в достижении цели предупреждения совершения новых преступлений лицами, ранее привлеченными к уголовной ответственности.

Библиографический список

1. Додонов В. Н. Сравнительное уголовное право. Общая часть: монография. – М.: Юрлитинформ, 2009. – 446 с.
2. Курс уголовного права: учебник: в 5 т. / под ред. Н. Ф. Кузнецовой. – М.: Зерцало-М, 2002. – Т. 2. – 464 с. // URL: https://jurisprudence.

club/ugolovnoe-pravo-uchebnik/tseli-nakazaniya.html (дата обращения: 20.04.2019 г.).

3. Козаченко И. Я., Корсаков К. В. Криминология: учебник и практикум для бакалавриата и специалитета. – М.: Издательство Юрайт, 2019. – 277 с.
4. Страх мало кого может исправить // Росбалт. URL: http://www.rosbalt.ru/main/2014/11/15/1336393.html (дата обращения: 20.02.2019 г.).
5. Остров Бастой: норвежская тюрьма для особо опасных преступников и мечта каждого заключенного // Big Picture. URL: https://bigpicture.ru/?p=624429 (дата обращения: 20.02.2019 г.).
6. Козаченко И. Я., Новоселов Г. П. Уголовное право. Общая часть: учебник для бакалавров– М.: Издательство Юрайт, 2014. – 479 с.
7. Сергеев Д. Н. Социальные и правовые аспекты постпенитенциарного контроля: монография. – М.: Проспект, 2018. – 192 с.
8. Овсянникова А. Пенитенциарные системы и пенитенциарные реформы в зарубежных странах. Аналитический обзор / под ред. А. Овсянниковой, Э. Россман. – М.: Центр стратегических разработок, 2017. – 42 с.
9. Зимбардо Ф. Эффект Люцифера. Почему хорошие люди превращаются в злодеев / пер. с англ. – М.: Альпина нон-фикшн, 2013. – 740 с.
10. Чернышов И. Н. Экономика и пенитенциарная система: поиск модели сотрудничества // Национальный интересы: приоритеты и безопасность. – М.: ООО «Издательский дом Финансы и Кредит», 2015. № 42 (327). – Т. 11. – С. 52–62.

УДК 343.33

Степанова Екатерина Егоровна (katrin17q@gmail.com)
Студентка Межрегионального юридического института
Саратовской государственной юридической академии
Ekaterina E. Stepanova
Saratov State Law Academy
Interregional Law Institute, Student

Научный руководитель:
Копшева Кристина Олеговна
Доцент кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права
Саратовской государственной юридической академии
Кандидат юридических наук
Academic supervisor:
Kristina O. Kopsheva
Assistant professor of Criminal and Criminally-Executive Law department
Saratov State Law Academy
Candidate of Juridical Sciences

ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ МИРА И БЕЗОПАСНОСТИ ЧЕЛОВЕЧЕСТВА: МЕЖДУНАРОДНЫЕ ПРЕДПИСАНИЯ И ПРАКТИКА ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ
CRIMES AGAINST PEACE AND SAFETY OF HUMANITY: INTERNATIONAL REGULATIONS AND PRACTICE OF LAW ENFORCEMENT

Аннотация: Статья посвящена комплексному анализу установленного положениями Римского статута механизма международного уголовного правосудия, а также практике осуществления МУС юрисдикции

по привлечению к уголовной ответственности лиц, виновных в преступных нарушениях прав человека. Исследуется история создания МУС, определяются его правовой статус и структура. Особое внимание уделяется разграничению компетенции национальных судов и МУС. Подводя итоги, автор обозначает причины признания Российской Федерацией неэффективными международных органов уголовной юстиции, обобщает национальную практику правоприменения.

Ключевые слова: Международный уголовный суд (МУС), международные трибуналы, принцип комплементарности, концепция индивидуальной ответственности, превентивный характер норм.

Abstract: The article is devoted to a comprehensive analysis of the administration of justice procedure established by the Rome Statute of the International Criminal Court and its jurisprudence to arraign on a criminal charge for the human rights violation. Research conducted includes the history of establishing the ICC, determination of its authority and composition. The special emphasis has been made on the jurisdictional distinguishing between national courts and the ICC. Summarizing, the author underlines the Russian Federation's reasons for considering international criminal authority as non-effective and unifies national law enforcement practice.

Key words: International Criminal Court (ICC), international tribunals, the principle of complementarity, the concept of individual responsibility, the preventive nature of the rules.

В июле 2018 года исполнилось 20 лет с момента принятия Римского статута Международного уголовного суда – первого постоянно действующего органа международной уголовной юстиции. Справедливо можно считать, что именно с учреждением Международного уголовного суда были связаны ожидания международного сообщества в деле борьбы с безнаказанностью лиц, совершивших «тягчайшие» международные преступления, для поддержания всеобщего мира, безопасности и благополучия. Деятельность

Суда и сегодня имеет важное международно-правовое значение. С одной стороны, необходимость сотрудничества государств в сфере борьбы с международной преступностью не вызывает никаких сомнений. С другой же, известны примеры отказа даже подписавших статут государств от его ратификации. В таком свете представляется необходимым выяснить, как организована деятельность Международного уголовного суда, какие аргументы стали решающими для величайших держав в решении отказаться от ратификации Римского статута.

Представляется, что обращение к истории возникновения идеи основания международного трибунала для осуждения лиц, виновных в совершении тяжких преступлений, внесет ясность в вопросе необходимости существования международного органа уголовной юстиции.

1. Становление международного уголовного правосудия. История создания Международного уголовного суда.

Уже давно было признано, что международное право налагает долг и обязанности на отдельных лиц так же, как и на государства

Из приговора Нюрнбергского трибунала

Стремление к справедливому миропорядку свойственно цивилизованным народам. Всеобщий мир как общественный идеал имеет давнюю традицию в истории общественной мысли. И создание Международного уголовного суда стало необходимым условием достижения этой высокой цели, ибо трудно даже вообразить, как развивались бы события на международной арене в условиях безнаказанности лиц, совершивших тяжкие преступления, посягающие на основы человеческой цивилизации.

Многие исследователи сходятся во мнении (Ковалев А. А., Волеводз А. Г., Богуш Г. И.) [1, с. 15], что впервые идею основать международный трибунал для осуждения лиц, виновных в совершении массовых

тяжких преступлений в ходе франко-прусской войны 1870 – 1871 годах, высказал в 1872 году Густав Муанье, Президент Международного Комитета Красного Креста.

Рис. 1 Густав Муанье
Picture 1. Gustave Moynier

Обосновал необходимость учреждения международного суда по уголовным делам, под юрисдикцию которого подпадали бы нарушения Женевской конвенции об улучшении положения больных и раненых в воюющих армиях от 22 августа 1864 года

Он справедливо считал моральные санкции недостаточными, так как обе стороны обвиняли друг друга в нарушениях норм военного права. В то время как учреждение международного суда по уголовным делам, под юрисдикцию которого подпадали бы нарушения Женевской конвенции об улучшении положения больных и раненых в воюющих армиях от 22 августа 1864 года, должно было обеспечить возможность объективной проверки обвинений, осуждения и наказания лиц, виновных в ее нарушениях, силами нейтральной судебной инстанции [2, с. 4].

Нет никаких сомнений в том, что проект Конвенции, который предложил Муанье, опережал свое время. Проект содержал следующие передовые идеи: порядок формирования суда из представителей нейтральных государств, а порядок судопроизводства определялся судьями, заявительный характер начала процесса и обязанность государств по предоставлению доказательств. В качестве приложения к конвенции предлагалось также разработать «международный уголовный закон» как

источник применимого права. И, конечно, нашли свое отражение идеи гласности судопроизводства, оглашения итоговых решений суда, возмещения материального вреда, причиненного совершенным преступлением, без которых трудно вообразить себе современное право. Это послужило первым шагом на пути к созданию Международного уголовного суда.

Свое развитие идея создания Международного уголовного суда получила в положениях Версальского мирного договора 1919 года.

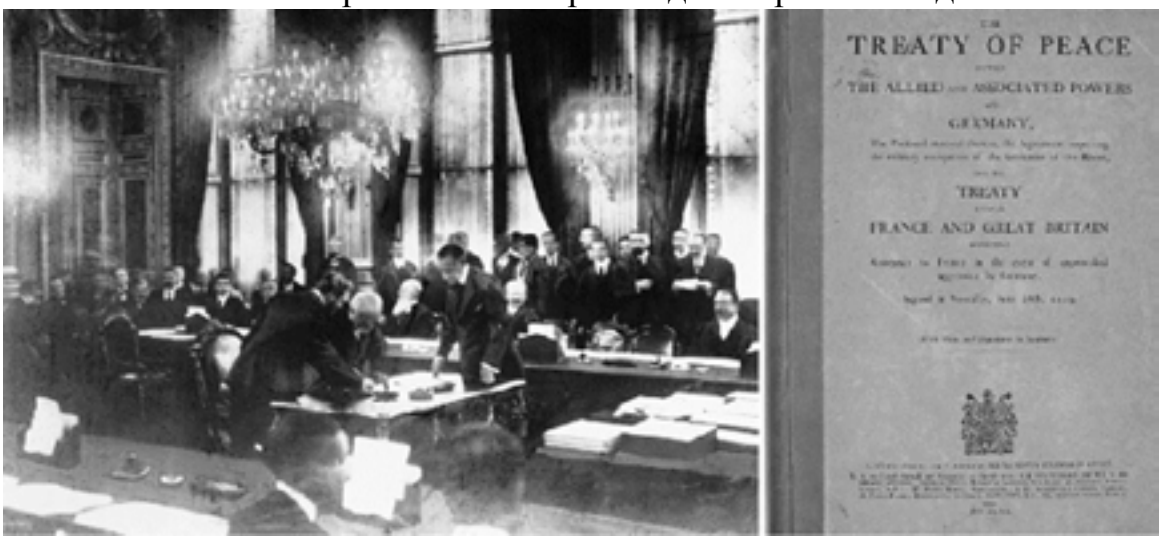


Рис. 2 Подписание Версальского мирного договора, 28 июня 1919 года
Picture 2. The signing of the Versailles Peace Treaty, 28th June, 1919

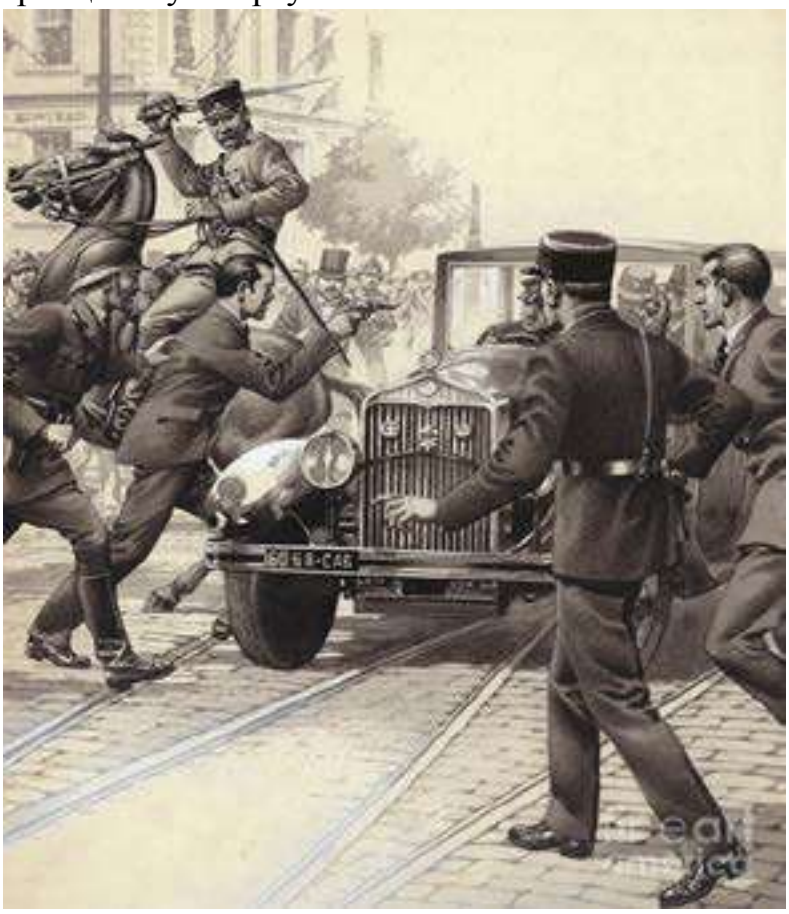
Так, в соответствии со ст. 227 Вильгельм II Гогенцоллерн, бывший Германский Император, признается виновным «в высшем оскорблении международной морали и священной силы договоров»[1], и должен был предстать перед специально созданным международным трибуналом. Но суд так и не был создан. Нидерланды отказались выдать императора. Примечательно, ведь именно Гаага является местопребыванием современного Международного уголовного суда. Статьи 228–230 объявляют многих других немцев военными преступниками.

Справедливо отмечается, что преступления против международного права совершаются людьми, а не абстрактными категориями,

1 Мирный договор между союзными и объединившимися державами и Германией (Версальский договор). Подписан в г. Версале 28.06.1919. Перевод с французского. URL: http://ppt.ru/newstext.phtml?id=20302. (дата обращения: 28.05.2019 г.)

и только путем наказания отдельных лиц, совершающих такие преступления, могут быть соблюдены установления международного права[2]. В этом, на наш взгляд, и заключается основополагающая идея об индивидуальной ответственности за международные преступления (презумпция индивидуальной уголовной ответственности).

Необходимо также отметить еще одно поворотное событие, снова заставившее мировое сообщество вернуться к идее создания международного уголовного судебного органа. В Марселе 9 октября 1934 года было совершено убийство югославского короля Александра и министра иностранных дел Франции Луи Барту.



Убийство югославского короля Александра I Карагеоргиевича и министра иностранных дел Франции Луи Барту совершил Величко Георгиев (настоящее имя), более известный как Владо Черноземский, или «Владо-шофёр»

Рис. 3 Убийство Александра I и Луи Барту
Picture 3. The murder of Alexander I and Louis Bart

Содеянное было расценено как акт международного терроризма.

2 Приговор Нюрнбергского международного военного трибунала. URL: http://www.baikproc.ru/nurnberg/4_prigovor.PDF (дата обращения: 28.05.2019 г.)

Рис. 4 акт международного терроризма 9 октября 1934 года в Марселе
Picture 4. act of international terrorism in Marseille, 9th October, 1934

Ответная реакция на произошедшее последовала незамедлительно. Уже 16 ноября 1934 года были подготовлены для подписания две конвенции – Конвенция о предотвращении терроризма и Конвенция о создании Международного уголовного суда [3]. В компетенцию Суда должно было входить рассмотрение дел по обвинению физических лиц в совершении террористических актов. Конвенцию о создании Суда подписали только 13 государств, но ни одно их них так и не ратифицировало ее.

Наконец, важно отметить высокое значение создания и деятельности международных трибуналов, созданных по итогам Второй мировой войны, для развития международного права. Процессы, проведенные Нюрнбергским и Токийским военными трибуналами, показали эффективность органов международной уголовной юстиции.

2. Международно-правовое значение создания и деятельности международных трибуналов, созданных по итогам Второй мировой войны.

Вторая мировая война послужила серьезным испытанием для мирового сообщества. Ее итоги выступили своеобразной материально-нравственной основой формирования новой действительности. Стало очевидным, что действовавшее на тот момент международное право нельзя считать эффективным. Как никогда прежде с новой силой предстала необходимость создания действенного механизма привлечения виновных лиц к ответственности. Причем построить эту систему следовало таким образом, чтобы государственный суверенитет не стал препятствием для ее эффективной работы. Итак, нужно было определенным образом легитимизировать и обосновать суд над фашистами. Такой механизм все же был найден.

Соглашением между Правительствами СССР, США, Великобритании и Временным правительством Французской Республики о судебном преследовании и наказании главных военных преступников европейских стран оси [4, с. 22–25] 8 августа 1945 года был создан Международный военный трибунал для преследования и наказания главных немецких военных преступников, более известный как Нюрнбергский трибунал.

Учреждение и деятельность Нюрнбергского международного военного трибунала явились важнейшим вкладом в дело становления и развития института международной уголовной ответственности индивидов. В список лиц, подлежащих суду Трибунала, было включено 24 человека [5, с. 92].

Уставом Нюрнбергского Трибунала был определен круг международных преступлений. Преступлениями, подлежащими юрисдикции Трибунала и влекущими за собой индивидуальную ответственность, согласно ст. 6 Устава[3], являются:

- преступления против мира;
- военные преступления;
- преступления против человечности.

3 Устав Международного Военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси от 08.08.1945 г. // Электронный фонд правовой и нормативно-технической документации. URL: http://docs.cntd.ru/document/901737883 (дата обращения: 28.05.2019 г.)

Юридические итоги Нюрнбергского процесса содержатся в Приговоре Международного военного трибунала. Ранее уже отмечалось, что Приговором закреплена презумпция индивидуальной ответственности за международные преступления. Но его исключительное значение состоит также и в том, что в нем содержатся квалификация и осуждение военных преступлений, преступлений против человечности, агрессивной войны, которые рассматриваются как «тягчайшие» международные преступления [6, с. 163–166].

Кроме того, после окончания Второй мировой войны для суда над японскими милитаристами был создан Токийский трибунал. В Уставе и деятельности Токийского трибунала принципы, выработанные в рамках Нюрнбергского процесса, нашли свое закрепление и дальнейшее развитие.

Таким образом, можно заключить, что международно-правовое значение создания и деятельности международных трибуналов, созданных по итогам Второй мировой войны, можно обозначить следующим образом:

- впервые на международном уровне описаны, систематизированы и квалифицированы в качестве тягчайших международные преступления;
- положено начало формированию основных принципов международного уголовного права и международного уголовного процесса.

Нельзя не отметить и учреждение Советом Безопасности ООН двух трибуналов **ad hoc** – Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии[4] и Международного уголовного трибунала по Руанде[5], которые,

4 Международный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Югославии с 1991 года. Учрежден резолюцией Совета Безопасности от 25 мая 1993 года для разрешения в судебном порядке дел о серьезных нарушениях международного гуманитарного права в регионе.

5 Международный уголовный трибунал для судебного преследования лиц, ответственных за геноцид и другие серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории Руанды, и граждан Руанды, ответственных за геноцид и другие подобные нарушения, совершенные на территории соседних государств, в период с 1 января по 31 декабря 1994 года. Учрежден в соответствии с резолюцией Совета Безопасности от 8 ноября 1994 года.

в свою очередь, послужили результатом осознания мировым сообществом недопустимости допущения безнаказанности за совершение международных преступлений, продемонстрировали готовность противостоять такой безнаказанности [7, с. 67–72.]. Трибуналы были созданы только для рассмотрения конкретных преступлений, совершенных в конкретное время и в условиях конкретных конфликтов. В таких условиях стало очевидным, что учреждение независимого, а главное, постоянного уголовного суда выступит едва ли не единственным возможным в современных условиях и эффективным международно-правовым инструментом борьбы с безнаказанностью за совершение международных преступлений.

Все вышеизложенное свидетельствует о заложении «фундамента» для формирования и развития современной системы международной уголовной юстиции. Необходимость в создании постоянного международного уголовного суда ни у кого уже не вызывала сомнений. Его учреждение стало вопросом времени.

3. Организация деятельности Международного уголовного суда. Правовой статус и структура Международного уголовного суда.

17 июля 1998 года на дипломатической конференции в Риме 120 государств – членов ООН приняли Римский статут – учредительный акт Международного уголовного суда. Не будет преувеличением, если мы дадим этому событию следующую оценку: так открылась новая эра международной уголовной юстиции. Римский статут вступил в силу 1 июля 2002 года после того, как его ратифицировали 60 государств. Россия подписала Римский статут в 2000 году, но так и не ратифицировала его. Однако международно-правовую оценку этому событию мы дадим позже. Для начала необходимо определить правовой статус и структуру Международного уголовного суда.

Международный уголовный суд является ***постоянным*** органом,уполномоченным осуществлять юрисдикцию в отношении лиц, ответственных за самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества, и **дополняет национальные системы уголовного**

правосудия. Юрисдикция Международного уголовного суда определена в Римском статуте[6] 1998 года. Пункт 1 ст. 4 Римского статута Международного уголовного суда закрепляет: «Суд обладает международной правосубъектностью». Кроме того, в учредительном документе особо отмечается, что МУС также обладает такой правоспособностью, какая может оказаться необходимой для осуществления его функций и достижения его целей.

Представляется важным в практическом отношении уяснить, каковы содержание и объем правосубъектности Международного уголовного суда. Можно ли считать МУС международной организацией? Большинство исследователей (Лямин Н. М., Аюева Т. Н., Аюева Л. Г., Кораблева С. Ю.) в своих исканиях приходят к выводу, что Международный уголовный суд является независимой международной организацией [8]. В подтверждение такой позиции можно привести следующие доводы, свидетельствующие о наличии у МУС признаков международной организации как производного субъекта международного права:

- учреждение и деятельность в соответствии с международным правом;
- образование в силу межгосударственного соглашения (учредительного акта) −Римского статута Международного уголовного суда;
- участие в международных правоотношениях от собственного имени;
- наличие внутреннего права.

Существует и иной подход. Он вызван к жизни тем обстоятельством, что не все ученые готовы признать МУС международной организацией. Речь идет об **институциональной модели** Международного уголовного суда. В обоснование указанной концепции Н. М. Лямин приводит следующие

6 Римский статут Международного уголовного суда: документ A/CONF.183/9 от 17 июля 1998 года с изменениями на основе протоколов от 10 ноября 1998 года, 12 июля 1999 г., 30 ноября 1999 г., 8 мая 2000 г., 17 января 2001 г. и 16 января 2002 г. (вст. в силу 1 июля 2002 г.). URL: http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf (дата обращения: 07.06.2019 г.)

аргументы: Ассамблея государств – участников Римского статута не принадлежит к числу органов МУС. Ассамблея лишь выполняет функции законодательного органа, а также органа наблюдения за административной деятельностью МУС, **не вмешиваясь в осуществление Судом правосудия**. Важнейшей функцией Ассамблеи является принятие рекомендаций Подготовительной комиссии, в том числе изменения и дополнения в Элементы преступлений и Правила процедуры и доказывания [9, с. 311–318].

Именно в этом, как представляется, и состоит главное, существенное отличие структуры Международного уголовного суда от структуры остальных международных организаций, где органы, обеспечивающие представительство всех государств-участников, правомочны рассматривать любые вопросы деятельности данных организаций.

В таком свете остается только признать двойственную правовую природу Международного уголовного суда: как международной организации и международного судебного органа. Юридическое значение подобного вывода трудно переоценить. Оно состоит в том, что статус международной организации как самостоятельного производного субъекта международного права обеспечивает Суду независимость, а статус органа международного уголовного правосудия позволяет осуществлять правосудие, сообразуясь с нормами и основными принципами как международного права, так и национального уголовного права большинства государств мирового сообщества.

Состав Международного уголовного суда определен в ст. 34 Римского статута. Суд состоит из следующих органов:

- Президиум;
- Апелляционное отделение, Судебное отделение и отделение предварительного производства;
- Канцелярия Прокурора;
- Секретариат.

Высшим руководящим органом Международного уголовного суда выступает Ассамблея государств-участников Римского статута. Его сессии

проводятся в месте пребывания суда или в центральных учреждениях ООН один раз в год. На заседании Ассамблеи избираются 18 судей. При первых выборах одна треть судей, отбираемых по жребию, остается в должности в течение трех лет; еще одна треть - в течение шести лет, а остальные судьи остаются в должности в течение девяти лет. Отбор судей государства-участники осуществляют, придерживаясь определенной системы правил. Так, учитывают необходимость обеспечения в составе Суда представительства основных правовых систем мира; справедливого географического представительства и справедливого представительства судей женского и мужского пола. В составе Суда не может быть двух граждан одного и того же государства.

Прокурор и его заместители избираются путем тайного голосования абсолютным большинством голосов членов Ассамблеи на девять лет и не могут быть переизбраны.

4. Компетенция Международного уголовного суда.

Нами уже отмечалось, что Международный уголовный суд уполномочен осуществлять юрисдикцию в отношении лиц, ответственных за самые серьезные преступления, вызывающие озабоченность международного сообщества.

Международный уголовный суд обладает юрисдикцией в отношении следующих преступлений:

- преступление геноцида;
- преступления против человечности;
- военные преступления;
- преступления агрессии.

В тексте Римского статута характер международных преступлений, подпадающих под юрисдикцию Международного уголовного суда, определен довольно эмоциональным оборотом: *«немыслимые злодеяния, глубоко потрясшие совесть человечества».* Но тем явственнее предстает пред нами действительная международно-правовая значимость деятельности Суда по

недопущению безнаказанности лиц, виновных в их совершении, тем яснее для интерпретации становится категория «самые серьезные преступления».

Часть 2 статьи 4 Римского статута устанавливает правило, в силу которого Суд может осуществлять свои функции и полномочия на территории любого государства-участника и по специальному соглашению на территории любого другого государства.

Кроме того, государства, не являющиеся членами МУС и заинтересованные в расследовании преступления, совершенного на их территории, имеют право на подачу специального заявления с признанием юрисдикции суда по интересующему вопросу.

По критерию времени **ratione temporis** Международный уголовный суд обладает юрисдикцией только в отношении преступлений, совершенных после вступления Римского статута в силу, то есть после 1 июля 2002 года [10, с. 124–133].

В настоящее время существуют две модели расследования и привлечения к уголовной ответственности за совершение международных преступлений:

- в национальных правоприменительных органах;
- с использованием международной системы уголовного правосудия.

Небезосновательно в научной литературе отмечают ряд проблем, возникающих в связи с существованием такой «двухуровневой системы». Наиболее значимой из них нам видится следующая: как на практике реализуется разграничение компетенции между национальными и международными судами? Ведь должен же соблюдаться принцип *Non bis in idem*. Разрешается этот вопрос просто. Международный уголовный суд дополняет национальные системы уголовного правосудия. Данное положение закреплено в преамбуле и статье 1 Римского статута. И действительно, дело не может быть принято к производству МУС в тех случаях, когда данное дело расследуется или в отношении его возбуждено уголовное преследование государством,

которое обладает в отношении его юрисдикцией. Единственным изъятием из этого общего правила будут служить случаи, когда это государство «не желает или не способно вести расследование или возбудить уголовное преследование должным образом». Данное положение нашло свое отражение в статье 17 Римского статута. Таким образом, функционирование Международного уголовного суда осуществляется на основе принципа комплементарности [11, с. 17].

В компетенцию Международного уголовного суда с 17.07.2018 года входит и полномочие рассматривать дела о вторжении на территорию другого государства.[7] С 17 июля Суд может рассматривать дела о применении вооруженной силы «против суверенитета, территориальной целостности или политической независимости другого государства», то есть против агрессии (агрессивной войны). На данный момент соответствующие поправки ратифицировали лишь 35 стран.

На сегодняшний день 123 государства являются участниками Римского статута Международного уголовного суда. Из них 33 являются африканскими государствами, 19 – государствами Азиатско-Тихоокеанского региона, 18 – из Восточной Европы, 28 – из государств Латинской Америки и Карибского бассейна, а 25 – из западноевропейских и других государств.[8]

7 Материал независимой некоммерческой медиакорпорации Настоящее Время: проект Радио Свобода при участии «Голоса Америки» от 17.07.2018 г. URL: https://www.currenttime.tv/a/29371866.html#comments. (дата обращения: 07.06.2019 г.)

8 Страны-участницы Римского статута. // Официальный сайт Международного уголовного суда (International Criminal Court). URL: https://asp.icccpi.int/en_menus/asp/states%20parties/Pages/the%20states%20parties%20to%20the%20rome%20statute.aspx. (дата обращения: 07.06.2019 г.)

Крупнейшие страны мира, такие как США, Китай и Россия, не признают Международный уголовный суд. Россия подписала Римский статут 13 сентября 2000 года, но так и не ратифицировала его [12, с. 96–106]. 16 ноября 2016 года президент Российской Федерации подписал распоряжение «О намерении Российской Федерации не стать участником Римского статута Международного уголовного суда»[9]. В заявлении МИД России указано: «Суд не оправдал возложенных на него надежд и не стал подлинно независимым, авторитетным органом международного правосудия» [13]. В заявлении также подчеркивается, что в Генеральной Ассамблее и Совете Безопасности ООН отмечалась неэффективная и однобокая работа Суда в рамках расследуемых им дел. Факты остаются упрямым подтверждением такой позиции: за 14 лет своей работы (по состоянию на 2016 год) МУС вынес всего 4 приговора, израсходовав при этом более 1 млрд. долларов.

Справедливо возникает вопрос: ставит ли под сомнение легитимность Международного уголовного суда факт непризнания его крупнейшими странами мира? В своем интервью Euronews [14] первый Прокурор Международного уголовного суда Луис Морено Окампо[10] сделал интересное, на наш взгляд, заявление: «***То, что могущественные страны не являются частью Международного уголовного суда, лишний раз доказывает его легитимность. Суд должен защищать слабых, а не сильных. Мощные государства побоялись участвовать в нем именно потому, что суд работает хорошо***». Так ли это на самом деле? Попробуем разобраться.

5. Практика Международного уголовного суда

Ситуация, при которой, как представляется, были совершены одно или несколько преступлений, подпадающих под юрисдикцию Международного уголовного суда, может быть передана Прокурору:

9 О намерении Российской Федерации не стать участником Римского статута Международного уголовного суда: распоряжение Президента РФ от 16.11.2016 № 361-рп // Официальный интернет-портал правовой информации. URL: http://www.pravo.gov.ru (дата обращения: 07.06.2019 г.)

10 В 2003 году избран первым Прокурором Международного уголовного суда. После истечения девятилетнего срока полномочий 5 июня 2012 года покинул свой пост, его место заняла юрист из Гамбии Фату Бенсуда.

- государством-участником;
- Советом Безопасности ООН;
- возбуждение расследования proprio motu Прокурором.

Мы видим, что расследование преступлений в Международном уголовном суде может быть инициировано различными субъектами, причем круг таких субъектов, на наш взгляд, довольно значителен: одних стран участниц только насчитывается 123. Можно подумать, что и «ситуаций» в производстве МУС будет достаточно. А как обстоит дело в действительности?

Согласно данным, размещенным на сайте Международного уголовного суда, сейчас суд ведет 11 расследований [15], в предварительном порядке изучает еще 10 дел. Среди них можно назвать:

- предполагаемые преступления против человечности, совершенные в Бурунди с 26 апреля 2015 года до 26 октября 2017 года – возбуждение расследования proprio motu;
- предполагаемые преступления против человечности и военные преступления, совершенные в контексте международного вооруженного конфликта с 1 июля по 10 октября 2008 года в Южной Осетии и вокруг нее – возбуждение расследования proprio motu;
- предполагаемые военные преступления и преступления против человечности, совершенные в контексте возобновления насилия, начиная с 2012 года в Центральноафриканской Республике – передано Правительством ЦАР;
- предполагаемые военные преступления, совершенные в Мали с января 2012 года – передано Правительством Мали.

А также можно назвать предполагаемые преступления в Кении, Кот-д'Ивуаре, Ливии, Уганде и другие.

Кроме того, Международный уголовный суд продолжит расследовать предполагаемые военные преступления США в Афганистане, несмотря на угрозы из Вашингтона.

Однако, стоит заметить, что за годы своего существования МУС так и не смог привлечь к ответственности ни одного действующего политического деятеля или хотя бы политика или военного, выступающего в конфликте на стороне государства. Пока все обвиняемые в МУС – это либо бывшие свергнутые лидеры, либо оппозиционеры-мятежники. Расследования и процессы над действующими политиками пока успехом не увенчались.

Подводя итог, находим необходимым осветить еще один важный момент. Институт экономики и мира провел исследование и представил его результаты. Был составлен рейтинг миролюбия стран мира 2018 года. Рейтинг строился по индексу миролюбия различных стран мира. Глобальный индекс миролюбия (Global Peace Index) [16] – это комплексный показатель, который характеризует миролюбие стран мира, измеряя уровень насилия внутри государства и уровень агрессивности его внешней политики. Этот показатель небезынтересен, если мы хотим сделать прогнозы о том, каким образом будет проводиться деятельность Международного уголовного суда в ближайшем будущем, предположить, какие новые «ситуации» станут поводом для возбуждения расследования.

В современных условиях мы не можем надеяться на то, чтобы в мире снизились показатели международной преступности. Но, как представляется, еще возможно государствам объединиться в борьбе с «глобализацией» преступности. Сотрудничество в этой сфере должно стать приоритетным для мирового сообщества.

6. Преступления против мира и безопасности человечества: отечественная практика правоприменения.

Бесспорно, осуществление уголовной юрисдикции над лицами, несущими ответственность за совершение преступлений против мира и безопасности человечества, является обязанностью государств. И тем более остро ставится вопрос об эффективном уголовном преследовании виновных лиц в условиях, когда Российская Федерация не признает юрисдикции

Международного уголовного суда. Выясним, насколько эффективны в борьбе с посягательствами на мир и безопасность человечества национальные органы уголовной юстиции.

Российский уголовный закон (глава 34 УК РФ) устанавливает ответственность за следующие посягательства на мир и безопасность человечества: планирование, подготовка, развязывание или ведение агрессивной войны; публичные призывы к развязыванию агрессивной войны; реабилитация нацизма; разработка, производство, накопление, приобретение или сбыт оружия массового поражения; применение запрещенных средств и методов ведения войны; геноцид; экоцид; наемничество; нападение на лиц или учреждения, которые пользуются международной защитой; акт международного терроризма. Как справедливо отметил В. Е. Новичков [17, с. 63], нормы УК РФ, предусматривающие ответственность за преступления против мира и безопасности человечества, являются бланкетными и требуют использования специальных понятий (многие из них определены в тексте Статута МУС: геноцид, преступление против человечности, нападение на любых гражданских лиц, истребление, порабощение, депортация или насильственное перемещение населения, пытки, принудительная беременность и т. д.). Как представляется, наполнение этих понятий определенным смысловым содержанием должно быть единообразным для всех государств независимо от различных условий (правовых систем, политических взглядов и убеждений, геополитических интересов государств). Это позволит не только правильно квалифицировать деяние, но и будет служить цели грамотному, верному определению основания уголовной ответственности индивида. Совершенно очевидно, что это имеет и большое практическое значение.

Несмотря на то, что многими людьми дается правильная оценка ценности мира и безвоенного состояния, вооруженные конфликты продолжают находить место и в современном мире. Причем, надо отметить, их число неуклонно возрастает. Так, Следственным комитетом Российской Федерации

продолжается фиксация преступлений украинских военнослужащих, совершаемых против мирного населения юго-востока Украины. Для борьбы с ними в Главном следственном управлении Следственного комитета Российской Федерации было создано специализированное Управление по расследованию преступлений, связанных с применением запрещенных средств и методов ведения войны. Следственным комитетом возбуждаются уголовные дела по признакам преступлений, предусмотренных ч. 1 ст. 356 УК РФ, ч. 2 ст. 360 УК РФ, ч. 1 ст. 361 УК РФ.

Так, 29 мая 2019 года Главным следственным управлением СК России возбуждено уголовное дело по признакам преступления, предусмотренного ч. 1 ст. 356 УК РФ (применение запрещенных средств и методов ведения войны). Мирное население юго-востока Украины по-прежнему подвергается нападениям со стороны украинских военнослужащих. Среди пострадавших есть дети. Прицельный сброс снаряда с летательного аппарата, прицельный артиллерийский обстрел из тяжелых видов вооружения, установка в качестве мины боеприпасов в местах, где находятся мирные граждане, истязание и пытки гражданского населения, а также многие другие запрещенные средства и методы ведения войны, применяемые в отношении граждан, поражают своей жестокостью. Страшно не только то, что страдают мирные жители, в том числе и дети, но и то количество зарегистрированных преступлений. Едва ли не каждый день СК возбуждает уголовные дела и разворачивает уголовное преследование виновных лиц. И все это, казалось бы, в «мирное», безвоенное время. Когда начинаешь придавать этим фактам должное значение, понимаешь, насколько хрупки мир и безопасность человечества как объекты уголовно-правовой охраны. Понимаешь, что едва ли эти преступления меньше распространены, чем убийства и кражи. Вот почему, на наш взгляд, необходимо более полное теоретическое осмысление объективной стороны указанных преступлений. Представляется, что это послужит неоценимым вкладом и в развитие правоприменительной практики. Следует

также отметить, что ситуации, в которых приходится производить предварительное расследование, могут быть очень сложными. Например, невозможным оказывается оперативное производство осмотра места происшествия, установление очевидцев, допрос потерпевших. Вот почему несомненно позитивное влияние могло бы оказать наличие подробных методических рекомендаций для следователей по расследованию преступлений против мира и безопасности человечества. Большое значение также будет иметь оказание взаимной правовой помощи по уголовным делам, оперативное выполнение запросов, отдельных поручений заинтересованной стороны. По данным Управления Министерства юстиции РФ, в перечне международных договоров РФ по вопросам правовой помощи и правовых отношений по уголовным делам находим сведения о 64 странах. Среди них: Австрия, Азербайджан, Албания, Андорра, Армения, Беларусь, Бельгия, Болгария, Босния и Герцеговина, Великобритания, Венгрия, Вьетнам, Германия, Грузия, Дания, Исландия, Йемен, Казахстан, Канада, Кыргызстан, Латвия и проч. Как представляется, такую широкую географию в договоренностях между странами, действительное их сотрудничество можно считать вполне достаточным для осуществления эффективного уголовного преследования лиц, виновных в совершении преступлений против мира и безопасности человечества. И действительно, для Российской Федерации отпадает необходимость быть участником Римского статута Международного уголовного суда.

Обзор материалов судебной практики показал, что все вынесенные на сегодняшний день приговоры по данной категории преступлений устанавливают виновность лиц в отрицании фактов и одобрении преступлений, установленных приговором Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси, совершенных публично (ч. 1 ст. 354.1 УК РФ). Интересно, что способ совершения этого преступления во всех случаях практически идентичен: размещение в открытой для просмотра неограниченным кругом лиц

интернет-странице социальной сети «Вконтакте» текстов, изображений, в которых содержатся лингвистические и психологические признаки оправдания идеологии нацизма.

Такое положение дел лишь подчеркивает превентивный характер норм главы 34 УК РФ. Они действительно редко применяются, хотя никем не может быть оспорена сложность и высокое значение охраны мира и безопасности человечества. Но в то время, когда Российская Федерация признает неэффективными международные органы уголовной юстиции, очевидно, тем большая ответственность возлагается на отечественного правоприменителя.

На наш взгляд, именно в отношении подобных «компьютерных» преступлений предупреждение их совершения может быть максимально эффективным. Так, распространение в средствах массовой информации сведений о том, что подобные действия граждан являются уголовно наказуемыми могут иметь определенное психоэмоциональное воздействие на читателей подобных статей, размещенных на различных носителях. Также будет уместным проведение разъяснительных бесед сотрудниками правоохранительных органов со школьниками. Большую пользу может принести просветительская работа, например, просмотр художественных и документальных фильмов, распространение специальной литературы могут сыграть значительную роль в формировании устойчивого негативного отношения населения к преступлениям, установленным приговором Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси. Что же касается предупреждения других преступлений против мира и безопасности человечества, то здесь явно указанные меры окажутся недостаточными. Только понимание ценности мира всеми без исключения, стремление к его повсеместному установлению может помочь в борьбе с этими тягчайшими преступлениями. Ведь современный уровень развития науки и техники значительно отличается от прежнего, а значит и ущерб, причиненный совершаемыми преступлениями может оказаться куда более

значительным. Главное же состоит в понимании, что мир и безопасность – это не абстрактные категории, а наша жизнь.

Выводы. На сегодняшний день никто не станет отрицать тот факт, что в различных регионах мира государства все чаще сталкиваются с проявлениями политической нестабильности. И в настоящее время наблюдаются вооруженные конфликты, нелегитимные политические режимы, применяющие неправовое насилие. В целом, можно с определенной долей уверенности констатировать, что международные отношения носят напряженный характер.

В таких условиях наполняются новым смыслом требования к поддержанию всеобщего мира, обеспечению международной безопасности. Механизм, обеспечивающий реализацию этой высокой цели, как представляется, должен иметь свое институциональное выражение в наличии постоянно действующего органа международного уголовного правосудия. Таковым выступает Международный уголовный суд.

В рамках данной работы предпринята попытка на основании проведения комплексного исследования проблем, связанных с организацией деятельности Международного уголовного суда, определить, каким был путь становления органов международной уголовной юстиции.

Установлено, что только путем наказания отдельных лиц, совершающих международные преступления, могут быть соблюдены установления международного права. Была обоснована концепция несения индивидуальной ответственности лиц за совершение международных преступлений.

Выявлены различные подходы к определению правового статуса Международного уголовного суда. Следует признать двойственную правовую природу Международного уголовного суда: как международной организации и международного судебного органа.

Кроме того, было изучено, как на практике реализуется разграничение компетенции между национальными и международными судами. Международный уголовный суд дополняет национальные системы уголовного

правосудия. Первенство всегда отдается национальным судам. Международный уголовный суд не задумывался для замены власти национальных судов. Таким образом, функционирование Международного уголовного суда осуществляется на основе принципа комплементарности.

Обращение к истории возникновения идеи основания международного трибунала для осуждения лиц, виновных в совершении тяжких преступлений, действительно внесло ясность в вопросе необходимости существования международного органа уголовной юстиции. В ходе исследования нами было отмечено высокое значение создания и деятельности международных трибуналов, созданных по итогам Второй мировой войны для развития международного права. Процессы, проведенные Нюрнбергским и Токийским военными трибуналами, показали эффективность органов международной уголовной юстиции. Впервые на международном уровне описаны, систематизированы и квалифицированы в качестве тягчайших международные преступления. Было положено начало формированию основных принципов международного уголовного права и международного уголовного процесса. Отмечено также значение учреждения трибуналов ad hoc – Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии и Международного уголовного трибунала по Руанде, которые, в свою очередь, послужили результатом осознания мировым сообществом недопустимости допущения безнаказанности за совершение международных преступлений.

Кроме того, выявлены причины, по которым крупнейшие страны мира (в том числе и Российская Федерация) не признают Международный уголовный суд. Во многом полную ясность в этом вопросе помогло получить именно обращение к истории становления этого международного органа уголовной юстиции. Только в разрезе – цели создания и реальные результаты деятельности – можно получить достоверное знание. Обращение же к национальной практике правоприменения показало, что несмотря на широкий круг преступлений, посягающих на мир и безопасность человечества, очерченный УК РФ, правоприменительная практика по данной категории

дел не так разнообразна. Во многом это связано со сложностью расследуемых преступлений.

Библиографический список

1. Богуш Г. И. Краткий экскурс в историю международного уголовного правосудия // Международный уголовный суд: проблемы, дискуссии, поиск решений / под ред. Г. И. Богуша, Е. Н. Трикоз. – М.: Европейская Комиссия, 2008. – 792 с.
2. Волеводз А. Г., Волеводз В. А. Исторические и международно-правовые предпосылки формирования современной системы международной уголовной юстиции // Международное уголовное право и международная юстиция. 2008. № 2. С. 2–9. URL: https://mgimo.ru/files/113806/113806.pdf (дата обращения 16.05.2019 г.)
3. Печегин Д. А. Становление международной уголовной юстиции: история вопроса // Вестник ТГУ. 2014. №12 (140). URL: https://cyberleninka.ru/article/n/stanovlenie-mezhdunarodnoy-ugolovnoy-yustitsii-istoriya-voprosa (дата обращения: 14.05.2019 г.).
4. Ромайкин И. А., Фомина Л. Ю. Нюрнбергский трибунал и его значение для развития международного права // Международное публичное и частное право. 2017. № 6. С. 22–25.
5. Бахновский А. В. Деятельность международных трибуналов как важный элемент развития международного права // Теория и практика общественного развития. 2015. № 23. С. 92–94.
6. Смирных С. Е. Значение Нюрнбергского процесса для дальнейшего развития международного права // Вестник Московского университета МВД России. 2018. № 3. С. 163–166.
7. Волова Л. И. Деятельность Международного уголовного суда и трибуналов ad hoc – новый этап в развитии международного гуманитарного права // Северо-Кавказский юридический вестник. 2011. № 3. С. 67–72.

8. Аюева Т. Н., Аюева Л. Г. Правовой статус международного уголовного суда // ЮП. 2013. №3 (58). URL: https://cyberleninka.ru/article/n/pravovoy-status-mezhdunarodnogo-ugolovnogo-suda (дата обращения: 21.05.2019 г.).
9. Лямин Н. М. Становление принципа универсальной юрисдикции и ее осуществление органами международного уголовного правосудия // Вестник Российского университета дружбы народов. Серия «Юридические науки». 2014. № 2. С. 311–318.
10. Грицаев С. А. Международный уголовный суд: принципы деятельности, юрисдикция, правила процедуры // Вестник Московского университета МВД России. 2013. № 10. С. 124–133.
11. Кораблева С. Ю. Режим комплементарности Международного уголовного суда: проблемы реализации // Международное публичное и частное право. 2017. № 5. С. 17–20.
12. Синякин И. И., Копылова Е. А. Римский статут Международного уголовного суда и правовой статус Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2017. № 4. С. 96–106.
13. Заявление МИД России от 16.11.2016 г. // Сайт Министерства иностранных дел Российской Федерации. URL: http://www.mid.ru/foreign_policy/news//asset_publisher/cKNonkJE02Bw/content/id/2523566 (дата обращения 25.05.2019 г.).
14. Интервью Луиса Морено Окампо Euronews. // Сайт Euronews. URL: https://ru.euronews.com/2012/06/15/luis-moreno-ocampo-being-a-prosecutor-was-a-great-privilege (дата обращения 25.05.2019 г.).
15. Situations under investigation. // Официальный сайт Международного уголовного суда (International Criminal Court). URL: https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx (дата обращения 17.05.2019 г.).
16. Institute for Economics & Peace. Global Peace Index 2018. Measuring Peace in a Complex World. // Vision of Humanity. Sydney, June 2018. URL: http://visionofhumanity.org/reports (дата обращения 28.05.2019 г.)

17. Новичков В. Е. Преступления против мира и безопасности человечества: проблемы конфликта российского, зарубежного и международного права // Таврический научный обозреватель. 2016. №4 (9). С. 63. URL: https://cyberleninka.ru/article/n/prestupleniya-protiv-mira-i-bezopasnosti-chelovechestva-problemy-konflikta-rossiyskogo-zarubezhnogo-i-mezhdunarodnogo-prava (дата обращения 28.05.2019 г.).

УДК 343.8

Тарасова Екатерина Валерьевна (Catarina.sova@yandex.ru)
Магистрантка Института юстиции
Уральского государственного юридического университета
Ekaterina V. Tarasova
Ural State Law University
Institute of Justice, Master's degree student

Научный руководитель:
Козаченко Иван Яковлевич
Профессор кафедры уголовного права
Уральского государственного юридического университета
Доктор юридических наук
Academic supervisor:
Ivan Y. Kozachenko
Professor of Criminal Law department
Ural State Law University
Doctor of Juridical Sciences

КРИМИНОЛОГИЧЕСКАЯ КОНЦЕПЦИЯ АБОЛИЦИОНИЗМА: ОБЗОР НАПРАВЛЕНИЙ И ОСНОВНЫХ ИДЕЙ
THE CRIMINOLOGICAL CONCEPTION OF ABOLITIONISM: A REVIEW OF TRENDS AND KEY IDEAS

Аннотация: В данной статье рассматривается одно из современных криминологических направлений – концепция аболиционизма. Автор затрагивает сущность, основные тенденции, историю и положения данного течения научной мысли, приводятся аргументы в пользу трансформации уголовно-правовой системы с применением идей аболиционистов и восстановительного правосудия.

Ключевые слова: аболиционизм, лишение свободы, пенитенциарная система, восстановительная юстиция.

Abstract: This article discusses one of the modern criminological trends – the concept of abolitionism. The author touches upon the essence, key trends, history and provisions of the current scientific thought, provides arguments in favor of the transformation of the criminal law system with the use of the ideas of abolitionists and restorative justice.

Key words: abolitionism, imprisonment, penitentiary system, restorative justice.

С каждым годом все более очевидным становится испытываемый не только в России, но и во всем мире кризис политики контроля над преступностью. С практической стороны данная тенденция находит своё отражение в статистике постпенитенциарного рецидива. Так, на основе цифр, приводимых ФСИН РФ в характеристике лиц, содержащихся в исправительных колониях для взрослых, мы можем сделать вывод, что на конец 2018 года соотношение числа лиц, отбывающих наказание в ИК для взрослых, к числу лиц, осужденных к лишению свободы более одного раза, составило 54,2 % [1].

Данная информация хотя и не может дать нам четкой картины уровня эффективности работы пенитенциарной системы, но ставит перед нами вопрос: «Не дискредитирует ли такие цели уголовного наказания, как исправление осужденного и предупреждение совершения им новых преступлений факт того, что более половины преступников неоднократно возвращаются в места лишения свободы?»

На теоретическом уровне выявление научной фрагментарности, кризис (методологический и идеологический) традиционных криминологических школ, которые, используя доведенные до совершенства эмпирические методы исследований, так и не смогли объяснить феномен преступности и предложить действенные способы реагирования и работы с преступниками,

не могло не вызвать ответную реакцию в виде появления иных, критических и во многом радикальных идей в науке о преступности.

Вследствие данных факторов в конце 60-х – начале 70-х годов XX века зародилась и получила свое развитие критическая криминология как современное направления научной мысли, которое в своей сущности имело рефлексирующий характер по отношению к некоторому застою в развитии классических и позитивистских теорий.

Стоит отметить, что термин «критическая криминология» является собирательным для обозначения множества различных концепций (например, радикальной, левого реализма, феминистского анализа, миротворческой и др.), в том числе, как относительно самостоятельное течение выделяется и аболиционизм.

Понятие аболиционизм («abolition») Оксфордский словарь английского языка определяет как действие по отмене системы, практики, учреждения [2]. Первоначальное слово находит своё происхождение от латинского «abolitio(n-)» или «abolere», что означает «уничтожить» [2].

Обозначим, что условно аболиционистские взгляды в криминологии можно разделить на два направления. Сторонники первого высказывают идею об отказе от уголовного закона, изменение подхода к определению его сущности, поскольку, преступление, в понимании основных направлений критической криминологии, – это порождение власти, закрепление её воли в нормативно-правовых актах. Как следствие, деяния, зафиксированные в законе, не всегда по своей сути являются преступными и исходят из общественного консенсуса на этот счет.

Профессор Л. Хулсман считает, что нам необходим критический анализ понятия «преступление», поиск консенсуса о сущности данного явления [3, с. 25]. В ином случае, если деятельность по «проблематизации» данной категории отсутствует, то мы оказываемся запертыми в институциональных рамках уголовной юстиции. Поясним, что в любом законодательстве всегда

имеется набор деяний, которые признаются преступными, но, тем не менее, противоправность и общественная опасность данных запрещённых законом действий не всегда корреспондирует общественному мнению на этот счёт.

В Российском уголовно-правовом законодательстве найти подобный пример не составит труда. Наиболее яркой иллюстрацией нам послужит резонансный процесс криминализации в 2013 году деяния, ответственность за которое ранее предусматривалась статьей 5.26 КоАП РФ. Речь идет о нарушении права на свободу совести и вероисповедания с целью оскорбление религиозных чувств верующих. Данный факт, а также первые попытки привлечения к уголовной ответственности по обновленной статье 148 УК РФ, подняли немалую волну обсуждений не только в среде ученых-теоретиков, но и у юристов-практиков, а главное привлекли интерес и вызвали недовольство в обществе.

Некоторые исследователи, в конечном итоге, выдвигают тезис о том, что преступление как таковое не существует в природе вовсе; это лишь социальный конструкт – то, о чем договорились, «выдумка или изобретение (invention) людей» [4, с. 2].

Именно новые механизмы регулирования взаимодействия и разрешения конфликтов между членами общества, консенсус по вопросам преступного и непреступного, по мнению ученых, помогут уйти от беспринципного и пагубного влияния властной уголовной юстиции, а, следовательно, это должно способствовать эффективной превенции и контролю над недопустимыми в обществе деяниями.

Второе направление – пенитенциарный аболиционизм – сосредотачивает внимание на отказе от наказания в виде лишения свободы, системы исправительных учреждений. Здесь стоит отметить, что умеренные аболиционисты не выступают против любых форм социального контроля, они считают, что основной проблемой является репрессивный, жесткий контроль над преступностью со стороны государства.

Так, Нильс Кристи в одном из своих трудов утвердил идею, которая, по нашему мнению, является основным девизом данного направления, а именно то, что «необходимо искать не альтернативные наказания, а альтернативу наказанию» [5, с. 22]. По его мнению, сутью любого уголовно-исправительного воздействия, в том числе и лишения свободы, является причинение «боли» (страданий, лишений, ограничений). Кристи отмечает, что, обращая «боль» в неотвратимое последствие преступления, уголовно-правовая система сосредоточивает внимание не на социальной структуре общества, а на самом индивиде, тем самым скрывая дорогу для поиска иных, альтернативных, более гуманных форм реагирования на преступления.

В сущности, данное утверждение подтверждает и десоциализирующий, стигматизирующий характер тюремного заключения. Места лишения свободы зачастую представляют собой «институты» повышения преступной квалификации, способствуют наращиванию у осужденных связей в криминальном мире.

Учитывая, что вопросы социальной интеграции лиц, отбывших наказание в виде лишения свободы, с каждым годом становятся все актуальней, а разработка и претворение в жизнь подобных программ требует от государства немалых денежных затрат, несколько абсурдным представляется исполнение наказания в виде лишения свободы, на которое также уходят определенные денежные средства, чтобы в дальнейшем производить траты на исправление последствий действия уголовной юстиции.

Не было бы разумней, с этой точки зрения, пересмотреть подходы к осуществлению целей общей и частной превенции, положительного воздействия на лиц, совершивших преступление? С данных позиций идеи аболиционистов вызывают реальный интерес и могут задать необходимый вектор в реформировании системы наказания, разрешить кризис политики контроля над преступностью.

Отметим базовые основания, на которых аболиционисты основывают необходимость ухода от традиционной пенитенциарной политики.

Во-первых, это уже упоминаемая слабая эффективность изоляции преступников от общества как мера, направленная на достижение целей общей и частной превенции, в результате чего политика по усилению уголовной репрессии перестает вызывать доверие как у ученых-исследователей, так и у общества.

Во-вторых, тревожит исследователей и тенденция к разрастанию, индустриализации пенитенциарной сферы. Нередко можно встретить сравнения тюремного комплекса и колониальной системы XVI-XX веков.

В своей работе «Борьба с преступностью как индустрия. Вперед к ГУЛАГу западного образца» Нильс Кристи приводит свои впечатления от изучения функционирования системы исправительных учреждений в США [6, с. 106–134]. Для автора оказывается поразительным, что содержание данного комплекса не всегда может являться «тяжким грузом» для экономики страны (как, например, это считается в России), более того, из тюремной системы можно извлекать прибыль. Происходит это посредством широкого строительства новых частных и государственных исправительных учреждений, в котором задействованы целые корпорации и ассоциации, специализирующиеся в данной области (например, American Correctional Association), поставки оборудования, а главное, активного использования работы заключенных для производства товаров.

Возможность широкой эксплуатации весьма бюджетного по затратам труда осужденных, по мнению исследователей, порождает и поддерживает интерес государства в сохранении и развитии «тюремной индустрии», собственно, именно в данном аспекте и видится её схожесть с колониализмом.

Здесь необходимо сделать оговорку и уточнить, что вреден не сам принудительный труд, к которому привлекают лиц, лишенных свободы, а именно, зачастую, его «кабальный» характер. Для конкретизации данного положения, рассмотрим аспекты, касающиеся расходов на систему исполнения наказаний, содержание осужденных, а также доходов,

извлекаемых государством посредством ее использования и доходах осужденных, привлекаемых к труду в местах лишения свободы.

По данным, представленным в отчете Лозанского университета, Российская Федерация затрачивает на содержание одного осужденного примерно 2,5 евро в день (примерно 180 рублей), что является самым низким показателем среди стран Совета Европы, при этом общий объём бюджетных расходов на всю систему исполнения наказаний составил в 2017 году 3 946 427 180 евро, что само по себе представляет колоссальную сумму и вызывает вопросы о соизмеримости данных значений [7]. Здесь же отметим, что в Норвегии, хорошо известной своим высоким уровнем условий содержания в пенитенциарных учреждениях, расходы на систему в 11 раз меньше, а траты на обеспечение одного дня жизни заключенного примерно в 113 раз больше, чем в России [7]!

Интересно, что за 2017 год доход от производства товаров, выполненных работ и оказанных услуг, связанный с привлечением осужденных к труду составил 32,6 миллиарда рублей (и это учитывая, что в России, в силу различных причин, в работах задействованы всего приблизительно 23% осужденных), то есть система действительно приносит неплохой доход, но «отбивает» только 10% затрачиваемых на нее средств [8]. Путем нехитрых подсчётов мы можем вывести, что система не окупалась бы и при условии занятости 90-100% лиц, лишенных свободы.

Говоря о затратах на вознаграждение за труд, стоит указать, что по данным того же ФСИН РФ среднедневная заработная плата осужденных (без начислений) в 2017 году составила 229,4 рублей (т. е. порядка 7 000 рублей в месяц), оплата труда редкого осужденного достигает величины МРОТ. Из приведенных фактов следует и понимание часто возникающих трудностей, связанных как с выплатой возмещения потерпевшим, так и с приобретением товаров первой необходимости для собственных нужд заключённого [8].

Очевидно, что в России использование труда осуждённых если и нельзя с полной уверенностью назвать «рабским», то, во всяком случае,

по уровню организации и работы системы исполнения наказаний, мы находимся где-то недалеко от границы перехода к данному состоянию, поскольку, как бы ни было парадоксально, очевидно, что деньги тратятся на исправительные учреждения, но не на пребывающих в них лиц. Сама же система не обладает свойством самоокупаемости и в целом убыточна, что так же характеризует её, по нашему мнению, как несколько устаревающий механизм.

Обращаясь к истории, отметим тот факт, что первые аболиционистские движения возникли в США и равным образом были связаны с идеей отмены рабства [9, с. 302]. В дальнейшем, сторонники классической криминологической школы, в частности Чезаре Беккария, первыми начали развивать идею отмены такого вида наказания как смертная казнь, что во второй половине XIX века породило соответствующее движение (abolition of capital punishment).

В отличие от кампании за отмену рабства, деятельность мыслителей, ученых и просто неравнодушных людей за упразднение «высшей меры» до сих пор является весьма актуальной, споры по центральному вопросу не утихают по сей день, поскольку само наказание в виде смертной казни продолжает свое существование во многих современных и развитых государствах (например, США, Беларусь, Китай).

Проблема теоретических представлений противников смертной казни в то время, да и сейчас, заключается в том утверждении, что законодательный запрет «высшей меры» вызовет прирост контингента в пенитенциарных учреждениях, по уровню которого США и без того занимает лидирующие позиции [10].

Следовательно, мы все также оказываемся в умозрительном тупике, поскольку хотя и сохраняем жизнь осужденным преступникам, но не решаем проблему с их исправлением.

Уже здесь перед нами встают два фундаментальных философских вопроса: «Кто виноват?» и «Что делать?». Если от поиска ответа на первый

мы в силу целей данной работы будем вынуждены отказаться, то касательно второго, рассмотрим предложения, которые высказывают сторонники пенитенциарного аболиционизма.

Первым делом стоит забыть о попытках реформирования тюрем и пенитенциарной системы в целом. Французский философ М. Фуко утверждал, что «Тюремная «реформа» – ровесница тюрьмы: она предстает как своего рода программа тюрьмы. С самого начала тюрьма окружена рядом сопутствующих механизмов, которые вроде бы призваны ее усовершенствовать, но в действительности составляют часть ее функционирования, – настолько тесно они связаны с существованием тюрьмы на протяжении всей ее долгой истории» [11, с. 342]. Здесь, по нашему мнению, ёмко и точно артикулируется утопизм всевозможных модификаций пенитенциарии, возможность данной системы когда-либо успешно реализовывать цели наказания.

В свою очередь это не означает, что на сегодняшний день не требуется улучшать условия содержания в уже существующих местах изоляции. Умеренными аболиционистами выдвигаются предложения о введении и активном использовании практики краткосрочного лишения свободы на срок, не превышающий четырех лет для взрослых мужчин и более двух лет для женщин и несовершеннолетних, с целью избежать эффекта «исключённости», необратимых изменений психики человека.

Профессор Яков Ильич Гилинский в одном из своих учебных пособий приводит статистику по срокам наказания в виде лишения свободы в приговорах, вынесенных в 1994 году в Японии. Так, «из общего числа приговоренных к лишению свободы на срок до 1 года – 26,5%, всего до 3 лет – 95,4%, а свыше 5 лет – 1,3%» [12, с. 213].

Пусть и не совсем корректно с позиции темпорального критерия, приведем для сравнение статистику по России, где на конец 2018 года в исправительных колониях для взрослых, из общего количества

содержащихся лиц, на срок до года и год были приговорены – 4%, от 3 до 5 лет – 22,2%, от 5 до 15 лет – 47,7% [1].

Вероятно, находятся основания полагать, что активное применение краткосрочного заключения играет не последнюю роль в успехе поддержания низкого уровня преступности в Стране восходящего солнца.

Известно, что аболиционисты подвергают сомнению моральное право государства преднамеренно и систематически причинять «боль» людям, исключая их из рядов общества. Основной тезис сторонников данной концепции, касающийся постепенного отказа от пенитенциарии, вызывает волну критики учёных, практиков и иных интересующихся вопросом людей.

Происходит это вследствие сложившейся матрицы сознания, где концепт «преступление – наказание» упрочивался веками и иной modus operandi кажется невозможным. Приведем точку зрения на данную проблему известной правозащитницы, профессора Калифорнийского университета Анжелы Дэвис, высказанную ей в проаболиционистской работе «Устарели ли тюрьмы?». Автор отмечает: «Если тюрьмы и иные исправительные учреждения будут упразднены, то что их заменит? Это вызывает недоумение, вопрос, который часто прерывает дальнейшее рассмотрение перспектив аболиционизма. Почему нам так трудно представить себе альтернативы нашей нынешней системе тюремного заключения? Существует ряд причин, по которым мы склонны отказываться от идеи о том, что в конечном итоге можно создать совершенно иную и, возможно, более эгалитарную систему правосудия. Прежде всего, мы рассматриваем нынешнюю систему, с ее преувеличенной зависимостью от тюремного заключения, как безусловный стандарт и, таким образом, испытываем большие трудности при рассмотрении любого другого способа обращения с более чем двумя миллионами человек, которые в настоящее время содержатся в тюрьмах страны (США)» [13, с. 105–106].

Некоторые ученые придерживаются более радикальных взглядов на вопрос претворения аболиционистской концепции в реальность.

Герман Бьянки считал, что преступление должно определяться с точки зрения деликта и вместо уголовного права необходимо создать репаративное право [14, с. 117]. По его словам, вместо привычного «правонарушителя» или «преступника» мы будем иметь «должника», обязанное лицо, которое должно понести гражданско-правовую ответственность за свои действия. Мы не являемся сторонниками настолько коренных преобразований, прекрасно осознавая всю сложность и неготовность общественного сознания подобным переменам. Однако в современном мире уже появляются близкие по духу к данной мысли средства неформального, интегративного контроля, позволяющие использовать различные общественные ресурсы для противодействия преступности.

Особое внимание и динамичное обсуждение вызывает идея восстановительной юстиции (restorative justice), суть которой заключается в добровольном, с помощью незаинтересованного посредника или медиатора, примирении преступника и жертвы на условиях возмещения вреда [15, с. 122–156]. Сторонники данного подхода указывают, что при известной нам возмездной, карательной юстиции, жертва преступного деяния всегда остается как бы в стороне, поскольку основное внимание уделяется вопросу наказания виновного, но не помощи потерпевшему или попытке реституции, восстановлении нарушенного права, и возмещении понесенных потерь.

Конечно, концепция реституционного правосудия в настоящее время является весьма критикуемым направлением, поскольку при общей теоретической проработанности и очерченности, полноценное эмпирическое исследование вопроса далеко от того, чтобы считаться обстоятельным и убедительным. Некоторые зарубежные авторы отмечают, что пока восстановительная юстиция воспринимается скорее как идея, философия, набор ценностей, нежели единый конкретный и единообразный набор практик или процессов [16, с. 19].

Существуют и опасения, что реституционное правосудие приведет

к субъективным, необъективным и нерациональным оценкам причиненного преступным деянием ущерба, потребности в его возмещении и послужит причиной установления состояния большего неравенства как для потерпевшего, так и для преступника. Однако, по нашему мнению, при проработке вопроса реализации данного механизма всегда имеется возможность предусмотреть множество вариантов, включая возвращение дела на рассмотрение в судебные органы, если нарушитель не признает своей вины или если пострадавший остается не удовлетворён результатами переговоров, извинений или предложениями о восстановлении своего нарушенного положения.

В свою очередь интересным остается и вопрос «диапазона» составов преступлений, при совершении которых возможно использование инструментов восстановительной юстиции. Некоторые исследователи считают, что наиболее уместно использовать данный механизм в контексте мелких, межличностных противоправных деяний, таких как, мелкие кражи, нападения, преступления, связанные с наркотиками или алкоголем, семейным насилием или, в контексте уголовного права России, можно обозначить данный спектр областью категории противоправных деяний небольшой и средней тяжести.

Впрочем, применение реституционного правосудия возможно и при совершении тяжких и особо тяжких преступлений, в таком случае использование данного инструмента имеет скорее вспомогательный характер, являясь только дополнением к привычной уголовно-правовой юстиции, а не самостоятельным, независимым механизмом. Здесь, несмотря на принесение извинений преступником и возмещение ущерба, будет иметь место привлечение к уголовной ответственности с неизбежным вынесением официального судебного решения [17, с. 215].

Очевидно, в контексте данной темы многие вопросы остаются открытыми, например, положения о реализации и соотношении в процессе

правоприменения возмездной и восстановительной юстиции; может ли или должно ли реституционное правосудие полностью заменить государственные и официальные уголовные санкции или же оно должно быть полностью неофициальным и добровольным, а в некоторых случаях вспомогательным процессом? Обладает ли новый вид уголовной юстиции большей экономической и криминологической эффективностью, то есть является ли восстановительная юстиция менее дорогостоящей практикой и более сдерживающим (общая и частная превенция) механизмом, чем обычные методы уголовного правосудия? Остается надеяться, что проведение объемных качественных эмпирических исследований даст ответы на поставленные вопросы.

Говоря о России, сегодня идеи внедрения на практике восстановительной юстиции находятся только в зачаточном состоянии, на стадии обсуждения, активному их продвижению способствует специализированный общественный центр «Судебно-правовая реформа», уже сейчас занимающийся апробацией медиации при разрешении конфликтов в образовательной среде [18].

Современный мир переживает безудержное развитие, то, что еще 30-50 лет назад казалось привычным, неизменным и вечным, сейчас обнаруживает свои недостатки и нуждается, если не в полном устранении, то, во всяком случае, в обновлении.

Идеи аболиционистов критикуются не безосновательно, однако, как и любая теория, они имеют не только свое право на существование, но и при подробном изучении предлагаемого сторонниками осмысления уголовно-правовой политики, нетрудно обнаружить разумное зерно в их суждениях. Умеренное восприятие положений о необходимости сбавления оборотов разрастания пенитенциарного комплекса (конечно, объективно речь о полном его устранении идти не может), внедрение и активное продвижение идей восстановительной юстиции являет вполне допустимое начало для позитивных метаморфоз в уголовно-правовой сфере.

Новые законы совершенствования касаются в первую очередь не только научных взглядов, но и всех сфер жизни общества. Если когда-то считалось справедливым использование разного рода моделей возмездия и устрашения, не признавалось ошибочным применение смертной казни и публичных мучительных наказаний, то на данном этапе развития мы должны начать осознавать накопившиеся проблемы целесообразности изоляции большинства преступников от общества посредством системы исправительных учреждений, предпринять усилия по разрешению поставленных задач и, наконец, выйти из эпохи «Великого заточения».

Библиографический список

1. Характеристика лиц, содержащихся в исправительных колониях для взрослых // Официальный сайт ФСИН России. URL: http://fsin.su/structure/inspector/iao/statistika/Xarka%20lic%20sodergahixsya%20v%20IK/ (дата обращения: 20.04.2019 г.).
2. Oxford English Dictionary // URL: https://en.oxforddictionaries.com/definition/abolition (дата обращения: 17.04.2019 г.).
3. Hulsman L. Critical Criminology and the Concept of Crime. / eds. Herman Bianchi and Rene Swaaningen. // Abolitionism: Toward a non-repressive approach to crime. – Amsterdam: Free University Press, 1986. – 247 p.
4. Robinson M. Why Crime? An integrated Systems Theory of Antisocial Behavior // Upper Saddle River. – NJ, Prentice Hall, 2004. – 19 p.
5. Кристи Н. Пределы наказания / пер. с англ. В. М. Когана; под ред. А. М. Яковлева. – М.: Прогресс, 1985. – 176 с.
6. Кристи Н. Борьба с преступностью как индустрия. Вперед, к Гулагу западного образца: 2-е изд. / пер. с англ. А.Петрова, В.Пророковой; под. ред. Ю. Чижова.– М.: РОО «Центр содействия реформе уголовного правосудия», 2001. –224 с.

7. Aebi M., Tiago M. Prison populations. // SPACE I Council of Europe Annual Penal Statistics. – Strasbourg, 2018. – 113 p. URL: http://wp.unil.ch/space/files/2019/04/FinalReportSPACEI2018_190402.pdf (дата обращения: 14.05.2019).
8. Информация о достигнутых результатах. // Официальный сайт ФСИН России. URL: http://fsin.su/budget/info.php (дата обращения: 14.05.2019 г.).
9. Peter P. Hinks, John R. McKivigan, R. Owen Williams. Encyclopedia of anti-slavery and abolition. // Greenwood Press, 2007. –796 c.
10. Prison Population Rate. // ICPS, 2018. URL: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison_population_rate?field_region_taxonomy_tid=All (дата обращения: 22.04.2019 г.).
11. Фуко М. Надзирать и наказывать: Рождение тюрьмы. – М.: Ad Marginem, 1999. – 480 с.
12. Гилинский Я. И. Криминология: теория, история, эмпирическая база, социальный контроль: авт. курс: 4-е изд. – СПб: Алеф-Пресс, 2018. – 517 с.
13. Angela Y. Davis. Are prisons obsolete? – Seven Stories Press, 2003. – 127 p.
14. Bianchi H. Abolition: Assensus and Sanctuary. / eds. Herman Bianchi and Rene Swaaningen. // Abolitionism: Toward a non-repressive approach to crime. – Amsterdam: Free University Press, 1986. – 247 p.
15. Зер Х. Восстановительное правосудие: Новый взгляд на преступление и наказание: пер. с англ. / под ред. Л.М. Карнозовой. – М.: МОО Центр «Судебно-правовая реформа», 2002. – 328 с.
16. Menkel-Meadow C. Restorative Justice: What is it and Does it Work? // Georgetown Public Law Research. Annual Review. 2007. URL: https://ssrn.com/abstract=1005485 (дата обращения: 22.04.2019 г.).
17. Umbreit MS, Vos B, Coates RB, Brown K. Facing Violence: The Path of Restorative Justice and Dialogue. // Monsey, NY: Crim. Justice Press, 2003. – 389 p.
18. Общественный центр «Судебно-правовая реформа» // URL: http://sprc.ru/ (дата обращения: 22.04.2019 г.).

УДК 343.14

Ягупец Нина Владимировна
Магистрантка Института юстиции
Уральского государственного юридического университета
Nina. V. Yagupets
Ural State Law University
Institute of Justice, Master's degree student

Научный руководитель:
Азаренок Николай Васильевич
Доцент кафедры уголовного процесса
Уральского государственного юридического университета
Кандидат юридических наук
Academic supervisor:
Nicolai V. Azarenok
Assistant professor of Criminal Procedure department
Ural State Law University
Candidate of Juridical Sciences

ДЕЙСТВИЯ АДВОКАТА ПО ПРИВЛЕЧЕНИЮ СПЕЦИАЛИСТА И ПРЕДСТАВЛЕНИЕ ПОЛУЧЕННЫХ ОТ НЕГО СВЕДЕНИЙ

LAWYER'S ACTIVITY AIMED AT PARTICIPATION OF A SPECIALIST IN A CRIMINAL PROCEDURE AND REPRESENTATION THE INFORMATION

Аннотация: В статье рассматриваются проблемы доказательственного значения показаний и заключений специалиста по сравнению с экспертом в уголовном судопроизводстве. Анализируется как полномочия экспертов

и специалистов закреплены в законе, судебная практика принятия доказательств. Автор приходит к выводу о нарушении принципа состязательности, выраженном в сложившейся практике отклонения ходатайства адвоката о приобщении к материалам уголовного дела заключения специалиста в противовес признанию за экспертным заключением установленной силы.

Ключевые слова: доказательство, пути собирания доказательств, адвокат, заключение, показания, суждение специалиста.

Abstract: The article deals with issues of evidential importance of the specialist's testimony and opinion compared with the expert in the criminal procedure. Establishing of powers of experts and specialists in the Russian law and the case law regarding reception of evidence are examined. The author concludes that the adversarial principle is infringed since the defense's motion to submit the specialist's opinon is usually dismissed in criminal cases while the expert's opinion is binding.

Key words: evidence, methods of collection of evidence, lawyer, conclusion, testimony, opinion of a specialist.

Прежде чем говорить о привлечении адвокатом специалиста, необходимо разграничить понятия «специалист», «эксперт», «сведущее лицо», «специальные знания».

Законодатель не относит специалиста и эксперта ни к стороне обвинения, ни к стороне защиты, правовой статус указанных лиц обозначен в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации[1] (далее – УПК РФ) как «иные участники уголовного судопроизводства».

Согласно ст. 57 УПК РФ эксперт – это лицо, обладающее специальными знаниями и назначенное в порядке, установленном УПК РФ, для производства судебной экспертизы и дачи заключения.

Понятие специалиста обозначено в ст. 58 УПК РФ: «лицо, обладающее специальными знаниями, привлекаемое к участию в процессуальных

1 Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: федер.закон от 18.12.2001 г. № 174-ФЗ (ред. от 01.04.2019 г., с изм. от 17.04.2019 г.) (с изм. и доп., вст. в силу с 12.04.2019 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921.

действиях в порядке, установленном УПК РФ, для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, применении технических средств в исследовании материалов уголовного дела, для постановки вопросов эксперту, а также для разъяснения сторонам и суду вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию».

Исходя из указанных дефиниций можно отметить, что УПК РФ характеризует специалиста и эксперта как лицо, обладающее специальными знаниями в определенной сфере. Также это лицо, которое не имеет самостоятельного интереса в исходе уголовного дела, он независим, не имеет личного процессуального интереса.

Понятие «сведущее лицо» было известно еще русскому уголовному процессу после принятия реформы 1864 года, например, в ст. 112 Устава уголовного судопроизводства Российской империи[2] было указано, что, если необходимы какие-либо знания в искусстве или ремесле, то приглашаются сведущие люди.

В настоящее время сведущее лицо становится экспертом при производстве экспертизы. В ст. 80 УПК РФ рассматриваются заключения и показания специалиста и эксперта. Форма получения, оформления заключения специалиста действующим законодательством не определена, нет четкого разграничения заключения эксперта и заключения специалиста.

Законодатель обозначил суть заключения эксперта как «исследование», заключение специалиста как «суждение».

По мнению Овсянникова И. А., это не означает, что специалист не имеет права на исследование, это означает лишь то, что в заключении специалиста необязательно излагать содержание проведенного исследования [1, с. 51–52].

Суждение специалиста как главное содержание его заключения базируется на специальных знаниях, а также знаниях материалов дела, по которому он участвует в производстве процессуального действия.

2 Устав уголовного судопроизводства // Сайт Конституции Российской Федерации. URL:www.constitution.garant.ru/history/act1600-1918/3137/(дата обращения:12.04.2019 г.).

Выходит, что заключение специалиста – это письменное изложение суждения, а показания специалиста – это мнение, которое дается в ходе допроса следователем или судом.

Примечательно, что в п. 20 Постановления Пленума Верховного Суда «О судебной экспертизе по уголовным делам»[3] указывается, что заключение специалиста является доказательством по уголовному делу. Однако заключение специалиста является суждением, специалист не формирует выводы, а также не проводит исследование вещественных доказательств. Следовательно, вышеуказанное Постановление Пленума отрицает возможность специалиста производить исследование вещественных доказательств, поскольку вещественные доказательства находятся в ведении лица, ведущего производство по уголовному делу. Таким образом, изучению могут быть подвергнуты иные объекты, такие как документы, предметы, которые не имеют статуса вещественных доказательств, а также живые лица.

В УПК РФ не регламентирован порядок истребования и представления заключения специалиста. Порядок назначения экспертизы отражен в ст. 195 УПК РФ и заключается в том, что следователь выносит постановление о назначении судебной экспертизы. Кроме того, в законе регламентирован протокол ознакомления с заключением эксперта.

В ст. 204 УПК РФ указаны сведения, которые должны содержаться в заключении эксперта. Несоблюдение формы заключения, отсутствие обязательных данных может повлечь недопустимость данного доказательства и его исключение из материалов уголовного дела. Структура, содержание заключения специалиста уголовно-процессуальным законодательством не регламентирована.

Бурков И. В. отмечает, что содержание заключения специалиста – это исключительно субъективное суждение, какое-то абстрактное мнение, неясно, на основании чего появившееся, из материалов уголовного дела или нет, как оно возникло и чем обосновывается [2, с. 84].

3 О судебной экспертизе по уголовным делам: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 г. № 28 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2011. № 2.

Привлечение специалиста следователем предусматривалось ч. 2 ст. 179 УПК РСФСР[4] при проведении осмотра. В ряде следственных действий привлечение специалиста являлось обязательным, например, наружный осмотр трупа, регламентированный ч. 1 ст. 180 УПК РСФСР.

Шейфер С. А. считает, что специалист участвовал в процессе как «помощник» следователя при производстве следственного действия, а в рамках судебного следствия оказывал содействие суду и сторонам уголовного процесса [3, с. 84].

В настоящее время специалист, помимо содействия следователю и суду в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств, может ставить вопросы эксперту, а также разъяснить сторонам уголовного процесса и суду вопросы, которые входят в его компетенцию.

Допрос эксперта регламентирован ст. 205 УПК РФ как самостоятельное следственное действие. По результатам допроса составляется протокол допроса эксперта в соответствии с правилами составления протокола следственного действия в порядке ст. 166 УПК РФ.

Следует отметить, что на практике нет единого подхода к допросу специалиста, в случае если специалист является участником следственного действия, то его допрашивают как свидетеля.

Можно сказать, что процессуальные статусы свидетеля и специалиста частично совпадают, однако специалист – это самостоятельная процессуальная фигура.

Законодательством в соответствии с п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ предоставлено право защитнику привлекать специалиста. Также привлечение специалиста регламентировано п. 4 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ».[5] Данное право возникает у защитника с момента вступления в уголовное дело.

4 Уголовно-процессуальный кодекс РСФСР: закон РСФСР от 27.10.1960 г. (ред. от 29.12.2001, с изм. от 26.11.2002) (с изм. и доп., вступающими в силу с 01.07.2002) // Свод законов РСФСР т. 8. с. 613, Ведомости ВС РСФСР. 1960. N 40. ст. 592.

5 Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации: федер. закон от 31.05.2002 г. № 63-ФЗ (ред. от 29.07.2017 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2002. № 23. Ст. 2102.

Таким образом, адвокат может заключить соглашение со специалистом или с организацией, где он работает. Адвокатом заключается гражданско-правовой договор об оказании консультативной помощи. Для этого необходимо направить адвокатский запрос, а затем опросить специалиста.

По мнению Соловьева С. А., единственным способом для стороны защиты доказать сомнения в достоверности проведенных в ходе досудебных стадий уголовного процесса экспертиз является именно получение заключения специалиста [4, с. 18–19].

Вполне логично, что сам адвокат не может быть специалистом в различных сферах, его задача состоит в своевременном предоставлении заключения специалиста как на судебных, так и на досудебных стадиях уголовного процесса.

В п. 3 ч. 1 ст. 53 УПК РФ есть отсылка к ст. 58 УПК РФ, тем самым законодатель обозначил, что привлечение специалиста защитником производится для постановки вопросов эксперту, а также разъяснение суду и сторонам вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. Однако указанные нормы не предусматривают получение заключения специалиста.

Как отмечает Давлетов А. А., действия защитника будут полноценными, если закон придаст им то же доказательственное значение, что и результатам привлечения специалиста следователем [5, с. 46]. Здесь автор поднимает идею состязательности, которая предусматривает равное положение сторон в доказывании, следовательно, и в привлечении специалиста.

Полученное заключение специалиста не является доказательством как таковым, ему необходимо придать доказательственное значение. Необходимо приобщение к материалам уголовного дела в порядке ст. 119, ст. 120 УПК РФ.

Учитывая ч. 4 ст. 271 УПК РФ, суд не вправе отказать в удовлетворении ходатайства о допросе в судебном заседании лица в качестве свидетеля, специалиста, явившегося по инициативе сторон.

В п. 22 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам»[6] указано, что при рассмотрении вышеуказанного ходатайства суду следует проверить, обладает ли данное лицо специальными знаниями, суд также имеет право принять решение об отводе, если не будут предоставлены документы, которые свидетельствуют о наличии специальных знаний у лица.

Причем в ч. 2 ст. 58 УПК РФ законодатель определил, что вызов специалиста и порядок его участия определяется ст. 168 и ст. 270 УПК РФ. Если обратиться к ст. 168 УПК РФ, то следователь вправе привлечь специалиста к участию в следственном действии в порядке ст. 164 УПК РФ, что касается ст. 270 УПК РФ, то норма затрагивает разъяснения председательствующим прав и ответственности специалисту.

Таким образом, в УПК РФ содержится процедура привлечения специалиста следователем и судом, законодатель не дает разъяснений о привлечении специалиста адвокатом, более того, исходя из указанных норм, у адвоката фактически отсутствует процессуальная возможность привлечения специалиста.

Следует отметить, что адвокат может обратиться к специалисту в связи с проведением экспертизы, а также для самостоятельного установления обстоятельств посредством специальных знаний.

Привлечение специалиста имеет большое значение при наличии сомнений в обоснованности выводов эксперта, когда, по мнению адвоката, необходимо назначение дополнительной экспертизы.

В процессе назначения экспертизы следователь в порядке ст. 195 УПК РФ обязан ознакомить с постановлением подозреваемого, обвиняемого, защитника, потерпевшего и его представителя, разъяснить им права, которые предусмотрены ст. 198 УПК РФ. Постановлением Пленума Верховного Суда от 21.12.2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам»

6 О судебной экспертизе по уголовным делам: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 21.12.2010 г. № 28 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2011. № 2.

было установлено, что с постановлением о назначении экспертизы подозреваемый, обвиняемый, защитник, а также потерпевший должны быть ознакомлены до ее фактического производства.

Также, согласно определению Конституционного Суда РФ от 15.11.2007 № 762-О-О[7], ознакомление подозреваемого, обвиняемого с постановлением о назначении экспертизы после ее производства должно расцениваться как недопустимое нарушение права на защиту, принципа состязательности и равноправия сторон.

Следует отметить, что заключение специалиста возможно получить на стадии возбуждения уголовного дела, а заключение эксперта лишь после возбуждения уголовного дела в рамках такого следственного действия, как экспертиза.

Защитник, а также адвокат-представитель после ознакомления с постановлением о производстве экспертизы согласно п. 3 ст. 198 УПК РФ вправе ходатайствовать о привлечении в качестве экспертов указанных им лиц, либо может предложить конкретное экспертное учреждение.

Также защитник и адвокат-представитель имеют право ходатайствовать о внесении в постановление о назначении судебной экспертизы дополнительных вопросов эксперту. Следует отметить, что УПК РФ не определено, каким образом должны вноситься дополнительные вопросы.

Законодатель предоставил защитнику и его доверителю право ставить перед экспертом собственные вопросы, но на практике реализация такого права становится фикцией. Ведь именно следователь, а не защитник передает для производства судебной экспертизы все материалы, которые необходимы эксперту для проведения исследования.

7 Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданина Донгака Шолбана Ивановича на нарушение его конституционных прав статьями 53, 86, 195 и 207 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации: определение Конституционного Суда Рос. Федерации от 15.11.2007 г. № 762-О-О // КонсультантПлюс. URL: www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB002;n=46523#045471225251956904 (дата обращения 12.04.2019 г.)

Подозреваемому, обвиняемому, потерпевшему, свидетелю и их адвокатам (представителям) не представляется возможности ознакомиться с теми материалами дела, на основании которых был сделан вывод о назначении экспертизы.

Адвокату необходимо получить копию постановления о назначении экспертизы и далее влиять на возможность исхода исследования. Именно для этого надлежит найти специалиста в определенной области знаний применительно к конкретному уголовному делу. Специалист может помочь в постановке дополнительных вопросов для эксперта. Если же дополнительные вопросы сформулированы до начала исполнения экспертом своего исследования, то адвокату необходимо заявить ходатайство о внесении изменений в перечень вопросов, поставленных перед экспертом.

На практике вопрос о постановке дополнительных вопросов эксперту можно решить двумя способами.

Во-первых, следователь обсуждает вопросы с участниками уголовного процесса, после чего он оформляет постановление с учетом мнения всех участников, далее в протоколе ознакомления участники отмечают отсутствие каких-либо ходатайств и дополнительных вопросов. Такая процедура является редкой, поскольку следователь заинтересован лишь в постановке своих вопросов.

Во-вторых, после составления протокола ознакомления с постановлением о назначении экспертизы, в котором содержатся дополнительные вопросы эксперту, первое постановление отменяется и выносится новое с учетом дополнений.

Можно сделать вывод, что в большинстве случаев из полноценного экспертного заключения суд интересуется лишь выводами, иные характеристики, такие как его оценка, не учитываются.

Именно поэтому важно привлечение специалиста при оценке экспертного заключения, поскольку он может оценить содержание заключения и правильность, обоснованность выводов.

Согласно ст. 206 УПК РФ, заключение эксперта, его сообщение о невозможности дать заключение, а также протокол допроса следователь обязан предъявить потерпевшему, его представителю, подозреваемому, обвиняемому, его защитнику, также разъясняется право ходатайствовать о назначении дополнительной или повторной экспертизы.

Следует отметить, что именно заключение эксперта является фактически единственным источником, с которым сторона защиты знакомится до окончания предварительного следствия.

На данном этапе в целях оказания квалифицированной помощи адвокату необходимо изучить заключение эксперта и получить копию этого заключения, что на практике вызывает трудности. Таким образом, адвокату необходимо реализовать право на заявление ходатайства о назначении дополнительной или повторной экспертизы, что без привлечения специалиста является невозможным.

Для привлечения специалиста адвокату необходимо произвести ряд действий. Первоочередным является составление обращения к специалисту с просьбой дать заключение. Следует отметить, что форма обращения к специалисту уголовно-процессуальным законодательством не установлена.

Некоторые авторы предлагают включать в запрос элементы адвокатского запроса, согласно ст. 6.1. ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в РФ», а также частично элементы постановления следователя о назначении экспертизы.

Кронов Е. В. предлагает свою модель адвокатского запроса с целью получения заключения специалиста. Необходимо разъяснить адресату право адвоката на привлечение специалиста, а в резолютивной части привести перечень вопросов, на которые адвокат хочет получить ответы. Целесообразно изложение фабулы уголовного дела, а также могут прилагаться материалы, которые передаются специалисту [6. с. 64].

Готовое заключение будет являться ответом на адвокатский запрос. Специалисту необходимо оформить сопроводительное письмо, к которому будет приложено его заключение.

Специалистом может быть оценена достоверность полученных экспертом результатов, оценена методика экспертного исследования.

Де-факто, если в заключении специалиста содержатся ответы на все поставленные вопросы, это не может означать, что исследование было полным, именно поэтому специалисту необходимо изучить содержание всего заключения.

Мнение специалиста может послужить основанием для назначения повторной либо дополнительной экспертизы.

Спорным является положение о включении в адвокатский запрос вопроса об ответственности по ст. 307 УК РФ. Адвокат не является властным субъектом и не может предупреждать о данного рода ответственности. Однако, целесообразно включить в запрос положение о том, что специалист может быть в дальнейшем допрошен органами уголовного судопроизводства или судом по поводу выводов, указанных в заключении, и заранее предупредить его о ст. 307 УК РФ (далее – УК РФ)[8].

Адвокат также обращается к специалисту вне рамок проведения экспертизы. Часто такое обращение используется только самим адвокатом для обоснования своей позиции по делу, то есть для подготовки защитительной речи и выступления в прениях сторон.

После получения заключения специалиста необходимо приобщить его к материалам уголовного дела, это является важной задачей, поскольку в дальнейшем адвокату необходимо ссылаться на доказательство.

В рамках досудебного производства, после получения заключения специалиста, адвокатом заявляется ходатайство о приобщении к материалам уголовного дела доказательств защиты и допросе специалиста.

8 Уголовный кодекс Российской Федерации: федер. закон от 13.06.1996 г. № 63-ФЗ (ред. от 29.05.2019 г.) // Собр. законодательства Рос. Федерации. 1996. № 25. Ст. 2954.

Соответственно, в ходатайстве целесообразно изложить выводы специалиста, указанные в заключении, а также приложить само заключение специалиста. Также адвокат просит допросить специалиста по обстоятельствам дачи им заключения и выводам, к которым специалист пришел, отвечая на вопросы адвоката.

Нужно подчеркнуть, что уголовно-процессуальным законодательством не предусмотрено после удовлетворения ходатайства о приобщении к делу заключения специалиста допрашивать последнего в рамках предварительного расследования. Однако в УПК РФ предусмотрено правило о непосредственности исследования доказательств в суде, поэтому производится допрос специалиста в рамках судебного следствия.

Стоит отметить, что при заявлении в суде ходатайства о допросе специалиста следует обосновать это заявление представлением заключения специалиста. Кроме того, требования закона о представлении заключения в рамках заявления ходатайства нет, однако в интересах доверителя возникает такая необходимость.

Как уже указывалось выше, суд не вправе отказать защитнику в приобщении заключения специалиста к делу в качестве доказательства, если оно входит в предмет доказывания по конкретному уголовному делу.

Также в ч. 2.2 ст. 159 УПК РФ содержится положение, что лицам не может быть отказано в приобщении к материалам уголовного дела заключений специалистов, если они имеют значение для данного уголовного дела. Фактически указанная норма была введена законодателем лишь в апреле 2017 года, складывается тенденция на развитие состязательности в досудебном производстве, однако на практике дело обстоит иначе, как правило, органы уголовного преследования отклоняют ходатайства.

Фактически существует противоречие между нормами ст. 58 УПК РФ, где стороне защиты не может быть отказано в привлечении специалиста, и ст. 159 УПК РФ, согласно которой органы уголовного преследования

не обязаны удовлетворять ходатайство защиты. Так, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2017 г. № 51 «О практике применения законодательства при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции (общий порядок судопроизводства)»[9] четко указано, что в соответствии с частью 2.1 статьи 58 УПК РФ стороне защиты не может быть отказано в удовлетворении ходатайства о привлечении к участию в судебном разбирательстве специалиста с целью разъяснения вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию.

Если адвокат в досудебной стадии не заявлял ходатайства о приобщении к материалам уголовного дела заключения специалиста либо заявлял, но ходатайство было отклонено, то сторона защиты может реализовать свое право повторно, но уже в суде. Адвокату необходимо лишь обеспечить явку специалиста в судебное заседание, поскольку суд розыском специалиста заниматься не будет.

Адвокат в своей деятельности может использовать различные тактические приемы приобщения заключения специалиста, а также заявления ходатайства о допросе специалиста.

Можно рассмотреть и такую ситуацию. Адвокат изучает полученное заключение специалиста, затем заявляет в судебном заседании ходатайство о допросе специалиста, уже затем адвокат заявляет ходатайство о приобщении его заключения. Такое доказательство на практике попадает под категорию «иные документы».

Рациональным считается следующий подход: адвокату следует сразу после получения заключения специалиста заявить ходатайство следователю с просьбой приобщить заключение к материалам уголовного дела, допросить специалиста, а также произвести повторную экспертизу. Отказ следователя необходимо обжаловать руководителю следственного органа, прокурору либо в суд в порядке ст. 125 УПК РФ.

9 О практике применения законодательства при рассмотрении уголовных дел в суде первой инстанции (общий порядок судопроизводства): Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19.12.2017 г. № 51 // Бюллетень Верховного Суда Рос. Федерации. 2003. № 3.

На практике экспертное заключение, как правило, появляется вне состязания сторон, а затем становится, по мнению Тарасова А. А., неким «абсолютизированным» доказательством, принципиально непроверяемым и имеющим вопреки правилам ст. 17 УПК РФ заранее установленную силу [7, с. 66].

Однако суды часто действуют вопреки Постановлению Пленума Верховного Суда от 21.12.2010 г. № 28, где в п. 19 указано, что при оценке судом заключения эксперта следует иметь ввиду, что оно не имеет заранее установленной силы, не обладает преимуществом перед другими доказательствами.

Проанализировав судебную практику различных инстанций не только Свердловской области, но и других регионов, можно сделать вывод, что суды в большинстве случаев отказываются удовлетворять ходатайство адвоката о привлечении специалиста, приводя различные аргументы.

Наиболее распространенные основания отказов в удовлетворении ходатайств защиты о приобщении заключения специалиста можно разбить на группы:

1. Специалист не предупрежден об уголовной ответственности за дачу заведомо ложного заключения в соответствии со ст. 307 Уголовного кодекса Российской Федерации. Данные выводы судов как первой, так и последующих инстанций, по мнению автора, являются неправильными, поскольку специалист, в отличие от эксперта, не несет ответственность за дачу заведомо ложного заключения. Таким образом, защитник не имеет права предупреждать специалиста об ответственности по ст. 307 УК РФ, поскольку данное право есть лишь у стороны обвинения, а также суда. Более того, в ст. 307 УК РФ предусмотрена уголовная ответственность за показания специалиста, заключение специалиста в данной норме не фигурирует.

Например, **в мотивировочной части Приговора от 11.09.2018 г. по делу № 1-505/2018 Таганрогского городского суда Ростовской области указано:** *«оценивая представленное стороной защиты заключение специалиста №, суд не принимает во внимание в качестве доказательства, так*

как оно проведено лицом, не предупрежденным об уголовной ответственности по ст. 307 УК РФ за дачу заведомо ложного заключения…»[10].

Аналогичные выводы изложены в **Приговоре от 22.12.2015 г. по делу № 1-364/2015 Серовского районного суда Свердловской области, где указано: «***…доводы адвоката…поскольку предъявленное стороной защиты заключение специалистов добыто в нарушение норм уголовно – процессуального законодательства, специалистам не разъяснялись права, предусмотренные ст. 58 УПК РФ, не предупреждались они об уголовной ответственности по ст. 307 УПК РФ…»*[11].

2. Суды считают, что заключение специалиста – это суждение по определенным вопросам, мнение. Специалист не проводит исследование, в отличие от эксперта. В п. 20 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 21 декабря 2010 г. № 28 «О судебной экспертизе по уголовным делам» обращается внимание на то, что и заключение эксперта, и заключение специалиста являются доказательствами по уголовному делу, однако специалист не проводит исследование вещественных доказательств и не формулирует выводы, а лишь высказывает суждение по вопросам, поставленным перед ним сторонами.

Например, Приговор от 05.09.2018 г. по делу № 1-55/2018 Матвеево – Курганский районный суд Ростовской области: «*суд оценивает представленное заключение специалиста критически, поскольку его выводы носят предположительный характер, он не проводил каких-либо исследований, поэтому не вправе делать какие-либо выводы...он лишь высказывает свое мнение…специалист не может заменить собой эксперта…»*[12]

Приговор от 05.02.2016 г. по делу № 22-1004/2016 Судебная коллегия по уголовным делам Свердловского областного суда: «*…ссылка*

10 Приговор от 11.09.2018 г. по делу № 1-505/2018 Таганрогский городской суд Ростовской области // Судебные и нормативные акты РФ.

11 Приговор от 22.12.2015 г. по делу № 1-364/2015 Серовский районный суд Свердловской области // Судебные и нормативные акты РФ.

12 Приговор от 05.09.2018 г. по делу № 1-55/2018 Матвеево-Курганский районный суд Ростовской области // Судебные и нормативные акты РФ.

стороны защиты на приобщенное по ходатайству этой стороны заключение специалиста о том, что рукописные записи…таким доказательством не являются, поскольку являются только мнением этого специалиста».[13]

3. Маркова Т. Ю. выделяет интересное основание отказа в приобщении заключения специалиста, по ее мнению, специалист дает свое заключение в интересах той стороны, которая его привлекает, поскольку эта сторона оплачивает услуги специалиста [8, с.14].

Мнение автора находит отражение в судебной практике, так, например, **Приговор от 06.08.2015 по делу №1-1/2015 Глушковский районный суд Курской области:** «*… от уголовной ответственности, поскольку данные специалисты давали свои заключения и ответы, которые представлены суду и в которых изложены выводы ими озвученные в судебном заседании на основании адвокатского запроса на возмездной основе…».*[14]

Выводы суда в данном случае являются несостоятельными, поскольку после представления специалистом заключения он может быть допрошен по существу данного заключения, а перед допросом обязательно предупреждается об ответственности по ст. 307 УПК РФ.

Интересен факт, что в заинтересованности и предвзятости обвиняют лишь специалистов, которые привлекаются к участию со стороны защиты. Также, согласно п. 4 ч. 3 ст. 6 ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре», адвокат вправе привлекать на договорной основе специалистов, что и предполагает возмездный характер оказания услуг.

Отсутствие в действующем законодательстве ответственности специалиста за дачу заведомо ложного заключения на практике лишает данное им заключение доказательственного значения. Однако, согласно п. 3.1. ч. 2 ст. 74 УПК РФ, заключение специалиста является доказательством по уголовному делу.

13 Приговор № 22-1004/2016 от 05.02.2016 г. по делу № 22-1004/2016 Свердловский областной суд // Судебные и нормативные акты РФ.

14 Приговор от 06.08.2015 г. по делу №1-1/2015 Глушковский районный суд Курской области // Судебные и нормативные акты РФ.

Получается, что уголовным законодательством заключению специалиста предается такое же значение, как и заключению эксперта, но на практике данная норма не работает.

На практике показания специалиста выходят на первый план, так как показания специалиста являются объективными, а его заключение в письменной форме – нет, поскольку на допросе специалист предупреждается об уголовной ответственности за дачу заведомо ложных показаний.

Достаточно редко в судебной практике встречаются ситуации, когда заключение специалиста принимается во внимание, и, по мнению суда, заключение специалиста является неполным. В Кассационном определении Верховного Суда РФ от 26.02.2004 г. № 1-77/03(1) суд указал, что *с учетом мнения приглашенных в судебное заседание в соответствии со ст. ст. 271, 80, 58 и 74 ч. 2 п. 3-1 УПК РФ специалистов…а также с учетом других доказательств суд обоснованно признал выводы экспертов <...> недостоверными, предположительными, что в соответствии со ст. ст. 14 ч. 4 и 302 ч. 4 УПК РФ не может быть положено в основу обвинительного приговора.*[15] В данной ситуации суд постановил оправдательный приговор, поскольку достоверных и достаточных доказательств виновности лиц в превышении должностных полномочий стороной обвинения суду не представлено.

Подводя итог, можно сделать следующие выводы:

1. Привлечение адвокатом специалиста является одним из полномочий, регламентированным как УПК РФ, так и ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре». Тактика привлечения специалиста, момент приобщения заключения специалиста к материалам дела и заявления ходатайства о допросе специалиста зависят от конкретного уголовного дела с учетом сложившейся ситуации.

15 Кассационное определение Верховного Суда РФ от 26.02.2004 г. № 1-77/03(1) // КонсультантПлюс. URL: www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=ARB002;n=265355#034819572191714876 (дата обращения: 20.05.2019 г.).

В действующем законодательстве документ, составленный специалистом, целесообразнее назвать мнение специалиста, поскольку на данном этапе мнение специалиста неравнозначно экспертному заключению. Судебная практика идет по пути признания за экспертным заключением заранее установленной силы, и лишь в редких случаях заключение специалиста принимается во внимание при вынесении приговора.

2. В настоящее время, несмотря на провозглашенный принцип состязательности, заключение эксперта и заключение специалиста имеют неравное доказательственное значение. Адвокат вправе обратиться к специалисту в рамках проведения такого следственного действия, как экспертиза: до проведения экспертизы с целью выяснения и постановки дополнительных вопросов эксперту, а также после получения заключения эксперта с целью опровержения доводов эксперта. Органы уголовного преследования в большинстве своем отклоняют ходатайство адвоката о приобщении к материалам уголовного дела заключения специалиста.

Библиографический список

1. Овсянников И. А. Заключение и показания специалиста // Законность. 2005. № 7. С. 32–35.
2. Бурков И. В. Заключение и показания эксперта в уголовном процессе. – М.: Юрлитинформ, 2010. – 144 с.
3. Шейфер С. А. Предварительное следствие. Общие условия и основные этапы производства. – Куйбышев, 1986. – 82 с.
4. Соловьев С. А. Пределы судебного усмотрения при оценке заключения эксперта и мнения специалиста: гносеологический аспект // Адвокатская практика. 2017. № 4. С. 17–22.
5. Давлетов А. А. Специалист в уголовном процессе: новые возможности и проблемы // Российская юстиция. 2003 № 9. С. 45–47.

6. Кронов Е. В. Заключение специалиста в деятельности защитника // Адвокат. 2009. № 11. С. 64–73.
7. Тарасов А. А. Эксперт и специалист в уголовном процессе России: монография: 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2017. – 128 с.
8. Маркова Т. Ю. Заключение специалиста – доказательство в уголовном судопроизводстве? // Уголовное судопроизводство. 2010. № 2. С. 13–16.

Содержание

Научные статьи

1. ***Вахрушев Л. А.*** Независимая гарантия: способ обеспечения или средство платежа 201

2. ***Веревкин И. Е., Гришанин А. Ю.*** Просблемные аспекты и перспективные возможности применения смешанного договора 212

3. ***Ковальчук А. О.*** Тюрьма или колония: сравнительный анализ 226

4. ***Корте Густаво*** Наблюдения и трансцендентность 237

5. ***Лазарев А. Е.*** Правовой статус паспорта гражданина мира 249

6. ***Мещерякова В. В.*** Проблема определения существенных условий лицензионного договора о предоставлении права использования музыкального произведения 261

7. ***Неупокоева О. В.*** Частная превенция при применении наказания в виде лишения свободы 286

8. ***Степанова Е. Е.*** Преступления против мира и безопасности человечества: международные предписания и практика правоприменения 299

9. ***Тарасова Е. В.*** Криминологическая концепция аболиционизма: обзор направлений и основных идей 326

10. ***Ягупец Н. В.*** Действия адвоката по привлечению специалиста и представление полученных от него сведений 341

Table of contents

Articles

1. ***Leonid A. Vahrushev*** Independent guarantee: contract perfomance bond or means of payment 201

2. ***Ivan Y. Verevkin, Aleksandr Y. Grishanin*** The controversial aspects and perspectives of use of mixed contracts 212

3. ***Anna O. Kovalchuk*** Prison or colony: comparative analysis 226

4. ***Gustavo Korte*** Observation and transcendence 237

5. ***Alexander Y. Lazarev*** The legal status of the world passport 249

6. ***Valeria V. Meshcheryakova*** The issue of definition ot the essence of the contract in license agreements on granting rights to use musical products 261

7. ***Olga V. Neupokoeva*** Private prevention un the application of inprisonment as a criminal punishment 286

8. ***Ekaterina E. Stepanova*** Crimes against peace and safety: international regulations and practice of law enforcement 299

9. ***Ekaterina V. Tarasova*** The criminological conception of abolitionism: a review of trends and key ideas 326

10. ***Nina. V. Yagupets*** Lawyer's activity aimed at participation of a specialist in a criminal procedure and representation the information 341